



# Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN

**COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA**

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. **ARRIGO DIEGO MANFREDINI**

**LA «ANTESALA» CONCEPTUAL DE LA AZIONE DI CLASSE.**

**UN APORTE AL ANÁLISIS COMPARATÍSTICO SOBRE LA TUTELA DE LOS ASÍ LLAMADOS**  
**‘DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS’**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

**Dottorando**

Dott. **MORENO CRUZ PABLO**

**Tutore**

Prof. **SOMMA ALESSANDRO**

---

*(firma)*

---

*(firma)*

Anni 2006/2009

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS (DSH) Y LOS LLAMADOS ‘INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS’ (IDC). TRAS EL RASTRO DE UNA DISTINCIÓN INFUNDADA</b>	
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>SOBRE LA TITULARIDAD SIEMPRE INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS. UN MARCO CONCEPTUAL</b>	
1. PREMISA	5
2. DEFINICIONES. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO	8
3. ( <i>SIGUE</i> ) OTRAS DEFINICIONES	17
4. ( <i>SIGUE</i> ) SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS: EL INTERÉS	18
5. ( <i>SIGUE</i> ) ESPECIFICACIÓN DE OBJETIVOS CON BASE EN LAS DEFINICIONES	23
6. DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS CON OBJETO UN BIEN COLECTIVO (DSHBC) Y LOS DERECHOS COLECTIVOS	26
7. LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO DSH.	27
8. PRECISIONES SOBRE LA NOCIÓN DE BIEN COLECTIVO	33
9. ( <i>SIGUE</i> ) EL BIEN COLECTIVO NO TIENE UN VALOR INTRÍNSECO, ES UNA COSA O ESTADO DE COSAS	37
10. ( <i>SIGUE</i> ) EL PROBLEMA DE LOS BIENES “PARTICIPATIVOS”	43
11. ( <i>SIGUE</i> ) LA IMPOSICIÓN DEL DEBER CORRELATIVO A LAS POSICIONES NORMATIVAS “ACTIVAS” PROPIAS DE LOS DSH CON OBJETO EL DISFRUTE DE UN BIEN COLECTIVO ES JUSTIFICADA	49
12. RECAPITULANDO	52
13. EL (META)DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DSH	53
14. CONCLUSIÓN EN LA FORMA DE UN PUENTE: RESTRINGIENDO EL OBJETO DE TRABAJO	59

## CAPÍTULO SEGUNDO

**LA INJUSTIFICADA FRACTURA ENTRE LA TUTELA DE LOS LLAMADOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS (IDC) Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS (DSH). UN ANÁLISIS DEL *FORMANTE* DOCTRINA**

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS	64
2. SOBRE LA DISTINCIÓN DOCTRINAL ENTRE LA TUTELA DE LOS IDC Y LA TUTELA DE LOS DSH	66
3. LA “ELECCIÓN” DE LA DOCTRINA: DISTINGUIR AQUELLO QUE NO SE PUEDE DISTINGUIR Y CONFUNDIR AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR	77
4. <i>(SIGUE)</i> LA “QUERIDA” DISTINCIÓN ENTRE LOS DSH Y LOS IDC: DISTINGUIENDO AQUELLO QUE NO SE PUEDE DISTINGUIR	80
5. <i>(SIGUE)</i> LA “QUERIDA” NO-DISTINCIÓN ENTRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA TUTELADA Y EL EJERCICIO DEL (META)DERECHO DE ACCIÓN: CONFUNDIENDO AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR	85
6. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DOCTRINA ITALIANA RELATIVA A LOS LLAMADOS IDC	95
7. <i>(SIGUE)</i> EL RENACIMIENTO DEL DEBATE SOBRE LOS IDC Y SU CONSOLIDACIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ITALIANA: LA AMBIGÜEDAD DE UN DISCURSO DOCTRINAL	96
8. ALGUNAS EXCEPCIONES A LA TENDENCIA DOCTRINAL: DISTINGUIENDO AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR	108
9. LA DOCTRINA SOBRE LOS IDC HOY: LA MATIZADA CONSOLIDACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA (ERRÓNEA) DISTINCIÓN ENTRE IDC Y LOS DSH O EL FANTASMA DE LA COLECTIVIDAD QUE RONDA	118
10. <i>(SIGUE)</i> LA IRRELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERÉS DIFUSO E INTERÉS COLECTIVO	123
11. CONCLUSIONES. EL CONCEPTO DE IDC, LA FRACTURA ENTRE LA TUTELA DE LOS DSHBC Y LA TUTELA DE LOS DSH CON OBJETO UN BIEN NO-COLECTIVO	133

## PARTE SEGUNDA

**DE LA REINTERPRETACIÓN DEL (META)DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN A LA TUTELA  
DEL ASÍ LLAMADO ‘PUBLIC INTEREST’: SOBRE EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LA  
CLASS ACTION (CA) FEDERAL ESTADOUNIDENSE**

INTRODUCCIÓN	145
CAPÍTULO TERCERO	
<b>LA AUREOLA DE “BUEN SAMARITANO” Y EL <i>PRIVATE ATTORNEY GENERAL</i> (PAG). LOS EFECTOS DEL USO DE UNA (IN)NECESARIA LOCUCIÓN Y LA (POTENCIAL) FRACTURA ENTRE ACCIONES PARA LA TUTELA DE DSH EN LA CULTURA JURÍDICA ESTADOUNIDENSE</b>	
1. PREMISA	157
2. EL CONCEPTO DE PAG	167
3. (SIGUE) EL PAG Y EL INTERÉS GENERAL	177
4. NOTAS SOBRE LA (NO)DISTINCIÓN ENTRE LA PARTE LEGITIMADA PARA ACTUAR Y EL ABOGADO EN EL DISCURSO DOCTRINAL ESTADOUNIDENSE SOBRE LAS PAG <i>ACTIONS</i>	186
5. EL PAG COMO LEGITIMADO PARA ACTUAR EN LAS ACCIONES PARA LA TUTELA DE DSH Y LA DISOLUCIÓN DE LA (FALSA) DISTINCIÓN ENTRE EL ESCENARIO PÚBLICO Y EL ESCENARIO PRIVADO EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO (Y LA JUSTIFICACIÓN) DEL PAG	197
6. LAS CONCEPCIONES DE PAG: UN DISCURSO DOCTRINAL SOBRE LOS USOS DE LA LOCUCIÓN PAG. HACIA EL (IN)NECESARIO EMPLEO DE UNA LOCUCIÓN	214
7. (SIGUE) NOTAS SOBRE LA TAXONOMÍA ELABORADA POR RUBENSTEIN	219
8. CONCLUSIONES. LA (IN)UTILIDAD DEL CONCEPTO DE PAG Y SU RELACIÓN CON LA CA	239
CAPÍTULO CUARTO	
<b>LA CLASS ACTION Y SUS ACTUALES DISCURSOS JUSTIFICATIVOS: DEL INDIVIDUO AL “MÁS ALLÁ”</b>	
1. EL CONCEPTO DE CA Y PRECISIÓN DE OBJETIVOS	245
2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA <i>CLASS</i>	248

3. LA ADECUADA REPRESENTACIÓN COMO “HUÉSPED INCÓMODO”: LA GENEALOGÍA DE UNA INTERPRETACIÓN	256
4. EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LAS <i>MANDATORY CA</i> Y DEL (META)DERECHO SUBJETIVO DE EXCLUSIÓN ( <i>OPT-OUT</i> ): EL INDIVIDUO EN FUNCIÓN DE UN “FIN SUPERIOR”	281
5. EL INTERÉS GENERAL ENTRA EN ESCENA: REFLEXIONES SOBRE LA (SUTIL) MUTACIÓN EN EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LA <i>CA</i>	302
6. (SIGUE) LA JUSTIFICACIÓN DE LA <i>CA</i> CON ÉNFASIS EN EL <i>ENFORCEMENT</i> DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA ASÍ LLAMADA ‘FUNCIÓN PÚBLICA DE LA <i>CA</i> ’	307
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	319

## INTRODUCCIÓN

*LISA: Forget it Bart. It is so bright out you can't see anything in the sky except the Fox's satellite.*

*BART: No Lis, I got my eyes on the prize: the hood ornament I desperately want for reasons I cannot longer remember. The only think stopping me is those lights.*

*LISA: Ah! Bart, I just realize we both want the same thing: darkness; and we can get it if we work together, with my brain and your... your... assistance...*

*BART: You can say it, I had nothing*

THE SIMPSONS, 'Scuse Me while I miss the sky, Capítulo 16, Temporada 14, 30 marzo 2003

El presente estudio consiste en un análisis comparado de los usos lingüísticos en el lenguaje jurídico de la doctrina italiana sobre la naturaleza de las situaciones de ventaja objeto de tutela en el contexto normativo de las acciones grupales y su concordancia o discordancia con los usos por parte de la cultura jurídica estadounidense en relación con la *Class Action*.

Se trata de un análisis dirigido a especificar algunos de los elementos de la «antesala» conceptual (las premisas conceptuales) de la *azione di classe* prevista por el art. 140bis del Código del Consumo italiano. El trabajo, más que analizar el discurso doctrinal sobre la *azione di classe*, analiza principalmente los discursos implícitos en la prescripción normativa de dicha acción procesal, en el contexto de una cultura jurídica caracterizada, sobre todo a partir de la década de los años setenta del siglo pasado, por: (i) el constante *uso* de sintagmas como 'interesse collettivo', 'interesse diffuso', 'diritto collettivo', 'interesse super-individuali', etc., sobre la base de (ii) una premisa "conceptual" según la cual la colectividad sería un sujeto de derecho.

En cambio, como premisa fundamental de este trabajo se señala, por medio de un análisis teórico desarrollado principalmente en el primer capítulo, que en ordenamiento normativo legal toda situación de ventaja es siempre, y sólo, un derecho subjetivo y, entonces, la colectividad no es, y no puede ser, sujeto de derecho. En concreto (i) el núcleo de los derechos son siempre las acciones y las omisiones de individuos y sus resultados y (ii) según el esquema conceptual de los ocho conceptos fundamentales elaborado por Welsley N. Hohfeld, resulta evidente como la situaciones de ventaja son *siempre* individuales en cuanto denotan *siempre*, al menos, una de las cuatro posiciones

normativas activas *individuales* (pretensión y/o privilegio y/o poder y/o inmunidad) cada una correlativa, desde un punto de vista lógico, con cuatro posiciones normativas pasivas (deber y/o ausencia de pretensión y/o sujeción y/o incapacidad).

De esta forma, conceptos como interés difuso, interés colectivo, derecho colectivo o intereses super-individuales denotan *siempre, y sólo*, un conjunto de derechos subjetivos caracterizados, al máximo, por tener como objeto el disfrute de un bien colectivo (un bien que no admite exclusividad en su disfrute ni rivalidad en su consumo), es decir, denotan siempre derechos subjetivos homogéneos.

Acreditada la errónea antesala “conceptual” que ha gobernado el discurso sobre las acciones grupales en el escenario italiano, en el capítulo segundo se emprende una exploración del recorrido, de los motivos y, sobre todo, de las consecuencias de la permeabilidad en el discurso doctrinal (y posteriormente jurisprudencial y legislativo) de la ideología colectivista en la cultura jurídica italiana; parcialmente influenciada también, al menos en relación con la justificación ético-normativa de previsión en el ordenamiento jurídico de la (ahora llamada) *azione di classe*, por una específica percepción de la *class action* estadounidense.

Para tal fin, parte de este trabajo está dirigido también a establecer, mediante un idéntico análisis metodológico y con base en las premisas ya establecidas en el capítulo primero, si en la cultura jurídica estadounidense se verifica un fenómeno similar en relación con el mecanismo procesal de la *plaintiff class action* federal (mecanismo procesal definido y analizado, en lo relacionado con el objeto de la tesis, en el acápite introductorio de la segunda parte del trabajo y en el cuarto capítulo).

A partir de este análisis, desarrollado principalmente en el capítulo tercero, resultan evidentes algunos indicios sobre una concepción colectivista, consolidada en la década de los años setenta del siglo pasado e identificable en la cultura jurídica estadounidense en los discursos justificativos del instituto del así llamado ‘*Private Attorney General*’ y del consecuente significado adscrito por la doctrina al sintagma ‘*public interest*’.

De esta forma, en el capítulo cuarto, se lleva a cabo un análisis sobre la influencia de la ideología colectivista-moderada en la doctrina procesal estadounidense relativa a la *class action*, desentrañando algunos de sus efectos en relación, sobre todo, con el discurso justificativo y, entonces, el paso (a nivel doctrinal) de una concepción ético-normativa utilitarista, construida sobre la base de tres finalidades adscritas a la *class*

*action* (acceso a la justicia, economía procesal y disuasión de los potenciales incumplimientos a los deberes correlativos a los derechos subjetivos), a una concepción (también) ético-normativa utilitarista, pero donde se presta mayor atención, a raíz del significado adscrito a la locución ‘*public interest*’, tanto al efecto disuasivo de la CA, como a su aptitud para garantizar el *enforcement* de las políticas públicas.

En fin, a lo largo del trabajo, se resaltan algunas profundas diferencias, pero también importantes similitudes, entre la cultura jurídica italiana y la cultura jurídica estadounidense, en relación con el discurso justificativo de la *class action*, en la primera, y de las acciones grupales, en la segunda.

En relación con las similitudes, sobresale el hecho de que el empleo de los sintagmas colectivistas en ambos escenarios (en el italiano también como reflejo de una tendencia verificable a nivel comunitario) muchas veces se concreta en enunciados normativos y doctrinales dirigidos a tutelar el orden (las reglas) del mercado.

En cuanto a las diferencias (en términos sobre todo de intensidad) resulta evidente como la propagación del discurso colectivista en la cultura jurídica italiana tuvo mayor acogida que en la cultura jurídica estadounidense debido: (i) a la consolidación más contundente de una intangibilidad interpretativa respecto a las interpretaciones tradicionales de los principios-derechos procesales (principalmente el art. 24 de la constitución) relativos al macro(meta)derecho de acción; (ii) a la mayor necesidad manifestada en los discursos justificativos del lenguaje colectivista italiano de consolidar una región de sombra entre los límites de la construcción dogmática que diferencia el así llamado ‘escenario privado’ y el así llamado ‘escenario público’.

Por el contrario, en la cultura jurídica estadounidense, si bien puede ser identificada una intangibilidad interpretativa (particularmente en relación con el art. III de la constitución estadounidense), lo cierto es que en los discursos justificativos de la *class action* se verificó (y se verifica) con menor dificultad la reinterpretación de muchos de los principios-derechos procesales relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción a la luz, principalmente, de una concepción ético-normativa utilitarista al interior de una tradición ideológica abrigada por la ideología del así llamado ‘*adversarial legalism*’ que, al menos en un principio, dificulta la idea de concebir un punto de sombra entre el individuo y la (“prepotente”) administración pública.





**PRIMERA PARTE**

**LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS (DSH) Y LOS LLAMADOS**

**‘INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS’ (IDC).**

**TRAS EL RASTRO DE UNA DISTINCIÓN INFUNDADA**

**CAPÍTULO PRIMERO**

**SOBRE LA TITULARIDAD SIEMPRE INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS. UN MARCO**

**CONCEPTUAL**

*Nel corso degli studi di giurisprudenza mi sono trovato di fronte a un'esigenza non già «morale» ma «metodologica» o, se vogliamo, funzionale: e precisamente l'esigenza di sgombrare la strada da concetti che mi sembrano o inutili o dannosi; dannosi o dal punto di vista della efficienza, o dal punto di vista politico-ideologico*

GIOVANNI TARELLO, extracto de una intervención pronunciada en un seminario en Camerino (Italia) en 1971.

**1-**. PREMISA; **2-**. DEFINICIONES. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO; **3-**. (SIGUE) OTRAS DEFINICIONES **4-**. (SIGUE) SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS: EL INTERÉS **5-** (SIGUE) ESPECIFICACIÓN DE OBJETIVOS CON BASE EN LAS DEFINICIONES; **6-**. DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS CON OBJETO UN BIEN COLECTIVO Y LOS DERECHOS COLECTIVOS; **7-**. LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS; **8-**. PRECISIONES SOBRE LA NOCIÓN DE BIEN COLECTIVO; **9-**. (SIGUE) EL BIEN COLECTIVO NO TIENE UN VALOR INTRÍNSECO, ES UNA COSA (O ESTADO DE COSAS); **10-**. (SIGUE) EL PROBLEMA DE LOS BIENES “PARTICIPATIVOS” **11-**. (SIGUE) LA IMPOSICIÓN DEL DEBER CORRELATIVO A LAS POSICIONES NORMATIVAS “ACTIVAS” PROPIAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS CON OBJETO EL DISFRUTE DE UN BIEN COLECTIVO ES JUSTIFICADA; **12-**. RECAPITULANDO; **13-**. EL (META)DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS; **14-**. CONCLUSIÓN EN LA FORMA DE UN PUENTE: RESTRINGIENDO EL OBJETO DE TRABAJO

**1. PREMISA**

Un discurso colectivista ronda la configuración de los mecanismos procesales dirigidos a tutelar las situaciones de ventaja previstas por el ordenamiento jurídico. En

efecto, el sintagma ‘derecho colectivo’ (DC) y, en cuanto respecta al tema central de este trabajo, el sintagma ‘intereses difusos y colectivos’ (IDC), recorren el lenguaje jurídico contemporáneo. Se trata de sintagmas empleados en enunciados normativos los cuales, según parte de la teoría y la doctrina sobre los derechos, denotarían “nuevas” posiciones normativas de ventaja diferentes del derecho subjetivo y cuya tutela requeriría nuevos mecanismos procesales idóneos a tutelarlas en consonancia con su “nueva” propiedad diferenciante, es decir, su titularidad colectiva o, al menos no individual.

Pues bien, en sentido contrario a esta “ola” colectivista que recorre desde hace algunas décadas el discurso doctrinal procesal sobre los mecanismos de tutela grupal<sup>1</sup>, en este capítulo me ocuparé de resaltar como dichas “nuevas” situaciones de ventaja son conceptualmente derechos subjetivos. En otras palabras, me ocuparé, a partir de un análisis del concepto, de la justificación y de la justiciabilidad de los derechos subjetivos, de precisar como: (i) toda situación de ventaja en un ordenamiento jurídico es siempre un derecho subjetivo y, entonces, (ii) la titularidad de la misma es siempre individual.

En otras palabras, llevaré a cabo un análisis crítico de algunos argumentos favorables a la consistencia conceptual y justificativa de los DC con el propósito de defender una concepción liberal según la cual en el sistema normativo legal<sup>2</sup> occidental y moderno, el

---

<sup>1</sup> Este término se puede considerar, sólo en principio, sinónimo del término ‘serial’ o ‘colectiva’. Sin embargo, para evitar confusiones, prefiero utilizar el término ‘grupal’ que, en cuanto poco empleado, puede adquirir el significado que durante este trabajo le atribuiré. Se trata de un término que, entonces, puede evitar que se verifique intuitivamente, y en razón de concepciones ya sedimentadas en la cultura jurídica, una conexión terminológica con la idea (aquí criticada) de una distinción -en razón de supuestas características atribuidas por la doctrina a ciertas situaciones de ventaja- entre la justificación de los instrumentos predispuestos para la tutela de los (que más adelante explicaré) derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien colectivo y la justificación de los instrumentos predispuestos para la tutela de los derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien no-colectivo.

<sup>2</sup> Del presente capítulo excluyo las referencias a (y el estudio de) un sistema normativo moral. En efecto, aunque su relevancia es fundamental y casi todas las discusiones, sobre todo de orden justificativo, versan sobre este escenario normativo, mi objetivo es siempre, y sólo, el escenario normativo legal, puesto que mi pretensión final no es tanto un discurso teórico sobre la justificación moral de los DC, sino los efectos de (la prescripción de) los IDC al interior de la cultura jurídica italiana.

único posible y justificable titular de derechos es el sujeto individual<sup>3</sup> y que el referente semántico de los ‘DC’ es siempre un derecho subjetivo homogéneo con objeto un bien colectivo (en el sentido que precisaré a lo largo del presente trabajo).

Las conclusiones de este análisis serán aplicadas también a las nociones de IDC en cuanto las características adscritas por la teoría y la doctrina a los DC coinciden con aquellas adscritas a los IDC, al menos por parte de la doctrina que considera los IDC como situaciones de ventaja que se diferenciarían del DS en razón de su titularidad supuestamente no-individual y en razón del objeto del derecho consistente en el disfrute de un bien colectivo.

---

<sup>3</sup> En realidad, en un plano filosófico político, este debate está íntimamente conectado con el debate entre comunitarismo y liberalismo que se ocupa, sobre todo, del escenario normativo moral. Este capítulo, sin embargo, no es la sede para abordar este complejo debate lleno de matices y de interesantes controversias. En cambio, en este capítulo me ocuparé principalmente, como ya señalé, de aspectos relacionados principalmente con el sistema normativo legal y sólo para fijar algunas, pero fundamentales, premisas conceptuales que me serán de extrema utilidad a lo largo del todo este trabajo que, lejos de ocuparse del debate moral antes señalado, se ocupará principalmente de la justificabilidad de derechos subjetivos por vía de las acciones grupales o, más en concreto, de la que he llamado la «antecámara» conceptual de la *azione de classe* en el escenario normativo jurídico italiano. En estos términos resulta evidente porque no es pertinente, incluso por razones metodológicas, que me ocupe del debate mencionado, si bien resultará igualmente evidente que durante los siguientes capítulos, dos de los pilares fundamentales de las posiciones comunitaristas radicales son aquí fuertemente criticadas. Me refiero (i) a la (supuesta) titularidad colectiva (sobre todo colectividades-minorías) de algunas situaciones de ventaja y (ii) a la (supuesta) injustificada imposición de deberes a favor de sujetos individuales cuando el bien objeto del derecho es un bien colectivo. En estos términos, si resultara necesario asumir una posición respecto al debate comunitarismo-liberalismo (en todas sus diferentes acepciones) creo que a la luz de la posición que asumo en este estudio necesariamente puedo ser considerado como un opositor liberal del comunitarismo.

Para una ilustración de (y nuevos referentes bibliográficos sobre) el debate filosófico-político entre comunitarismo y liberalismo envío, por ejemplo a: NINO C., *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*, en *Law and Philosophy*, 8, 1989, pp. 37-52, ahora en *Rights*, NINO C. (ed), Dartmouth, Cambridge, 1992, pp. 75-86; SENIGAGLIA C., *La comunità a più voci*, FrancoAngeli, Milano, 2005; VITALE E., *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma, 2000; *Citizenship in Diverse Societies*, KIMLICKA W., NORMAN W. (eds), Oxford University Press, New York, 2000; SEYMOUR M., *De la tolérance à la reconnaissance. Une théorie libérale des droits collectifs*, Boréal, Montréal, 2008; SAUCA J., *Liberalismo y derechos colectivos. Análisis de su fundamentación en la teoría seymouriana*, en *Analisi e diritto*, 2008, pp. 119-150.

## 2. DEFINICIONES. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Por *derecho subjetivo* entiendo una expectativa (una posición de ventaja) adscrita por (o fundada en) normas a un sujeto o clase de sujetos.

En estos términos, el concepto de derecho subjetivo comporta dos elementos<sup>4</sup>: (i) un elemento objetivo, es decir, relativo a la disposición normativa que configura la expectativa y, en cuanto norma prescriptiva dotada de fuerza, dona también su carácter vinculante; y (ii) un elemento subjetivo relativo a la especificación de la expectativa en cabeza de un sujeto quien se encuentra en la posición de exigir la satisfacción de la expectativa en los términos previstos por su contenido. En estos términos no se puede hablar de derechos subjetivos si no existe una norma jurídica que lo prescriba (expresa o tácitamente; en la forma de reglas de todo o nada o en la forma de principios; sea por parte del legislador o, eventualmente, por parte del juez).

Ahora bien, para la elaboración del concepto de derecho subjetivo, bajo la premisa de su binaria composición, asumo como exhaustivamente explicativo el esquema lógico-conceptual de Wesley N. Hohfeld<sup>5</sup> y precisamente con base en el mismo determinaré las particularidades del concepto de derecho subjetivo.

---

<sup>4</sup> GUASTINI R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 148-149.

<sup>5</sup> HOHFELD W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Heaven, 1923, trad. it. LOSANO M., *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Torino, 1969 (antes en ID., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en *The Yale Law Journal*, 23, 1913, pp. 16-59 y ID., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en *Yale Law Journal*, 26, 1917, pp. 710-770). En efecto, no cabe duda que la mayoría de los trabajos definatorios del derecho subjetivo hacen referencia especial al estudio analítico de dicho A. que presenta, de manera casi unánimemente aceptada, las posibles denotaciones del significado del término derecho en el lenguaje jurídico. No es el caso de citar la infinita bibliografía que se fundamenta en este análisis; sin embargo, llama la atención que el movimiento (antiformalista) de los *Critical Legal Studies* no fue ajeno a la influencia del análisis conceptual hohfeldiano: ver KENNEDY D.; MICHELMAN F., *Are Property and Contract efficient?*, en *Hofstra Law Review*, 8, 1979-1980, princ. p. 749 ss., donde afirma, por ejemplo, que la lección de Hohfeld fue que «the lesson is that there is no logically necessary bond beteewn a right [claim, pretensión] over some act or class of acts and a privilege [libertad] over that same acto r class, no logical reason why having the right must go with having the privilege, or vice-versa» (pp. 752-753). Sobre la conexión, primero del realismo estadounidense y, después, de los *Critical Legal Studies* con el análisis conceptual de Hohfeld, ver recientemente PUPOLIZIO I., *Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei CLS*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2010, en curso de publicación.

En estos términos, por derecho subjetivo entiendo una expectativa (una posición de ventaja) fundada o prescrita por normas jurídicas -combinada en términos normativos de libertad-privilegio y/o pretensión-derecho en sentido estricto y/o poder, o capacidad de cambiar las relaciones legales y/o inmunidad, o protección contra un cambio en la posición legal- de un sujeto, o clase de sujetos, correlativa con un deber<sup>6</sup> – combinado en términos de ausencia de pretensión y/o deber y/o sujeción y/o incapacidad- a cargo de un sujeto, o clase de sujetos.

Con relación a este aún más específico concepto de derecho resultan pertinentes algunas precisiones y explicaciones.

(i) En primer lugar, desde ahora afirmo que con las posiciones normativas descritas, sean desde el punto de vista de la expectativa fundada sobre normas, o posiciones normativas “activas”<sup>7</sup> (privilegio/libertad; pretensión; poder; inmunidad)<sup>8</sup>, sean desde el punto de vista del deber correlativo, o posiciones normativas “pasivas”<sup>9</sup> -ausencia de pretensión; deber; sujeción; incapacidad-, se agotan todas las posibles posiciones

---

<sup>6</sup> Salvo específica referencia a las diferentes connotaciones del término deber, es decir, las posiciones normativas “pasivas” (ausencia de pretensión; deber; sujeción; incapacidad), el término ‘deber’ en este trabajo hará referencia indistintamente a todas (o una, o varias) de ellas. No se debe entender entonces que cada vez que se escribe ‘deber’ se está haciendo referencia específicamente al correlativo de derecho en sentido estricto (pretensión), sino en general a todos (o alguno, o algunos) de los correlativos lógicos de todas (o alguna, o algunas) de las posiciones normativas “activas” (pretensión; privilegio; poder; inmunidad).

<sup>7</sup> Precisamente las posiciones “activas” en términos hohfeldianos son cuatro: (1) ‘pretensión’ (*claim*); (2) ‘privilegio’ (*privilege*); (3) ‘poder’ (*power*); (4) ‘inmunidad’ (*immunity*). (Talvez es pertinente señalar que ROSS A., *On Law and Justice*, Steven & Sons Ltd, London, 1958, trad. it. GAVAZZI G. *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1965, pp. 156 ss. en cambio de usar el término ‘poder’ (*power*) utiliza el término ‘competencia’ (*competence*), con sus respectivas modificaciones al esquema hohfeldiano). Las dos primeras (pretensión y privilegio) son atribuidas por normas de conducta, o *duty-imposing rules*; y las dos últimas (poder e inmunidad) son atribuidas por normas de competencia (*power-conferring rules*). Al respecto ver BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, en *Analisi e diritto*, 2006, p. 8.

<sup>8</sup> Entre las posiciones activas hohfeldianas no existe relación de implicación lógica, como en cambio si se verifica (definitivamente) entre derecho y deber en el concepto de derecho subjetivo. En efecto, no se puede decir, por ejemplo, que un *poder* esté lógicamente asociado a una libertad puesto que, por ejemplo, por extraño que parezca, el poder de incidir sobre la situación jurídica de un sujeto no significa que tenga la libertad (o, correlativamente, la no-pretensión en cabeza del titular del deber correlativo) de hacerlo: PINO G., *Diritti Soggettivi. Lineamenti di un’analisi teorica*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2009, pp. 492.

<sup>9</sup> Las posiciones “pasivas” en términos hohfeldianos son cuatro: (1) deber (*duty*); (2) no derecho o no-pretensión (*no-right*); (3) sujeción (*liability*); (4) incapacidad (*disability*).

normativas subjetivas y, entonces, todas las posibles usos del sintagma ‘derecho subjetivo’ en el lenguaje jurídico<sup>10</sup>.

(ii) En segundo lugar, es necesario precisar que las relaciones normativas “activas” son correlativas con las posiciones normativas “pasivas” en el sentido que son lógicamente equivalentes. Es decir, afirmar que *a* tiene una pretensión frente a *b* es lo mismo que afirmar que *b* tiene un deber frente a *a*; afirmar que *a* tiene un privilegio/libertad frente a *b* es lo mismo que afirmar que *b* tiene un no-derecho frente a *a*; afirmar que *a* tiene un poder frente a *b* es lo mismo que afirmar que *b* está en sujeción con respecto a *a*; afirmar que *a* tiene una inmunidad frente a *b* es lo mismo que afirmar que *b* está en incapacidad con respecto a *a*. En otras palabras, las posiciones “activas” y “pasivas” son «two sides of the same coin»<sup>11</sup>.

Así, de conformidad con el esquema hohfeldiano, todo derecho subjetivo corresponde con un deber o, en otras palabras, en todo enunciado sobre derechos (que como se verá adelante denotan siempre, y sólo, derechos subjetivos) se puede expresar en términos de deber sin que su significado varíe: no hay derecho sin deber y, precisamente, esta sería la tesis de la correlatividad lógica<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Es importante señalar que HOHFELD también fija una tabla -sólo de naturaleza semántica- de opuestos jurídicos con base en los mismos ocho conceptos fundamentales: (1) derecho-no derecho; (2) privilegio (libertad)-deber; (3) poder-incapacidad (4) inmunidad-sujeción. Estas tabla no resulta, para los objetivos de este trabajo, relevante. Se trata de los opuestos semánticos de las cuatro posiciones activas y, por obvias razones, en una misma situación normativa no se pueden verificar ambos: no es posible entonces afirmar que en el ordenamiento jurídico, respecto un mismo sujeto y frente a los mismos hechos el sujeto es titular de, por ejemplo, una posición normativa de inmunidad y, al mismo tiempo, de sujeción.

<sup>11</sup> RAINBOLT G., *The Concept of Rights*, Springer, 2006 , p. 3.

<sup>12</sup> Es decir, una misma norma que adscribe un derecho a una clase de sujetos impone entonces, como consecuencia lógica, el deber correlativo. De esta forma, no es necesaria una (otra) norma que establezca la respectiva posición correlativa en cuanto la primera, necesariamente, implica (impone, instituye) la segunda. Así, señala, por ejemplo, GUASTINI R., *Tre problemi di definizioni*, en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, VITALE, E., (ed.), Laterza, Roma, 2007, pp. 43-45 que la correlatividad entre derechos y deberes consiste en «che un enunciato il quale ascriva un diritto (a qualcuno) è traducibile senza perdita di significato in un diverso enunciato che imponga un obbligo (a qualcun altro)». En posición contraria FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., quien afirma, si bien acepta en principio la tesis de la correlatividad, que «[é] ben possibile che di fatto non esista l’obbligo o il divieto correlativo a un diritto soggettivo e, più ancora, che non esista l’obbligo di applicare la sanzione in caso di violazione degli uni e dell’altro: che esistano, in altre parole, *lacune primarie*, per la mancata stipulazione degli obblighi e dei divieti

(iii) En tercer lugar, siguiendo el modelo a tres niveles (*Drei-Stufen-Modell*) propuesto por Robert Alexy<sup>13</sup>, la definición aquí propuesta es conceptual y, en tal

che del diritto soggettivo costituiscono le garanzie primarie, e lacune secondarie, per la mancata istituzione degli organi obbligati a sanzionarne o ad invalidarne le violazioni, ossia ad applicare le garanzie secondarie», p.29. Pues bien, además de la evidente contradicción en la propuesta de Ferrajoli (que, como resalta GUASTINI R., *Tre problemi di definizioni*, cit. p. 43: «[t]emo che queste due tesi siano tra loro contraddittorie: la prima tesi afferma che ogni diritto soggettivo implica logicamente un obbligo corrispondente, la seconda lo nega [...]»), es necesario precisar que la correlatividad implica necesariamente la posibilidad de expresar del mismo modo y con el mismo significado, sea en términos de posiciones normativas activas que de posiciones normativas pasivas, el mismo enunciado normativo: en otras palabras, considero que no es posible hablar de derechos sin deberes en el sistema normativo legal. Sobre la respuesta de Ferrajoli (FERRAJOLI L., *I diritti fondamentali nella teoria dei diritti*, en *Diritti fondamentali*. cit., pp. 156-171) y la atinada crítica de Guastini ver, por ejemplo, y desde un punto de vista crítico, POGGI F., *Norme permissive*, Giappichelli, Torino, 2004, espec. pp. 266-271.

La tesis de la correlatividad hohfeldiana también ha sido criticada por parte de la teoría de los derechos en cuanto acusada de establecer una primacía lógica y axiológica de los deberes sobre los derechos. En cuanto a la primacía lógica dicha crítica no tiene fundamento ya que, en cuanto correlativos, el deber y el derecho son recíprocos y, entonces, no es posible establecer ningún tipo de prioridad lógica, ni de los unos, ni de los otros (KRAMER M. H., *Rights without Trimmings*, en *A Debate over Rights*, KRAMER M. H., SIMMONDS N. E., STEINER, H., (eds), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 60; ver también FANLO CORTÉS I., *Bambini e diritti, una relazione problematica*, Giappichelli, 2008, pp. 82-83 y BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, en *Analisi e diritto*, 2006, p. 9). En cuanto a la crítica por generar (y presentar) una primacía axiológica de los deberes sobre los derechos, es necesario precisar dos aspectos. En primer lugar los aspectos axiológicos corresponden a la justificación de (las razones para) los del derecho (o los deberes) y no al análisis conceptual que es, precisamente, cuanto realizó HOHFELD en su esquema. Es decir, se trata de un plano de análisis diferente que no puede ser confundido, como en cambio hacen los autores de esta crítica, con el plano conceptual o definitorio. En segundo lugar, aunque se afirme que esta supuesta prioridad axiológica de los deberes sobre los derechos y no de los derechos sobre los deberes sería en el plano justificativo incorrecta (según, por ejemplo RAZ, J., *Tue Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p170), de nuevo es necesario señalar que partiendo del hecho de que HOHFELD en su análisis no se ocupa de estos aspectos justificativos, dedicar una crítica a la teoría de la correlatividad por aspectos sobre la prioridad axiológica entre derechos y deberes no tiene sentido puesto que dicho análisis no puede, y no debe, ser aplicado al plano de la justificación de (las razones para) los derechos.

En fin, como crítica a la teoría de la correlatividad entre deberes y derechos, se afirma que el esquema no toma en cuenta como de un derecho subjetivo (o, mejor, el núcleo de un derecho subjetivo) se pueden generar los así llamados ‘derechos derivados’. Sobre esta crítica ver pie de página n. 23.

<sup>13</sup> En pocas palabras, existirían tres estadios de análisis que, aún cuando presenten relaciones e intercepciones, son totalmente distinguibles: (a) el estadio definitorio (derechos como relaciones y posiciones), (b) el estadio justificativo (razones para los derechos), (c) el estadio de los instrumentos



medida, para el análisis del lenguaje de los derechos, no hace (y no puede hacer) referencia al aspecto normativo de la justificación de (las razones para) los derechos subjetivos, ni a la imponibilidad del derecho (cumplimiento no patológico del deber correlativo y los mecanismos procesales para su justiciabilidad, es decir, mecanismos relativos al ejercicio del (meta)derecho de acción<sup>14</sup>). Excluyo para efectos de la definición de DS estos últimos dos aspectos (sin duda alguna de fundamental y superior relevancia) porque no hacen parte del concepto de derecho subjetivo en cuanto se trata de aspecto a él contingentes: una vez el derecho ha sido explícita o implícitamente prescrito por el sistema normativo legal, dicha expectativa fundada sobre normas será, mientras haga parte del ordenamiento, un derecho subjetivo<sup>15</sup>.

---

y las técnicas de tutela de los diferentes ordenamientos (imponibilidad jurídica de los derechos). ALEXYS R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 178 ss.

<sup>14</sup> Se podría criticar esta afirmación diciendo que la justiciabilidad implica también la especificación del deber correlativo. Sin embargo, la especificación de un deber es el resultado de interpretaciones del enunciado normativo que prescribe el derecho subjetivo. Así, en la especificación del contenido del derecho, precisamente en razón de la correlatividad lógica ya analizada, se especifica el deber correspondiente. Por este motivo, considero que la justiciabilidad no hace referencia a la especificación del deber correlativo, es decir, las llamadas por Ferrajoli garantías primarias (ver FERRAJOLI, L., *I diritti fondamentali nella teoria dei diritti*, cit.), sino sólo a las llamadas por el mismo autor garantías secundarias, es decir, las previsiones normativas dirigidas a tutelar un derecho subjetivo mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción ante el incumplimiento, precisamente, del deber (deberes) correlativo (implícitos o explícitos en el ordenamiento jurídico correspondiente). Por este motivo, la justiciabilidad de un derecho es contingente a su definición porque bien se puede hablar de un derecho subjetivo (y del deber correlativo) cuando este no es justiciable, no obstante el incumplimiento patológico del deber correspondiente.

<sup>15</sup> En estos términos la justificación y la imponibilidad (particularmente, para efectos de este trabajo, la justiciabilidad) de un derecho subjetivo no hace parte del concepto de derechos subjetivo. Su inclusión implicaría, precisamente, dejar de elaborar una definición de derecho subjetivo puesto que comenzaría a ocuparme de aspectos contingentes y, por tanto, irrelevantes para la definición. En efecto, y en relación con la justificación, (i) los motivos (las razones, la justificación) por los que un derecho subjetivo es contemplado por el sistema normativo legal, una vez se verifica el derecho, es decir, un enunciado normativo sobre derechos correspondiente a una, o varias, posiciones normativas hohfeldianas, son irrelevantes para efectos de su definición; (ii) que existan motivos para sustraer un derecho subjetivo del ordenamiento jurídico tampoco es relevante para definirlo, puesto que este derecho subjetivo sigue siéndolo hasta cuando permanezca en el ordenamiento jurídico; (iii) que existan razones para incluir un nuevo derecho en el ordenamiento jurídico tampoco es relevante puesto que, si no ha sido prescrito por el ordenamiento, no es aún un derecho subjetivo en cuanto no corresponde a alguna (o varias) de las posiciones normativas hohfeldianas; (iv) que existan motivos

Lo anterior no significa, ciertamente, que en este trabajo no me ocuparé, al menos en parte, de algunos aspectos relativos a la justificación de los derechos subjetivos objeto de este trabajo y también, en profundidad, de la justiciabilidad de los mismos, que es, sin duda, el aspecto más relevante para que un derecho subjetivo de “papel” se convierta en un derecho subjetivo “verdadero”<sup>16</sup> (pero, insisto, no para que un “algo” se convierta en derecho subjetivo).

(iv) En cuarto lugar, seguí el análisis hohfeldiano<sup>17</sup> sobre el uso del término ‘derecho’ en el lenguaje jurídico porque se trata de un estudio elaborado, ya durante las primeras décadas del siglo pasado, que el autor emprendió con el objetivo de brindar claridad (y lo hizo) en medio del caos que reinaba, y aún reina, en el uso del término ‘derecho’ en el lenguaje jurídico<sup>18</sup>.

---

para considerar menos, o más, importante un derecho subjetivo frente a otro, tampoco es relevante para su definición porque, además de tratarse de un ejercicio de solución de conflictos normativos entre principios (o de antinomias entre reglas), no afectaría el hecho de que ambos derechos subjetivos siguen siéndolo. De la misma manera, y en relación con la justiciabilidad, (i) que existan o no mecanismo procesales que hagan efectivo el derecho subjetivo, no hace del derecho subjetivo un derecho (o un no) derecho subjetivo, sino un derecho (o un no) derecho tutelado; (ii) en fin, que se considere que un derecho es ultra-tutelado o deficientemente tutelado no cambia la naturaleza del derecho subjetivo: sigue siéndolo. La elaboración del concepto de derecho subjetivo es, entonces, un ejercicio de elección de los aspectos necesarios (pero sólo los necesarios) para poder considerar que un enunciado normativo denota un derecho subjetivo. Ahora bien, igualmente quisiera precisar que ya desde este capítulo, y en adelante, me ocupare sobre todo de la justiciabilidad de un tipo de derechos subjetivos (los derechos subjetivos homogéneos), pero con la convicción que es un aspecto contingente en relación con la definición de dichos derechos subjetivos.

<sup>16</sup> Sobre el particular remito al numeral 13 de este capítulo.

<sup>17</sup> Sobre el análisis hohfeldiano y su esquema, ver FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 199-202; ROSS A., *Diritto e giustizia*, cit., pp. 151-159; WALDRON J., *Introduction*, en WALDRON J. (ed), *Theories of Rights*, Oxford U. P., Oxford, 1984, pp. 5-8; KRAMER M., *Rights Without Trimmings*, cit., pp. 7-111; CELANO B., *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, en *Analisi e diritto*, 2001, pp. 1-58. Un enfoque claramente hohfeldiano en la doctrina del derecho privado se ve en, por ejemplo, NICOLÓ R., *Le situazioni giuridiche soggettive*, en *Lecture di diritto civile*, ZATTI, P. y ALPA, G.,(eds.), Cedam, Padova, 1990, pp. 129-148; mucho antes en ID., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1962. También tiene una inspiración hohfeldiana TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, XIII edición, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 38-40.

<sup>18</sup> HOHFELD W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit, p. 53. «Come abbiamo più ampiamente dimostrato nell’articolo precedente, il termine ‘diritto’ viene usato genericamente e indiscriminatamente per denotare qualunque genere di vantaggio giuridico, si tratti di una pretesa, di un privilegio, di un potere o di un’immunità». COOK W. W., *I contributi di Hohfeld*

Para este fin identificó cuatro significados del término ‘derecho’ (en sentido subjetivo, es decir, como *right* y no como *law*) y sus correlativos (sendos) deberes. Igualmente precisa como el término ‘derecho’ no connota sólo la posición normativa y su correlativo deber sino, en realidad, una serie combinada de posiciones normativas<sup>19</sup> que amplían, y agotan, todas las posiciones subjetivas de ventaja que abrigan, al tiempo que agotan, todas las posibles denotaciones del sintagma ‘derecho subjetivo’.

En otras palabras, el análisis teórico hohfeldiano, al tiempo que reconoce la complejidad del concepto de derecho subjetivo, además de clarificar el uso del término ‘derecho’, confirma, desde mi punto de vista (y se verá más adelante) la imposibilidad de reconocer en cabeza de la colectividad la titularidad de derechos en cuanto, precisamente, las posiciones por él descritas se predicen siempre de sujetos individuales y las mismas agotan todas las posibles situaciones de ventaja en un sistema normativo legal (es decir, denotan en su combinación todos los posibles derechos subjetivos): no hay situaciones de ventaja que no correspondan a una, o a varias, de las posiciones de expectativa fundadas sobre normas descritas por Hohfeld.

Cierto, la estructura hohfeldiana ha sido criticada<sup>20</sup>, y las críticas también han sido formuladas al interior del área procesal civil<sup>21</sup>. Por este motivo es necesario, respecto al

*alla scienza del diritto*, en HOHFELD W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit. p. XXXVIII, «Gli studiosi più attenti del diritto hanno compreso, almeno vagamente, che il termine ‘diritto’ (right) viene spesso usato in senso lato per indicare rapporti giuridici in generale. Così, per prendere un esempio concreto, quasi tutti noi abbiamo talvolta notato che il diritto (privilegio) della legittima difesa è un tipo di diritto diverso dal diritto di non essere assaliti da altri [...] uno stesso vocabolo ‘diritto’, viene usato per indicare ora un concetto ora un altro, provocando spesso confusioni».

<sup>19</sup> En este sentido, es decir, en el sentido que algunos derechos son una molécula de varias (atómicas) posiciones hohfeldianas, ver, además de Hohfeld, entre otros, FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 201; THOMSON J., *The Realm of Rights*, pp. 55 ss; BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, cit. pp. 10-11.

<sup>20</sup> HUSIK I, *Hohfeld's Jurisprudence*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 72, 1924, pp. 263-277; RADIN M, *A Restatement of Hohfeld's Jurisprudence*, en *Harvard Law Review*, 51, 1938, pp. 1141-1164; STONE R, *An Analysis of Hohfeld*, en *Minnesota Law Review*, 48, 1963, pp. 313-338; CORBIN A, *Jural Relations and their Classification*, en *Yale Law Journal*, 30, 1921, pp. 226-238; COMANDUCCI P., *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992, pp.137-138 quien señala que «[...] lo schema hohfeldiano (e quelli da esso derivati) delle posizioni correlative è del tutto inadatto ad essere esportato fuori dell'area giuridica, ed anche all'interno di quest'area sembra non essere in grado di assolvere una funzione meramente descrittiva degli usi linguistici tecnicizzati degli operatori del diritto».

esquema hohfeldiano, establecer tres aspectos con claridad para evitar que determinadas reflexiones conduzcan a erradas críticas respecto a dicho esquema.

(i) Las situaciones normativas descritas pueden (y casi siempre es así) combinarse entre ellas. Es decir, es posible identificar micro-derechos subjetivos referidos a una única situación normativa, como es también posible encontrar macro-derechos subjetivos compuestos por al menos dos micro-derechos<sup>22</sup>. En estos términos, la definición de derecho subjetivo aquí acogida considera también como derecho subjetivo la combinación de diferentes posiciones normativas que corresponden, todas juntas, no a una situación de expectativa fundada sobre normas de carácter simple, sino a una situación de expectativa fundada sobre normas de carácter complejo, pero, de todas formas, un derecho subjetivo. De hecho, es difícil identificar un derecho subjetivo que de forma exclusiva corresponda a una sola situación normativa (es decir, sólo una libertad, o sólo una pretensión, o sólo un poder, o sólo una inmunidad) sino, la más de las veces, los enunciados sobre derechos subjetivos denotan un conjunto, combinado, de situaciones normativas, es decir, un macro-derecho subjetivo.

(ii) En segundo lugar, las posiciones normativas descritas son una especie de *fotografía estática* de la realidad normativa denotada en ese preciso momento histórico por un determinado enunciado normativo sobre ‘derechos’. Esto no significa, ni implica, que el esquema hohfeldiano niegue la mutabilidad, la movilidad, de la realidad normativa. Sin embargo, lo cierto es que un enunciado normativo denotará un derecho subjetivo cuando en ese preciso momento histórico se verifique una sola de las situaciones normativas descritas (un micro-derecho subjetivo) o varias de ellas complejamente combinadas (macro-derecho subjetivo). En estos términos, el cambio, la supresión (o la elaboración de nuevos) enunciados normativos (sobre derechos en razón,

---

<sup>21</sup> Para los intereses de este trabajo ver la crítica, entre otras, formulada por JAFFE LOUIS L., *The Citizen as Litigant in Public Actions: The non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff*, en *University of Pennsylvania Law Review* 116, 1967-1968, pp. 1033-1047.

<sup>22</sup> Para el término específico ‘micro-derecho’, con referencia al esquema hohfeldiano, ver WELLMAN C., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997 pp. 3-16, 74-84; BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, cit. pp. 10-11. «Nella seconda accezione, ‘diritti’ significa situazioni favorevoli *complesse*, o *macro-diritti*: situazioni *complesse*, beninteso, rispetto alle situazioni semplici, o *micro-diritti*, che concorrono a formarle. Tutti i diritti, sia giuridici, sia morali, sono in realtà *macro-diritti*, aggregati di *micro-diritti* hohfeldiano: diverse combinazioni, grappoli o “pacchetti” (*clusters, packages*) di libertà, pretese, immunità, poteri».

por ejemplo, de reformas legislativas o de sentencias de la corte constitucional) puede comportar, sin lugar a dudas, la eliminación (y/o la identificación de nuevas) situaciones normativas de ventaja; sin embargo, para identificar si un enunciado normativo (o mejor, una norma) corresponde a un derecho subjetivo será necesario precisamente que mediante la *fotografía* del ordenamiento se identifique el enunciado sobre derechos cuyo significado denote una, o varias, de las posiciones propias del esquema hohfeldiano<sup>23</sup>.

(iii) En tercer lugar, el esquema hohfeldiano no niega la posibilidad de conflictos entre las normas que prescriben derechos subjetivos, sea en la forma de reglas de todo o nada, sea en la forma de principios (y, entonces máximas de optimización) que, a su vez, se resolverán con las reglas propias con las que se resuelven las antinomias del

---

<sup>23</sup> El esquema hohfeldiano es un caso paradigmático de una teoría estática sobre los derechos. Ya señale que una de las críticas formuladas en contra de la correlatividad lógica hohfeldiana consistía en que la misma no contemplaría la dinámica de los derechos (sobre la dinámica de los derechos ver: RAZ J., *The Morality of Freedom*, cit., p. 168; MACCORMICK N., *Children's Rights. A Test-Case for Theories of Rights*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 3, 1976, pp. 305-316, ahora en *Rights*, NINO C. (ed), Dartmouth, Cambridge, 1992, pp. 75-86 ). Pues bien, esto, en parte, es cierto, en cuanto dicho dinamismo también respecta el plano justificativo (es decir, las razones por las que un determinado ordenamiento prevé un derecho subjetivo) y, puesto que Hohfeld no se ocupa de este plano, es cierto que en su análisis lógico-conceptual no es posible encontrar la referencia al “surgimiento” de los así llamados ‘derechos derivados’ (que, por ejemplo, BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo ético*, cit., p. 12-13, considera que son aquellas situaciones de expectativa fundadas sobre normas (derechos subjetivos) que, desde el punto de vista del enfoque teórico dinámico, corresponden a argumentaciones, es decir, «avere un diritto, qui, significa solo avere a proprio favore ragioni [...] diritti ragioni, ossia di valori formulati da principi morali o costituzionali. Avere un diritto-ragione [...] significa avere una ragione – un argomento, una giustificazione, un valore – per rivendicare doveri, e anche altri diritti» (p. 11). Así, los derechos razones, que siempre se expresan normativamente en la forma de principios, son «[i]l fondamento di un (macro)diritto [...] un valore che permette di argomentare dinamicamente, intere ondate di micro-dovere e micro-doveri. Di ogni (macro)diritto costituzionale, dunque, un pluralista potrebbe dire che ha un fondamento diverso, in un valore ultimo differente: il rispettivo diritto-ragione», pp. 12-13). Sin embargo, no es cierto que sea posible dirigir una crítica por este motivo al esquema lógico hohfeldiano en cuanto lo que se espera de dicho esquema es que las posiciones y relaciones normativas agoten todos los posibles significados de los enunciados sobre derechos y, precisamente, creo que es así, incluso en el caso de los así llamados ‘derechos subjetivos derivados’ en cuanto, si se expresan en la forma de enunciados sobre derechos (incluso fruto de ejercicios alargados de argumentación e interpretación), siempre pueden ser, en ese preciso momento (precisamente como fotografía), expresados en diversas posiciones normativas hohfeldianas y, entonces, en sus (correlativos) deberes.

ordenamiento jurídico (en el primer caso), o mediante la ponderación entre principios (en el segundo caso<sup>24</sup>).

### 3. (SIGUE) OTRAS DEFINICIONES

Con respecto al objeto central de este capítulo (y, en realidad, como aspecto fundamental para todo el trabajo de tesis) preciso que a lo largo de este trabajo emplearé el sintagma '*derechos subjetivos homogéneos*' (DSH) para referirme a la situación en la cual dos o más sujetos (pero siempre considerados individualmente) son titulares de sendos derechos subjetivos cada uno con idéntico contenido normativo, es decir, compuestos por las misma combinación de elementos "activos" (y, entonces "pasivos") hohfeldianos.

En estos términos, por medio del uso del sintagma 'DSH' se resalta una *relación* entre dos o más derechos subjetivos. En otras palabras, los DSH no denotan una especificidad conceptual del derecho subjetivo sino la similitud entre varios derechos subjetivos. Este punto resulta de fundamental relevancia para este trabajo en cuanto desde ya se está precisando que la similitud en el contenido normativo de varios derechos subjetivos no altera, y no puede alterar, su configuración conceptual.

Es importante igualmente precisar que estos DSH pueden tener como objeto tanto el disfrute de un bien colectivo (DSHBC), como también el disfrute de un bien no-colectivo. Cuando emplearé el sintagma '*bien colectivo*' (BC) me refiero a un bien (cosa o estado de cosas) que no admiten exclusión (*no-exclusivity*) en su disfrute y, contemporáneamente, no admiten rivalidad (*no-rivalry*) en su consumo.

Pues bien, desde ahora también preciso que la relación entre DSH con objeto un BC tampoco altera la configuración conceptual de cada uno de los derechos subjetivos en cuestión no obstante varios derechos tengan por objeto el disfrute de un mismo bien (cosa o estado de cosas).

Por último es necesario señalar (no obstante parezca obvio) que un mismo sujeto contemporáneamente puede ser titular de DSH con objeto un bien no-colectivo y de

---

<sup>24</sup> Sobre el tema de los conflictos basta por ahora señalar que los enunciados normativos objeto del presente capítulo, los derechos colectivos, casi siempre expresan normas en la forma de principios de derecho y no de reglas de todo o nada. En estos términos los conflictos se resolverán por vía de la ponderación y no mediante las formas clásicas de solución de las antinomias entre reglas.

DSHBC; y, más aún, esta situación se verifica siempre en el ordenamiento jurídico. En otras palabras un sujeto individual es titular, al mismo tiempo, de un derecho subjetivo al disfrute de un bien colectivo considerado relevante por el ordenamiento jurídico para su bienestar y de un derecho subjetivo al disfrute de un bien no-colectivo considerado relevante por el ordenamiento jurídico para su bienestar.

#### 4. (SIGUE) SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS: EL INTERÉS

Al disfrute de un bien (cosa o estado de cosas) que constituye el objeto de un derecho subjetivo, se conecta la idea que lo que justifica la adscripción normativa de un derecho a un sujeto es la relevancia de un interés para el ordenamiento jurídico.

Un *interés es relevante para el ordenamiento jurídico* cuando es posible identificar una norma del ordenamiento jurídico respectivo que prescribe un deber a cargo de un sujeto o clase de sujetos cuyo contenido consiste en imponer la no-interferencia y/o el favorecimiento del disfrute de un bien relevante para el bienestar de un sujeto (o grupo de sujetos) en cuanto existen razones suficientes para la imposición de dicho deber. En un sistema normativo legal la justificación de la imposición del deber, en principio, está implícita en el enunciado normativo que lo prescribe.

A este respecto también es pertinente hacer algunas reflexiones:

(i) En primer lugar, como se puede constatar en la definición de derecho subjetivo aquí propuesta, el término ‘interés’ no está presente. En efecto, el interés no es un elemento del concepto de derecho subjetivo en cuanto hace referencia a la justificación de (las razones para) los derechos y no ayuda a esclarecer el concepto de derecho subjetivo<sup>25</sup>. Es decir, el interés relevante para el ordenamiento hace referencia al *para qué* sirve el derecho subjetivo y no al *qué es* el derecho subjetivo. Siempre existen, y sin duda el sistema legal no es la excepción, motivos para que un sistema normativo contemple una situación de expectativa fundada sobre normas pero, conceptualmente (si cuanto se quiere es establecer el concepto de derecho subjetivo), lo importante es que dicha situación sea prevista por ordenamiento jurídico de referencia. El derecho subjetivo, en términos muy generales, hace referencia a una posición normativa que se

---

<sup>25</sup> ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 181. «Una cosa es la razón de un derecho y otra el derecho que se acepta en virtud de esta razón».

verifica, o no se verifica; el interés relevante para el ordenamiento, en cambio, hace referencia al disfrute de un bien (cosa o estado de cosas) relevante para el bienestar de un sujeto, o grupo de sujetos. En estos términos, bien se puede afirmar que la no identificación de un interés relevante para el ordenamiento (en cabeza de un sujeto, o de un grupo de sujetos vistos, cada uno de ellos, individualmente) implica su irrelevancia (en un momento histórico determinado) para el ordenamiento jurídico y entonces la no justificación (la otra cara de la moneda) para la imposición del deber correspondiente y, de nuevo, entonces, la no-previsión normativa de un derecho subjetivo. Sin embargo, en el caso contrario, es decir, si un interés es considerado relevante para el ordenamiento, será posible identificar un derecho subjetivo, no porque el interés relevante sea el derecho subjetivo, sino porque, una vez tutelado, los respectivos enunciados normativos denotarán posiciones normativas propias del derecho subjetivo.

Esta precisión es muy importante sobre todo en relación con el objeto de este trabajo. Primero, porque el uso del término ‘interés’ en los enunciados relativos a los llamados ‘intereses difusos y colectivos’ (IDC), de los que me ocuparé principalmente en el segundo capítulo, puede generar equivocaciones conduciendo (como se verá más adelante) a la idea de que el término ‘interés’ denota una nueva situación de ventaja diferente del derecho subjetivo. No obstante, como se verá, dicha distinción, conceptualmente hablando, no se verifica (como tampoco se verifica, por ejemplo, en relación con los enunciados contentivos de la locución ‘interés legítimo’<sup>26</sup>, o la locución

---

<sup>26</sup> GUASTINI R., «*Un soggetto, un diritto, un giudice*». *I fondamenti teorici di un giustizia non-amministrativa*, en *Diritto pubblico*, 1, 2008, pp. 41-51. En particular, precisa el autor que la noción de interés legítimo es «(i) una nozione [...] mal costruita, (ii) ideologicamente compromessa e anche per questo (iii) del tutto sconosciuta alla teoria generale del diritto», p. 42. En cuanto al punto (iii) señala el autor que es desconocida para la teoría general del derecho porque esta conoce (siguiendo principalmente el esquema hohfeldiano y la reelaboración de dicho sistema hecha por ROSS A., *On Law and Justice*, cit., pp. 156 ss.) en concreto cuatro situaciones de ventaja: pretensión, privilegio, poder, inmunidad (referibles todas, como ya precisé anteriormente, al derecho subjetivo). De estas cuatro posiciones normativas denotadas por un derecho subjetivo que, como ya señalé, se presentan en el lenguaje jurídico de forma combinada y en diferentes grados, y que Guastini identifica en grados de derechos (derecho, meta-derecho, meta-meta derechos), el llamado ‘interés legítimo’ denota siempre pretensiones o inmunidades. p. 47-48. En pocas palabras, en relación con el objetivo central de este capítulo, señala GUASTINI: «Qual è dunque il posto – se mai ve n’è uno – dell’interesse legittimo in questa griglia concettuale [se refiere, en términos generales, al esquema hohfeldiano]? È abbastanza chiaro che ‘interesse legittimo può solo essere il nome di un peculiare diritto soggettivo». p. 46. Es importante señalar que es precisamente este enfoque conceptual el que



‘interés general’<sup>27</sup>). Segundo, esta distinción entre *para qué* sirve el derecho subjetivo y *qué es* el derecho subjetivo ayuda a esclarecer algunos problemas relativos al concepto de derecho subjetivo, problemas que han poblado la historia del derecho privado<sup>28</sup>.

(ii) En segundo lugar, y en relación con la última precisión, es importante recordar como el empleo del término ‘interés’ en varias “definición” del derecho subjetivo fijaron una distinción de orden dogmático entre quienes concebían el derecho subjetivo como el poderío de la voluntad (*will theory*<sup>29</sup>), quienes lo concebían como un interés

guía el objetivo central de este trabajo, es decir, demostrar que ‘interés difuso y colectivo’ no puede denotar otra cosa que un derecho subjetivo homogéneo a otros derechos igualmente subjetivos. En sentido similar, pero referido más a un análisis no conceptual, sino justificativo ver, MONATERI P.G., *Pensare il diritto civile*, 2º ed., Giappichelli, Torino, 2006, pp. 214-219 que reconduce la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo al resultado de un distanciamiento de la tradicional estructura del derecho subjetivo en función del favor a una jurisdicción administrativa: «[...] si opera la scelta di sottrarre alcuni interessi muniti d’azione all’ambito della definizione in cui troneggia il genotipo [el genotipo, en términos generales y según el lenguaje de R. Sacco, hace referencia a todas aquellas nociones super-abstractas que se encuentra en una, o varias, familias de sistemas y que, en este caso, Monateri reconduce a la que sería la «definición general, meta-positiva de derecho subjetivo», -aunque, creo yo, aquello que el autor considera como la definición abstracta, no es una definición de derecho subjetivo sino es una precisión, de carácter justificativo, del *para qué* sirve el derecho subjetivo. p. 217-] e si procede alla procreazione di figure ad hoc, come l’interesse legittimo, che esprimano a livello lessicale quelle situazioni soggettive le cui violazioni, in tali contesti, vengono sottratte alla cognizione del giudice ordinario», p. 217. Lo cierto es que las posiciones normativas que denotaría el significado del término ‘interés legítimo’ claramente corresponden con algunas de las posiciones normativas propias del concepto de derecho subjetivo. Fijar una distinción conceptual no es viable y cualquier distinción doctrinal se explica en términos de “elecciones” de política del derecho (principalmente dirigidas a la justificación de una distinción de las jurisdicciones competentes sobre la base, nuevamente de orden justificativo, de la supuesta existencia de un interés general al que no correspondería la suma de derechos subjetivos).

<sup>27</sup> Al respecto ver numeral 3 del capítulo tercero

<sup>28</sup> Muchos tentativos definitorios del ‘derecho subjetivo’ han abiertos debates, no en razón de la definición, sino en razón de las *doctrinas* sobre la justificación de los derechos (teoría voluntarista vs. teoría del interés) que, si bien relevantes y fructíferas, no ahondaron, como en cambio hizo HOHFELD, en el concepto de derecho subjetivo. Para una lectura histórica sobre las nociones de derecho subjetivo ver el clásico trabajo de ORESTANO R., *Diritti soggettivi diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, en *Ius*, 1960, pp. 1-48, ahora en ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, 1978, pp. 115-189 y GORLA G., *Commento a Tocqueville. “L’idea dei diritti”*, Giuffrè, Milano, 1948; LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1996.

<sup>29</sup> Cuando se hace referencia a la ‘*Will o choice theory*’, se hace referencia al enfoque de autores como HART H.L.A. (según este autor la afirmación según la cual un sujeto tiene un derecho jurídico es cierta si este se encuentra en la condición de poder determinar, mediante un acto de elección individual el comportamiento de otros sujetos interfiriendo de esta forma en su libertad: H. L. A.

jurídico tutelado (*interest theory*<sup>30</sup>) y quienes, en fin, concebían (y conciben) el derecho subjetivo como una ecléctica unión de ambos factores (dotando, dependiendo el caso, cada uno de ellos, de mayor o menor relevancia)<sup>31</sup>. Pues bien, en cada una de estas

---

HART, *Legal Rights* (1973), ahora en Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 91-92) o WELLMAN C. (quien a partir del esquema hohfeldiano y precisando la relevancia del núcleo definitorio (*defining core*) y de los elementos – otras posiciones hohfeldianas- (*associated elements*) que sirven como perímetro de control y apoyo, define el derecho subjetivo como esfera de libertad y control del titular (*freedom and control*): *An Approach to Rights. Studies in the philosophy of Law and Morals*, cit., pp 16 y pp. 74-84) quienes, siguiendo el enfoque de importantísimos precursores como SAVIGNY y WINDSCHEID, en pocas palabras, “definieron” el derecho subjetivo en función de la señoría de la voluntad. Se trata de un enfoque dogmático que define el derecho subjetivo con su justificación (y, entonces, “define” el derecho a partir del *para qué* sirve el derecho subjetivo y no el *qué es* el derecho subjetivo). Este enfoque, ya entendido como un análisis relativo a la justificación de (las razones para) los derechos, fue criticado por varios autores, muchas veces, y de nuevo, con un enfoque aparentemente definitorio y, otras tantas, precisamente en cuanto análisis justificativo. Estas críticas, en términos generales abrigan la propuesta teórica denominada ‘*interest theory*’.

<sup>30</sup> La *interest theory* es una teoría elaborada por autores como RAZ J. (*The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986. p. 166: «X tiene un derecho si y sólo si X puede tener derechos y *un aspecto del bienestar de X (su interés)* es una razón suficiente para imponer un deber sobre otra persona» (cursiva mía),) quienes, siguiendo el la propuesta teórica de su más importante precursor, IHERING, en pocas palabras, “definieron” el derecho subjetivo como un interés jurídicamente relevante. Se trata de un enfoque dogmático al que, si visto como un análisis definitorio, se le pueden imputar las misma confusión de la teoría voluntarista entre el plano definitorio y el plano justificativo. Sin embargo, ya entendida como (lo que son, es decir) un análisis sobre las razones para los derechos (es decir, sobre el *para qué* sirve el derecho subjetivo) se revela, aparentemente, como una teoría complementaria a la teoría voluntarista, pero que en realidad es una teoría crítica a la teoría voluntarista en cuanto esta no puede justificar ciertos derechos con base en la relevancia del ejercicio potestativo de la voluntad que, además, justificaría limitar la libertad de otros, como los derechos de los niños o los derechos “obligatorios”: MACCORMICK N. *Children’s Rights. A Test-Case for Theories of Rights*, cit., pp 309: «o renunciamos a adscribir a los niños el derecho al cuidado y a la nutrición, o estamos obligados a abandonar la teoría de la voluntad».

<sup>31</sup> En el ámbito de la teoría del derecho FEINBERG J., *Duties, Rights and Claims*, en *American Philosophical Quarterly*, III, 1966, pp. 137-144.

También en el ámbito doctrinal se verifica la misma visión ecléctica (o mixta) sobre las teorías justificativas de los derechos, si bien muchos autores siguen considerando estas teorías como definitorias de los derechos subjetivos. En efecto, se afirma, MONATERI, P.G., *Pensare il diritto civile*, cit., 208, que la noción de derecho subjetivo actualmente sedimentada en la cultura jurídica italiana «vede il diritto soggettivo come un ambito entro cui al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue decisionii, alla sua *volontà*, per il perseguimento di un *interesse* di attuare un dato rapporto» (cursivas mías). Sin embargo, incluso en la perspectiva ecléctica, este último autor critica la justificación (si bien no diferencia claramente el plano

“definiciones” de derecho subjetivo se hace referencia al *para qué* sirve el derecho subjetivo y no al *qué es* el derecho subjetivo. Es decir, se ocupan de la justificación de los derechos subjetivos y no de su concepto.

De esta forma, aunque considero que las razones para los derechos en un sistema normativo legal se expresan, en términos generales, en la forma de “tutela de un interés relevante para el ordenamiento” y que el concepto de interés jurídico relevante abriga en su contenido el disfrute (aspecto voluntarista) de un bien (cosa o estado de cosas) por parte de un sujeto en la forma y con los instrumentos que precisa el ordenamiento, también es cierto, e insisto en ello, que cuando se “define” el derecho subjetivo como un interés jurídicamente tutelado no se está en presencia del concepto de derecho subjetivo, sino de las razones por las que el derecho subjetivo fue previsto por el ordenamiento: un interés tutelado por el ordenamiento no se convierte en derecho subjetivo sino sigue siendo eso, un interés.

---

definitorio) en razón del interés: la noción de interés, si no es concebida como repetición de aquella de voluntad, afirma, sería entonces concebida «in qualche modo obiettivo come strumento di controllo e di limite alla valutazione privata, e allora, *é nozione ipocrita* perché non di interesse del titolare si tratta, ma, semmai, di interesse degli altri soggetti (ovvero del modo in cui il giudice, l'interprete, li riconosce) a che sia limitato l'uso che il titolare può fare del proprio diritto». p. 209 (cursiva mía). Esta afirmación crítica de la “definición” de derecho subjetivo en función de la voluntad y del interés del titular del derecho es confusa y aquí no se comparte. En efecto, pareciera que el autor sostiene una existencia previa del derecho subjetivo y que el interés se perfila como un límite a aquel. Es decir, que el interés relevante para el ordenamiento no sería la justificación del derecho subjetivo sino un límite ulterior al derecho. Si fuese así, entonces, ¿qué justifica el derecho? Si es sólo la voluntad, entonces sería un enfoque (justificativo) voluntarista y, en cuanto tal, insuficiente; si, en cambio, es algo diferente a la voluntad y/o al interés del, o los, titulares de la voluntad o del interés, se estaría en presencia de una teoría justificativa de los derechos subjetivos fuera (más allá) del individuo y, entonces, contraría a la posición aquí defendida y de la que me ocuparé más adelante en sentido crítico. El A., partiendo de este enfoque, es decir, considerando el interés como límite al derecho subjetivo y no como su justificación, afirma, en un claro enfoque de análisis económico del derecho, que «vi sono altri modi di limitare l'ampiezza del diritto soggettivo. Si pensi alla teoria dell'abuso del diritto. Tale teoria, nell'ottica di chi intende controllare e limitare l'ampiezza del diritto soggettivo, può convivere con una sua nozione definita in termini di signoria della volontà. Il potere della volontà risulta limitato in modo omologo sia da una valutazione sociale dell'interesse per cui il diritto soggettivo viene concesso, che da una definizione sociale di cosa corrisponde ad abuso del diritto».p. 210. Sin embargo es necesario señalar que el abuso del derecho implica posiciones normativas contrapuestas; el interés, en cambio, no es necesariamente una posición normativa y, entonces, ¿cómo puede constituirse en un límite?

Algo muy diferente es decir que un *derecho subjetivo es tutelado por el ordenamiento*. En efecto, se dice que un derecho subjetivo es tutelado por el ordenamiento, no cuando el interés es relevante para el ordenamiento, sino cuando el derecho subjetivo es imponible y justiciable. En otras palabras, cuando existan instrumentos de tutela que hagan efectivo el derecho subjetivo de manera directa e indirecta. Directamente cuando el deber impuesto al destinatario del derecho se cumple en la forma prevista por el ordenamiento, es decir, de forma no-patológica. Indirectamente cuando el titular del derecho, en ejercicio del (meta)derecho subjetivo de acción, se dirige (también por intermedio de otro sujeto) a una autoridad judicial para exigir el cumplimiento del deber correspondiente patológicamente incumplido.

El cumplimiento del deber correlativo a un derecho subjetivo no hace referencia explícita a la justiciabilidad del derecho, sino a su imponibilidad en la forma prevista por el ordenamiento jurídico en instrumentos legislativos y jurisprudenciales que, en la medida que especifican el contenido del derecho, especifican el deber correlativo. Cuando, en cambio, el deber se incumple patológicamente, en este caso, en sentido estricto, se requiere un acto de exigibilidad, en ejercicio de un posición normativa de poder en términos hohfeldianos, por parte del titular del derecho (o de quien esté legitimado para hacerlo): me refiero al ejercicio del (meta)derecho subjetivo de acción<sup>32</sup>.

## 5. (SIGUE) ESPECIFICACIÓN DE OBJETIVOS CON BASE EN LAS DEFINICIONES

Pues bien, de las anteriores definiciones de orden teórico se desprende, en primera instancia, la distinción, sobre la base de la tripartición en fases propuesta por Alexy<sup>33</sup>, de tres planos en el análisis de los enunciados normativos sobre derechos. En primer lugar, un plano relativo a la justificación de (las razones para) los derechos subjetivos; en segundo lugar, un plano relativo a la definición del derecho subjetivo; y, en tercer lugar, un plano relativo a la imponibilidad (particularmente la justiciabilidad) del derecho subjetivo en cuestión. En otros términos, se puede claramente distinguir entre: la definición, es decir, *qué es* un derecho subjetivo; explorar la justificación de (las

---

<sup>32</sup> Sobre este punto ver numeral 13 de este capítulo.

<sup>33</sup> Ver pie de página 13 de este capítulo.

razones para) la tutela del disfrute de un bien que se considera relevante para el bienestar de un sujeto, o grupo de sujetos, vistos cada uno individualmente, es decir, la justificación para la previsión normativa del derecho subjetivo, es decir, *para qué sirve un derecho*; y los instrumentos relativos a la imponibilidad (particularmente justiciabilidad) del derecho, es decir, *cómo se tutela el derecho subjetivo en el escenario patológico del incumplimiento del deber correlativo*.

Pues bien, teniendo siempre presente la distinción de estos tres planos y con base en las definiciones apenas enunciadas, el objetivo del presente capítulo es resaltar precisamente el *porqué* es posible afirmar que un DSHBC es un elemento de un subconjunto incluido en el conjunto de derecho subjetivo, no obstante su objeto sea (al máximo) el disfrute de un bien colectivo y, entonces, que la colectividad no es (y no puede ser) titular de situaciones subjetivas de ventaja y, en consecuencia, no puede ser titular de uno (o varios) DSHBC.

Igualmente, a partir de este análisis, se abrirá el camino para el contenido de siguiente capítulo, es decir, un análisis sobre el *formante* doctrina relativo a los DSHBC y, en términos más amplios, relativo a la tutela conjunta de derechos subjetivos homogéneos (sea, o no, con objeto un bien colectivo). Un análisis de aquella doctrina que, guiada por el objetivo (“loable”) de garantizar el acceso a la justicia (es decir, la efectividad del (meta)derecho de acción, es decir, aunque siempre de forma indirecta, la imponibilidad de los derechos subjetivos), combinó aspectos que deberían ser distinguidos en sus operaciones, al tiempo que confundió aspectos que deberían ser distinguidos: de la necesidad de proveer tutela efectiva (justiciabilidad) a los derechos subjetivos, se terminó por hablar de “nuevos” intereses relevantes, indicándolos como (supuestas) “nuevas” situaciones jurídicas de ventaja, cuya titularidad se encontraría en cabeza de la colectividad.

En relación con el específico objetivo de este capítulo es necesario agregar una última especificación. Como ya precisé, el análisis que se llevará a cabo a continuación partirá, no del análisis relativo a los IDC<sup>34</sup>, sino, más bien, de los estudios teóricos relativos a los así llamados ‘derechos colectivos’ (DC) cuyo significado atribuido por alguna parte de la doctrina y de la teoría aquí criticada considero coincida en sus aspectos fundamentales con el significado atribuido por gran parte de la doctrina a los

---

<sup>34</sup> Sobre el particular ver el capítulo segundo

así llamados ‘IDC’. Igualmente, y en sentido opuesto a los significados atribuidos por la doctrina y la teoría a estos sintagmas, considero que el concepto de IDC coincide con el concepto de DC, es decir, se trata siempre de derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien colectivo (DSHBC).

En estos términos, una vez concluido el análisis, direccionado exclusivamente a sentar una premisa conceptual que se considerará como cierta durante todo este trabajo, se aplicarán las mismas conclusiones a los IDC y se precisarán algunas consecuencias particularmente relevantes para iniciar el análisis del *formante* doctrina en el segundo capítulo.

Sin embargo, la aplicación del análisis relativo a los DC a los IDC podría recibir algunas objeciones, construidas sobre la falsa idea de una distinción conceptual entre los llamados ‘intereses difusos’ y los llamados ‘intereses colectivos’.

Sea este el momento para aclarar en dos puntos esta confusión que será, de todas formas, retomada más adelante<sup>35</sup>.

En primer lugar, es necesario resaltar la imprecisión en el uso del término ‘interés’ cuando se quiere significar, como considera parte de la doctrina, una especie de situación de pseudo-ventaja que aún no “merece el premio” de ser identificada con el término ‘derecho’. En efecto, (i) nada impide y, de hecho, no puede ser de otro modo, que toda situación de ventaja homogénea con objeto un bien colectivo sea llamada derecho subjetivo; además (ii) emplear el término ‘interés’ para significar una situación de ventaja puede comportar algunas complicaciones terminológicas injustificadas: como ya se precisó pocas líneas atrás, el término ‘interés’ en el lenguaje de los derechos (en un sistema normativo legal) hace referencia a la justificación (a las razones para) los derechos subjetivos y, entonces, sólo nominar una situación de ventaja (que, como se verá más adelante, es siempre individual, si bien puede ser homogénea con otras) como interés relevante, implica afirmar que *la razón para (la justificación de) una situación de ventaja es la situación de ventaja*; y esto es, en estricto sentido, incorrecto.

En segundo lugar, y si se ignora por un momento que el uso del término ‘interés’ en los sintagmas ‘interés difuso’ e ‘interés colectivo’ puede conducir a los anteriores equívocos, pero si, de todas maneras, se demuestra que no existen la posibilidad de individuar una titularidad en la colectividad en los llamados DC, no existe una razón

---

<sup>35</sup> Ver numeral 3, 4 y 10 del capítulo segundo

para no atribuir las mismas consecuencias a los IDC, tomando en cuenta que su característica (sin descender en particularidades, irrelevantes desde un punto conceptual) es precisamente la (supuesta) titularidad de una situación de ventaja en cabeza de la colectividad con objeto, al máximo, un bien colectivo. Desvirtuada (y lo será) esta característica respecto a los DC, se puede desvirtuar la misma respecto a los IDC puesto que conceptualmente el conjunto de IDC sería igual al conjunto de los DC.

#### 6. DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS CON OBJETO UN BIEN COLECTIVO (DSHBC) Y LOS DERECHOS COLECTIVOS

La expresión DC, que ya desde hace varias décadas hace parte del lenguaje del jurista y de los demás operadores jurídicos, ha conquistado desde hace algunos años el lenguaje de la jurisprudencia y de la legislación (también de rango supranacional). No pocas veces, mediante su uso y su (imprescindible) interpretación, se trata de justificar la idea según la cual la titularidad de estas situaciones de ventaja (contrario a cuanto se demostrará más adelante) corresponde -en razón de su objeto (disfrute de un bien colectivo)- a la colectividad y no a varios (pero individualmente considerados) sujetos. Igualmente, pero como consecuencia de la anterior afirmación, se trata de reivindicar la necesidad de operar nuevas formas de tutela acordes con estas nuevas formas de titularidad (y, entonces, nuevas formas de situaciones de ventaja diversas del derecho subjetivo).

La conexión entre estas dos afirmación, es decir, *(i)* titularidad de la colectividad en razón del objeto del derecho y, *entonces*, *(ii)* nuevas formas de justiciabilidad, no se considera correcta en este trabajo. Más concretamente, *(i)* no es cierta, y tampoco lo es “si *(i)* entonces *(ii)*”. Sólo es cierta (pero no como consecuencia de *(i)*), *(ii)*.

Para justificar mi posición demostraré las siguientes tres afirmaciones: **(I)** el conjunto de DC son un subconjunto del conjunto derechos subjetivos, cuyos elementos están caracterizados por ser, entre ellos, DSHBC: Los derechos colectivos como derechos subjetivos; **(II)** no obstante las características de los DC, es decir, su homogeneidad, en cuanto comparten un mismo objeto que es, a su vez, el disfrute de un bien colectivo, no se justifica hablar de una titularidad en cabeza de la colectividad: Precisiones sobre la noción de bien colectivo; **(III)** La precaria (e incluso inexistente) justiciabilidad de los

derechos subjetivos *no puede* implicar la titularidad del derecho en cabeza de la colectividad; cualquier esfuerzo en estos términos sólo puede ser identificado como el esfuerzo por individualizar instrumentos procesales para garantizar la tutela de los DSHBC mediante la garantía del ejercicio del (meta)derecho subjetivo de acción<sup>36</sup>: El (meta)derecho de acción y los derechos subjetivos homogéneos.

## 7. LOS DERECHOS COLECTIVOS COMO DSH

Como ya se precisó anteriormente, cuando se hace referencia a los DC se hace énfasis en dos características (una, consecuencia de la otra) que los caracterizarían conceptualmente: (i) el objeto de un DC es siempre un bien colectivo y *entonces* (ii) la titularidad del derecho (casi siempre) está en cabeza de la colectividad. En estos términos, si se quisiera identificar en un enunciado normativo sobre un derecho ('X -titular del derecho- tiene frente a Y -destinatario del derecho, es decir titular del deber correspondiente- un derecho a G -objeto del derecho-'), se expresaría de la siguiente forma: 'X tiene frente a Y un derecho a G donde (i) X es una colectividad y (ii) G es un bien colectivo'.

Ahora bien. De acuerdo con la definición de derecho subjetivo aquí asumida<sup>37</sup>, la titularidad del derecho subjetivo o, mejor, de la situación de expectativa fundada sobre normas expresada y combinada (de forma exhaustiva<sup>38</sup>) en cuatro posiciones normativas activas (correlativas, cada una de ellas, a cuatro posiciones normativas "pasivas"), se predica siempre de un sujeto o de grupo de sujetos pero visto, cada miembro, individualmente.

En estos términos, la respuesta a la pregunta si una colectividad puede ser titular de derechos legales es responder a la pregunta si la colectividad puede ser (o incluso es) titular de expectativa fundada sobre normas que expresan una libertad y/o de un

---

<sup>36</sup> Ver numeral 13 de este capítulo.

<sup>37</sup> Ver numeral 2 de este capítulo

<sup>38</sup> HARTNEY M., *Some Confusions concerning Collective Rights*, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2, 1991, pp. 293-314. «I believe Hohfeld's analysis accurately reflects the usage of legal authorities». p. 302.



privilegio, y/o de un poder y/o de una inmunidad<sup>39</sup>. Si la respuesta es afirmativa, es decir, estas situaciones y relaciones normativas se predicán (no de los individuos integrantes de la colectividad sino) de la colectividad misma, significaría identificar conceptualmente un DC.

Pues bien, considero que la respuesta a esta pregunta debe ser negativa puesto que siempre, sin excepción, los derechos subjetivos corresponden a acciones u omisiones (o sus resultados) de sujetos<sup>40</sup>. En efecto, tomando en cuenta que las posiciones normativas relativas al uso del término ‘derecho’ en el escenario normativo legal se agotan en las posiciones hohfeldianas y puesto que estas, efectivamente, sólo se predicán de sujetos individuales<sup>41</sup>, sería necesario, para establecer la titularidad del derecho en cabeza de la

---

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 302 «Consequently there are four different uses of the term ‘right’, we will in fact be asking four questions».

<sup>40</sup> CARACCILO R., *¿Existen los Derechos Colectivos?*, en *La legge e i diritti*, POZZOLO S. (ed.), Giappichelli, Torino, 2002, p. 267 ss. «El núcleo de los derechos subjetivos son acciones u omisiones o sus resultados». En relación con el derecho a la preservación o conservación de un rasgo cultural, el autor sostiene, considerando que su análisis se aplica de forma general a cualquier derecho colectivo («Aunque considero que esa cuestión puede generalizarse para simplificar la discusión voy a limitarme a un cierto tipo de derechos colectivos: a aquellos cuyo contenido es la preservación o conservación de un rasgo cultural de un grupo», p. 267) que «a menos que se postule una misteriosa ontología de los rasgos culturales, su subsistencia depende, de hecho, de la subsistencia de prácticas sociales, esto es, de conjuntos de acciones individuales [...] Semejantes acciones son instrumentalmente necesarias para la conservación de un rasgo cultural [...] Si se abandonan esas prácticas, entonces, desaparece el grupo, lo que obviamente no equivale a la desaparición de los individuos [...] Esto es, derechos cuyo contenido son acciones de conservación del rasgo cultural. Por supuesto, es posible construir un concepto de “derecho individual” sobre semejantes acciones que pueda satisfacer las expectativas de los que defienden el valor de ese *statu quo*, porque se corresponden con deberes de acción y de omisión de otros individuos, en especial, de los órganos de un Estado multicultural [...] Se trata, por ejemplo, de derechos a practicar una religión o de usar una lengua». pp. 268-269.

<sup>41</sup> Las personas jurídicas no son una excepción puesto que es el propio ordenamiento jurídico el que las considera como tales sin que ello signifique que se trata de una colectividad: en efecto, en términos sociológicos ‘persona jurídica’ en su uso técnico no denota una colectividad. HARTNEY M., *Some Confusions Concerning Collective Rights*, *cit.*, p. 305. «From the point of view of the sociologist, a corporation is a group of people engaged in certain tasks related to each other in certain ways. But from the point of view of the law, a corporation is a fictitious person separate from all rights and duties, but they are different from the legal rights and duties of the people who make up the corporation in the sociological sense»; en estos términos la proposición «Corporations and States are collective entities [...] from de sociological point [...] is false». En el mismo sentido NARVESON J., *Collective Rights?*, en *Canadian Journal Law & Jurisprudence*, 1991, pp. 329-345. «And when States have rights, this shows not that collectivities have rights but rather, as Hartney quite properly

colectividad, tratar de identificar, seguramente con un resultado negativo y frustrante, otro tipo de posiciones y relaciones expresables por medio del uso del término ‘derecho’. Pues bien, la imposibilidad de identificar una, o varias, de las anteriores posiciones normativas en cabeza de la colectividad (y, a su vez, el no poder identificar nuevas relaciones y posiciones normativas correspondientes al uso del término ‘derecho’ en un enunciado jurídico) supone la negación de la posibilidad de afirmar que jurídicamente la colectividad es titular de derechos. En estos términos, un enunciado sobre derechos del siguiente tenor: ‘C (como colectividad) tiene frente a X el derecho al disfrute de G (incluso si G es un bien colectivo)’, no es correcta, puesto que la colectividad no puede ser titular de una expectativa fundada sobre normas traducible en posiciones normativas de pretensión y/o libertad y/o poder y/o privilegio.

Ahora bien. En un sistema normativo legal, y no obstante los argumentos apenas esgrimidos, el legislador y/o el juez podrían proponer un enunciado normativo del siguiente contenido: ‘la colectividad C tiene el derecho colectivo a X’ ¿En este caso sería posible afirmar que una colectividad es titular del derecho colectivo?

Una respuesta radicalmente negativa, en cuanto no-verificable, es imposible<sup>42</sup>. Sin embargo, en atención al esquema lógico-conceptual hohfeldiano aquí asumido como

argues, that States are not collectivities. States are, instead, legal persons». p. 333. Sobre un análisis conceptual crítico de los postulados doctrinales sobre la naturaleza de las personas jurídicas en términos, sea de ficción, de realidad o de inexistencia, ver NINO C., *Introduzione all’analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 199-209; HART H.L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence* en *The Law Quarterly Review*, 70, 1954, pp. 53 ss. ahora en *Rights*, NINO, CARLOS (ed.) Dartmouth, 1992, pp. 164 ss. Para los enfoques doctrinales ver el clásico trabajo de GALGANO F., *Commentario al Codice Civile. Persone giuridiche* artt. 11-35, Zanichelli, Bologna, 2006 e HINESTROSA F., *La representación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 181 ss.

<sup>42</sup> Salvo que aquí se asuma una peligrosa visión ontológica, no es posible afirmar que en el futuro no se puedan identificar nuevas posiciones y relaciones normativas en enunciado sobre derechos y que una de ellas se predique *adecuadamente*, y no como un ejercicio meramente ideológico, de la colectividad (sobre la carga ideológica y no teórica de los defensores de los DC ver CARACCILO R., *¿Existen los derechos colectivos?*, *cit.*, p. 269 «Es más, se puede afirmar, entonces, que el lenguaje de los derechos colectivos es pura retórica de persuasión política y que no existen cosas tales como derechos sobre rasgos culturales»). Sin embargo, es difícil imaginar -y los estudios teóricos al respecto parecen ya consolidados- una relación normativa de este tipo que pueda ser justificada al interior de una concepción liberal que, creo, sea la “única” justificable. Al respecto ver VITALE E., *Carneade e i “diritti collettivi”*, en *La legge e i diritti* POZZOLO S. (ed.), *cit.* pp. 261-262. «[...] il più rigoroso e radicale multiculturalismo é proprio l’individualismo metodologico e assiologico. Poiché in ogni territorio e/o gruppo esistono persone o individui che esprimono ciascuno un differente stile

correcto, sí es posible afirmar que, al menos ahora, una colectividad no puede ser titular de un derecho colectivo en cuanto todo enunciado del tenor apenas precisado puede ser siempre expresado en una combinación de posiciones normativas subjetivas hohfeldianas. En este orden de ideas, los así llamados DC, incluso cuando mencionados en enunciados normativos, denotan derechos subjetivos homogéneos no obstante el objeto de derecho sea un bien colectivo y no obstante el juez, el legislador, los operadores jurídicos y la doctrina consideren lo contrario, puesto que se trataría de un análisis normativo errado en tanto construido sobre bases conceptuales incorrectas<sup>43</sup>.

---

di vita o, se si preferisce, una cultura, se vogliamo intendere con cultura stili di vita collettivi, non basta immaginarli al plurale (una pluralità di appartenenze) all'interno di un contesto dato, sia esso uno spazio geografico o antropologico: bisogna pensare le "culture" come semplici *affinità* o *prossimità* negli stili di vita individuali, *affinità* e *prossimità* a determinare le quali l'appartenere ad una categoria professionale, l'abitare un territorio o l'aver legami di parentela o discendenza non sono condizioni né sufficienti né necessarie (pur rimanendo, questi e altri, fattori sociologicamente rilevanti). In questo senso, i diritti universali di libertà, ed in particolare il diritto ad esprimere la propria opinione (il diritto al dissenso), appaiono ancora la miglior garanzia di quelle differenze culturali che possono essere per ciascuna società fonte di ricchezza materiale e morale e per ciascuna persona opportunità di confronto e di crescita intellettuale nel dialogo». Ver también BUCHANAN J., TULLOCK G., *Il calcolo del consenso, fondamenti logici della democrazia costituzionale*, Mulino, Bologna, 1998. p. 54. En contra de la concepción orgánica de la colectividad, del estado, el autor señala que se trata de una concepción «diametralmente opuesta alla tradizione filosofica occidentale, in cui l'individuo é considerato l'entità filosofica fondamentale e, poiché intendiamo costruire una teoria delle scelte pubbliche che abbia rilevanza per le moderne democrazie occidentali, rifiuteremo fin dall'inizio qualsiasi interpretazione organica dello stato».

<sup>43</sup> En este sentido no estoy de acuerdo con quienes afirman, con una concepción por cierto superada del ordenamiento jurídico que tomó fuerza durante el normativismo post-codificación francesa (ver, al respecto, LOSANO M., *Sistema e struttura nel diritto*, volumen I (*Dalle origini alla Scuola storica*) y II (*Il novecento*), Giuffrè, Milano, 2002) según la cual cuando el legislador emplea la locución 'derechos colectivos' entonces se puede hablar de derechos jurídicos colectivos. Así, afirma en relación con los derechos legales colectivos (y no en relación con los derechos morales colectivos) GARGARELLA R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 149, que «[l]os derechos legales dependen plenamente de la autoridad jurídica que se ocupa de dictarlos (en tal sentido, puede decirse que la autoridad jurídica es omnipotente: lo que ella determine como un derecho legal pasa a serlo por el solo hecho de que esa decisión se produzca o se lleve a cabo». Pues bien, esta afirmación no es correcta en cuanto el autor ignora dos aspectos fundamentales: (i) es posible que, en un plano normativo, no obstante se emplee la locución 'derecho colectivo' el intérprete le atribuya a dicha locución un significado sinónimo al de derecho subjetivo y (ii) que incluso si el intérprete le atribuye el significado aquí criticado, de todas formas nada impide que mediante un análisis conceptual se llegue a la conclusión que dicho significado es errado en

En este caso, sin embargo, talvez unos comentarios en relación con la imposibilidad de justificar (la imposibilidad de encontrar razones para) la titularidad de un derecho en cabeza de la colectividad cuando el objeto del derecho es un bien colectivo puede resultar pertinente para argumentar porque la no-exclusividad<sup>44</sup> en el disfrute y la no-rivalidad<sup>45</sup> en el consumo de los bien objeto del derecho no justifica la titularidad de un DC en cabeza de la colectividad.

En otras palabras, argumentar porque un enunciado normativo del tenor ‘C (colectividad) tiene frente a X (destinatario del derecho) un derecho a G (bien colectivo)’ pueda ser expresado (sólo y) siempre en la forma de ‘x,y,z, tiene (cada uno de ellos) frente a X un derecho subjetivo homogéneo a G’.

En concreto, si por ejemplo, la Ley 472 de 1998, en consonancia con la Constitución Política colombiana de 1991, establece en el artículo 4 que son derechos colectivo «i) el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente», este enunciado sobre derechos podría ser expresado, si se tratará de un DC en la concepción que reconoce su titularidad a la colectividad, en la forma de: ‘C (la colectividad en general) tiene frente a X (los órganos del estado) el derecho a G (seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente)’.

Así, si el jurista y, en general, el operador jurídico, se encuentra con este enunciado sobre derechos, nada impide que su discurso alimente la percepción según la cual la colectividad es la titular del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. Sin embargo, el intérprete atento que se esfuerza, además, por “limpiar”, en lo posible, su ejercicio interpretativo de cargas ideológicas colectivistas y que, además, se ponga en la tarea de identificar las posiciones y relaciones normativas posibles en el respectivo enunciado, identificará que todas las posiciones normativas pueden ser traducidas en la forma de posiciones normativas de ventaja individuales (o en un correspondiente deber, como cara opuesta de la misma moneda), es decir, y según cuanto antes precisado, en una situación de expectativa fundada sobre normas

---

cuanto se construye sobre las bases de conceptos no pertenecientes al (y no justificados por) el sistema normativo legal.

<sup>44</sup> Se trata de una de las dos características fundamentales de los bienes colectivos. Sobre el particular ver numeral 8 del este capítulo.

<sup>45</sup> Se trata de la segunda característica fundamental de los bienes colectivos. Sobre el particular ver numeral 8 de este capítulo.

predicable sólo de un sujeto, o de un grupo de sujetos (pero visto, cada uno, individualmente). Pero, además, se percatará de que dichas posiciones implican acciones y omisiones de sujetos individuales y que sus efectos recaen sólo, y exclusivamente, sobre el sujeto (o el grupo de sujetos, pero cada uno visto individualmente). Si es así, entonces, no sólo el enunciado sobre derechos antes descrito puede ser expresado en la forma de ‘ $x,y,z$ , tienen frente a  $X$  sendos derechos subjetivos homogéneos cuantos miembros de la colectividad haya al disfrute de  $G$  (bien colectivo)’, sino que no puede ser de otro modo: se trata de un enunciado normativo sobre derechos subjetivos.

Quizás la anterior afirmación puede ser mejor entendida si se analiza una situación de incumplimiento del deber a cargo de  $X$ : si  $X$  no cumple su deber frente  $x,y,z$ , a  $G$ , el daño como ocasión de la no previsión del bien colectivo descrito (y entonces el consecuente no-disfrute del bien colectivo por parte del titular del derecho, si bien relevante para el bienestar de cada titular del derecho), afectará (efectivamente y/o potencialmente<sup>46</sup>) a  $x,y,z$ <sup>47</sup>; no cierto a la colectividad (como entidad abstracta) que se reduce siempre, y sólo, a los individuos que la conforman. Es decir, el deber de  $X$  es correspondiente siempre con tantos derechos subjetivos cuantos sujetos hagan parte de

---

<sup>46</sup> El tema de la potencialidad del daño cobrará una importancia muy relevante a lo largo de la presente del trabajo. Como previa enunciación se puede señalar que evitar la potencialidad de un daño puede ser objeto de tutela en vía preventiva sin que esto signifique la tutela de un derecho colectivo inexistente o no justificado: ver capítulo tercero y cuarto.

<sup>47</sup> Sin duda puede verificarse un daño individualizado en  $x$  y no, eventualmente, en  $y$  o  $z$ . Sin embargo, en el caso de la individualización del daño, si se trata de un derecho a un bien colectivo como por ejemplo el derecho a la prevención de los desastres previsibles técnicamente, en caso de daño (por ejemplo el incumplimiento del deber correlativo a cargo de  $X$ ) se verifican sendos perjuicios cuantos miembros de la colectividad con derecho al bien colectivo hayan (junto, probablemente, con otros daños a derechos subjetivos con objeto un bien no-colectivo).

Claro, todo esto podría ser aún más radicalizado, es decir la naturaleza siempre individual de los daños a DSHBC, si se afirmara que el respectivo enunciado normativo que denota el DSHBC es, y sólo es, un (meta)derecho (un derecho de segundo nivel) funcionalmente dirigida a garantizar los derechos subjetivos individuales de  $x,y,z$ , a un bien no-colectivo. Si fuese así, entonces, no existe el derecho al bien colectivo, sino sólo un (meta)derecho que funcionalmente ha sido establecido para garantizar sendos derechos subjetivos de  $x,y,z$  a un bien individual. Sin embargo, considero que, en cambio, sí es posible hablar de DSH al disfrute de un bien colectivo, bajo la premisa que dicha circunstancia no implica una alteración en la configuración conceptual de cada una de las situaciones de ventaja subjetivas.

la colectividad y no, como pareciera, con un derecho cuya titularidad se predica de la colectividad estática en su abstracta configuración.

De esta forma  $x,y,z$  son titulares de derechos subjetivos de los que se puede predicar una relación que permite, según la definición aquí presentada, catalogarlos como DSHBC. Es precisamente por este motivo que la afirmación los DC son DSHBC es correcta<sup>48</sup>, no obstante cuanto afirme la doctrina.

Sin embargo, la anterior demostración a nivel teórica no es pacífica. Seguramente algunas concepciones menos liberales de la que aquí se defiende, encuentran dificultad para identificar un interés lo suficientemente relevante que justifique la imposición del deber correspondiente en cabeza de un sujeto (o grupo de sujetos), cuando el objeto del derecho es un bien colectivo. De esta objeción, y de otra a ella conectada, me ocuparé en el próximo aparte.

## 8. PRECISIONES SOBRE LA NOCIÓN DE BIEN COLECTIVO

Ya se precisó en este trabajo que las situaciones de ventaja identificadas normativamente por el ordenamiento jurídico como DC siempre, y sólo, se pueden expresar en expectativas fundadas sobre normas de un sujeto (o clase de sujetos) identificables en alguna de las posiciones y relaciones normativas propias del derecho subjetivo. Así, todo supuesto DC puede ser expresado en la forma de derecho subjetivo y el sintagma ‘derecho colectivo’ es sólo una manera (eficaz, o no) para simplificar la enunciación discriminada de varios derecho subjetivos (con un mismo objeto, un bien colectivo)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Y, para efectos del segundo capítulo de este trabajo, entonces, dado que la afirmación ‘los DC son DSHBC’ es correcta y dado que el significado de IDC es igual al significado de DC, es posible afirmar que ‘los IDC son DSHBC’ (siempre y cuando en el caso que se emplee el sintagma IDC su significado corresponda a derecho subjetivos con objeto un bien colectivo).

<sup>49</sup> La simplificación en el lenguaje jurídico es una característica constante. El derecho subjetivo, como ya se ha señalado, también es un concepto que denota una serie de relaciones y situaciones normativas. De esta forma, el significado del sintagma ‘derechos colectivos’ denota una serie de posiciones y relaciones normativas correspondientes con derechos subjetivos específicos. Sin embargo, y desde ya lo quiero precisar, el uso de la expresión ‘derecho colectivo’ tiene, además, un efecto emotivo particular que podría, eventualmente, hacer parte del concepto de derecho colectivo y diferenciarlo de derechos subjetivos homogéneos en cuanto aquellos no reducibles a estos. Sin embargo, el derecho subjetivo también tiene su carga emotiva. Así, es con la premisa de la exclusión

Sin embargo, variada literatura teórico-jurídica no se contenta con la realidad conceptual apenas descrita, sino insiste en justificar la titularidad de dichos DC en cabeza de la colectividad (y no de cada uno de sus miembros) en razón de la naturaleza del bien (cosa o estado de cosas) objeto del disfrute, es decir, el objeto del derecho. Por el contrario, en este trabajo se considera que el objeto del disfrute, incluso si se trata de un bien colectivo, no justifica la titularidad en cabeza de la colectividad.

En relación con el bien (la cosa o el estado de cosas) objeto del disfrute, se ha identificado ciertas particularidades en ciertos bienes que han sido identificados como ‘bienes colectivos’. En efecto, Alexy, así como Raz<sup>50</sup>, aceptan y afirman la “existencia” de bienes colectivos. Alexy, sobre el particular, se ocupa incluso de establecer desde un punto de vista conceptual -y con base en los aportes de la economía para la definiciones de bien público- el concepto de bien colectivo identificándolo como el equivalente (*counterpart*) necesario para fijar las relaciones normativas (en un sistema de normas jurídicas) entre derechos subjetivos (derechos individuales<sup>51</sup>) y dichos bienes colectivos<sup>52</sup>.

En la ciencia económica el bien público en sentido estricto (o puro) es aquel bien que presenta, principalmente, las siguientes dos características: son bienes que no son excluibles (*no-exclusivity*) en su disfrute y bienes que no admiten rivalidad (*no-rivalry*) en su consumo. Como ejemplos típicos se habla de la seguridad externa de un país, de la economía próspera, de la preservación y goce del ambiente, de la protección de los rasgos culturales, de la libre determinación de los pueblos, etc.

de ambos efectos emotivos (en cuanto no verificables) que elaboro los respectivos conceptos. Además, un análisis conceptual del término ‘derecho colectivo’ en el lenguaje jurídico no toma en cuenta estos aspectos emotivos porque su contenido no puede ser precisado. Su contenido se desarrolla en el ejercicio doctrinal y, aunque puede ser observado y reconstruido, terminaría haciendo parte de la justificación del derecho y no de la definición del mismo.

<sup>50</sup> RAZ J., *The Morality of Freedom*, cit., pp. 207-213.

<sup>51</sup> El autor identifica los dos conceptos: «Such a concept of an individual right coincides with that of a ‘subjective right’ familiar to legal dogmatics in the German or French traditions, to the extent that all individual rights are subjective rights and all subjective rights of any particular person are individual rights. Wherever one is talking about the rights of the individual, as at the present, the expressions ‘individual right’ and ‘subjective right’ are interchangeable». ALEXY R., *Individual Rights and Collective Goods*, en *Rights*, cit., p. 164.

<sup>52</sup> «In order to distinguish individual rights from collective goods, there is a need for a concept of collective good which forms a suitable counterpart to that of individual rights». *Ibidem*, p. 167.

De una parte, la exclusión se presenta cuando el disfrute del bien por parte de un sujeto (o grupo de sujetos) está condicionado por las reglas del mercado y, entonces, dicho disfrute puede ser negado, a menos que el interesado cumpla los términos y las condiciones del vendedor y, entonces, se pague el precio establecido y se verifique el intercambio: el comprador adquiere el bien y el vendedor adquiere el valor específico del bien<sup>53</sup>.

La no-exclusividad<sup>54</sup> del un bien no está conectada con la producción del bien. Un bien puede requerir la producción de pocos sujetos (por ejemplo, el deber de evitar los desastres naturales previsibles técnicamente está en cabeza de ciertas instituciones gubernativas), o de todos (el deber de producir un ambiente sano), pero independientemente de esto, el bien G será no-excluible si el *disfrute* de *x* no excluye el *disfrute potencial* de *y*.

De otra parte, la rivalidad en el consumo se presenta cuando el consumo de un bien impide el simultáneo consumo del bien por parte de otro(s). En cambio, la no-rivalidad<sup>55</sup> es precisamente la posibilidad de consumo del bien de forma simultánea. Pero, si un bien puede ser consumido en un futuro por otro(s) sujeto(s), pero no de forma simultánea por todos ellos (por ejemplo un libro) dicho bien presenta rivalidad en su consumo de la misma manera (aunque en un grado menor) que un bien que perece al momento de su consumo (por ejemplo una cucharada de ajiaco). En otras palabras G será un bien que tiene la característica de no-rivalidad en el consumo si, sólo si, cuando *x* consume el bien G, nada impide que *y* haga lo mismo.

Las características de no-exclusión en su disfrute y no-rivalidad en su consumo son independientes. En efecto, así como existen bienes de cuyo disfrute ningún sujeto puede ser excluido, pero que su consumo comporta rivalidad (por ejemplo un libro de una

---

<sup>53</sup> OSTROM V., OSTROM, E., *Public Goods and Public Choice*, en *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional Analysis)*, MCGINNIS, MICHAEL DEAN (ed.), Indiana University, Bloomington, 1999, pp.. 76-77.

<sup>54</sup> «Exclusion is technically infeasible where no practical technique exists for either packaging a good or controlling access by a potential user. Exclusion may also be economically infeasible where the costs of exclusion are too high»: *ibidem*, p. 78.

<sup>55</sup> «Jointness of consumption [...] implies that the use or enjoyment of a good by one person does not foreclose its use or enjoyment by others; despite its use by one person, it remains available for use by others in undiminished quantity and quality. A weather forecast is an example of a joint consumption good»: *ibidem*, p. 77,



biblioteca pública), también existen bienes que pueden comportar exclusión en su disfrute pero no-rivalidad en su consumo (por ejemplo la piscina de la sede campestre de una universidad privada). En ambos casos no se trata de un bien público en el sentido que aquí interesa. Los bienes públicos en este trabajo son aquellos que de forma (casi pura) presentan, contemporáneamente, las características de no-exclusividad en su disfrute y no-rivalidad en su consumo, es decir, los bienes colectivos. Cualquier matiz relevante en cualquiera (o ambas) de las características descritas hacen del bien (ahora en sentido amplio) público un no-bien colectivo y, por tanto, no relevante para el objeto de este trabajo.

No se puede ignorar, sin embargo, que, sobre todo en relación con la producción (suministro) de los bienes, estas dos características son consideradas como no explicativas del mundo real puesto que pocos bienes representan esta versión *pura* de bien público<sup>56</sup> mientras que, actualmente (y no sólo) la economía centra sus estudios en toda la franja de los bienes públicos no puros y, particularmente, en la forma óptima de suministro de los mismo<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> BUCHANAN J., *The Demand and Supply of Public Goods*, Rand McNally Company, Chicago, 1968, «By the orthodox definition a pure public good or service is equally available to all members of the relevant community. A single unit of good, as produced, provides a multiplicity of consumption units, all of which are somehow identical [...] This definition is highly restrictive, and it is not surprising that the modern theory of public goods has been criticized on this basis. Strictly speaking, no good or service fits the extreme or polar definition in any genuinely descriptive sense. In real-world physical systems, those goods and services that are financed publicly always exhibit less than such pure publicness. The standard examples such as national defense come reasonably close to descriptive purity, but even here careful consideration normally dictates some relaxation of the strict polar assumption».

<sup>57</sup> RAZ J., *The Morality of Freedom*, cit. p. 199. «For obvious reasons economists have concerned themselves mostly with contingent public goods, and those are mostly of only instrumental value». En efecto, tomando en cuenta que los bienes públicos en una versión pura no se encuentran con facilidad en el mundo real, y puesto que los trabajos de la economía se centran, más que en el sujeto interesado en el disfrute del bien, en la forma de producción del mismo, los trabajos de la economía están más dirigidos a establecer la bondad (o no) de una producción de ciertos bienes en manos de los privados o, en cambio, en manos del sector público, independientemente del hecho que el bien sea, o no, un bien público puro o un bien privado puro. BUCHANAN J., *The Demand and Supply of Public Goods*, cit. p. 171: «I have tried to demonstrate in earlier chapters that the formal models of this theory of allocation are considerably more general than the restriction to polar cases might suggest. My emphasis has been placed, not on the manner in which goods are classified in some descriptive sense, but on the manner in which *goods are actually supplied*. This approach allows us to divorce entirely the allocative theory from the organizational implications. It does not, however, resolve the

Sin embargo, para efectos de este trabajo, en relación con el bien público como objeto del interés, la producción (suministro) del bien resulta irrelevante para clasificar (o no) como bien público (en la forma de bien colectivo, es decir, bien público en estricto sentido) un bien. Cuanto aquí interesa es el interés de un sujeto o un grupo de sujetos en el disfrute del bien: si, entonces, del disfrute del bien ningún sujeto titular del interés puede ser excluido, ni su consumo implica rivalidad entre los interesados (como es el caso, por ejemplo de la paz en un territorio, o el goce del ambiente o, de nuevo, la prevención de desastres naturales previsibles técnicamente, etc.) éste bien público será (o, mejor, es), entonces, un bien colectivo. Que existan otros tipos de bienes públicos en sentido amplio (y de bienes privados en sentido amplio) es un hecho que, al menos en este capítulo, no será objeto de estudio y, tanto menos, su producción y suministro en cuanto conectados estrictamente con aspectos de carácter normativo.

#### **9. (SIGUE) EL BIEN COLECTIVO NO TIENE UN VALOR INTRÍNSECO, ES UNA COSA O ESTADO DE COSAS**

En cuanto a la definición de bien colectivo (bien público puro) Alexy, a partir de las dos características señaladas<sup>58</sup>, afirma que un bien es un bien colectivo de una clase de individuos si es “conceptually, actually or legally impossible to break up the good into

---

organizational-institutional question that remains of central importance. What goods and services should a community supply publicly through political-governmental processes rather than privately through market processes?». Esta pregunta, que la economía aun está tratando de responder (ver, por ejemplo, EPPLE, D., ROMANO, R., *Collective Choice and Voluntary Provision of Public Goods*, en *International Economic Review*, 44, 2, 2003, pp. 545-572) se concentra siempre en la producción del bien y en la forma o condiciones ideales para su producción tomando siempre en cuenta el número de personas interesadas en el disfrute (siempre en atención al fenómeno del *free rider* o, mejor, el sujeto que disfrute el bien sin cumplir con los correlativos deberes legales de producción). Estos aspectos normativos preocupan, sí la doctrina relativa a los DC (y, entonces a los IDC) pero sólo desde un plano, repito, normativo; sin embargo, desde un plano definatorio relativo a lo que es un BC (o bien público puro) un enfoque normativo no tiene cabida.

<sup>58</sup> ALEXY R., *Individual Rights and Collective Goods*, cit. p. 167. «The concept of a collective goods has application in all practical disciplines but has been analyzed most thoroughly in the field of economics. Two concepts most discussed in the attempts to define it are non-exclusivity of enjoyment and non-rivalry in consumption. Thus external security is a relatively clear case of a collective good, firstly, because no one (more precisely, no one who is permitted to stay in the region in question) can be excluded from its enjoyment; and, secondly, because enjoyment of it on the part of *a* neither encroaches on nor impedes enjoyment of it on part of *b*».

parts and the assign shares to individuals”<sup>59</sup>, es decir, bienes no-distribuíbles. Pero, además, establece, con el fin de fijar una distinción entre bien (*good*) colectivo y mal (*evil*) colectivo<sup>60</sup>, que el concepto de bien colectivo requeriría un estatus normativo<sup>61</sup>. Así, precisa el concepto de bien colectivo en los siguientes términos: ‘X es un bien colectivo para el sistema jurídico S si X es no-distribuíble y su establecimiento o mantenimiento es requerido a través de S o *prima facie* o definitivamente’<sup>62</sup>. De esta forma el problema de la definición de los bienes colectivos se reflejaría como un problema de justificación de normas que, según esta definición, pueden ser o principios (reglas de optimización) o reglas (de la forma todo o nada).

Esta idea de una justificación del bien (es decir, de cosas o estado de cosas) colectivo que no correspondería a la justificación de interés individuales, sino a una justificación autónoma del bien, no se encuentra sólo en este autor. Con matices diferentes, esta errada concepción de bien colectivo se encuentra, por ejemplo, (y de forma más radical) en Raz quien presenta una teoría sobre los derechos dirigida a exponer la insuficiencia explicativa para la justificación de los derechos sobre la base de los intereses individuales<sup>63</sup>.

En efecto, el autor afirmar que los bienes con valor intrínsecamente colectivos<sup>64</sup> se justifican, no en una función instrumental, es decir siempre en función de las

---

<sup>59</sup> *Ibidem*

<sup>60</sup> «The non-distributive character presented above is not sufficient on its own to define the concept of a collective good. It may also appertain to things which are not collective goods but collective evils such a high crime rate, the ugliness of a town or a climate of intolerance. It must therefore be asked what it means for something to be good» (*ibidem*).

<sup>61</sup> «Something is a collective good for a legal system precisely when there exists a valid norm which makes it so» (*ibidem*, p. 168). Sin embargo, como se verá más adelante, esta afirmación, además de versar no sobre los aspectos definitorios de bien colectivo, sino sobre su justificación, supondría que la norma en cuestión no pueda ser expresada en la forma de derecho subjetivo. Por el contrario, esa norma sí puede ser expresada en un enunciado sobre derechos, precisamente, sobre DSHBC.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> RAZ, J., *The Morality of Freedom*, cit, p. 209. «There are too many intrinsically valuable collective goods the value of which does not reside in their relevance to people’s interests as members of communities».

<sup>64</sup> «I shall distinguish between contingent and inherent public goods. Water supply in a certain town may be a public goods if the water pipe network does not allow for the switching-off of the individual households. But it is only contingently a public good, as it is possible to change the supply system to enable control overdistribution» (*ibidem*, p. 198).

consecuencias a favor del bienestar de los individuos, sino que intrínsecamente tiene un valor independientemente de sus consecuencias<sup>65</sup>.

Pues bien, en este trabajo no se comparte esta ulterior definición de bien colectivo en cuanto (al menos) innecesaria, puesto que el bien colectivo no requiere (y no tiene) un justificación intrínseca. En efecto, como se precisará inmediatamente, la justificación no se predica del bien colectivo, sino de los derechos subjetivos homogéneos con objeto el bien colectivo. En otras palabras, la justificación de un derecho no es más que la constatación de un interés relevante para el ordenamiento en cabeza de un sujeto o un grupo de sujetos respecto a un bien que, en este caso, es un bien público puro, es decir, un bien que no admite exclusión en su disfrute ni rivalidad en su consumo, es decir, un bien colectivo.

En estos términos, la justificación de los DSHBC no radica en la bondad intrínseca del bien público puro; el bien público es un instrumento neutro<sup>66</sup> que sirve para

---

<sup>65</sup> «My aim so far has been to show that humanism is consistent with holding that not only life and its quality are intrinsically valuable. Hence regarding collective goods as intrinsically valuable is compatible with a commitment to humanism. It is in principle also compatible with the view that morality is right-based. Nevertheless, right-based moral theories tend to be individualistic and to deny the intrinsic value of collective goods» (*ibidem*, p. 201). Esta posición, ya evidente en la obra citada, no contrasta con sus manifestaciones respecto a la posibilidad de que la justificación de los derechos (y, en este caso, de los bienes colectivos) no sea exclusivamente reconducible a la justificación de los intereses individuales. En efecto, en ID. *Rights and Individual Well-Being*, trad. it. COMANDUCCI P., *Diritti e benessere individuale*, en *Analisi e diritto*, 1991, pp. 277-300, el autor señala que el valor «bien común» (p. 279 ss.) no correspondería con el valor de los intereses relevantes para el individuo tutelados por el ordenamiento mediante normas sobre derechos, sino que la justificación de muchos derechos (por ejemplo el derecho a la libre expresión) trasciende el interés individual y encuentra su justificación fuera (o más allá) del interés individual, es decir, precisamente, en el bien común: «la tesi principale di questo saggio é che l'immagine del diritto come bastione a difesa dell'interesse del titolare del diritto contro le altrui pretese distorce la natura del concetto ed il suo ruolo nella nostra filosofia [...] Per mezzo della tutela dei diritti individuali essi tutelano la comunità, contribuendo alla protezione e allo sviluppo della sua cultura comune». De esta forma los derechos individuales serían, al mismo tiempo, instrumentos a favor del «interés común»: «Pur se resta ampio spazio per occasionali conflitti, fra benessere individuale e bene comune si manifesta l'esistenza di un fondamentale rapporto di sostegno reciproco» (p. 300). Sobre este punto, y para una ulterior crítica, ver numeral 3 del capítulo tercero.

<sup>66</sup> Un bien no es más que una cosa o un estado de cosas. El uso de la término 'bien' puede conducir al equívoco de pensar que por este motivo tiene un *valor* positivo, contrario al valor negativo que puede tener un *mal* colectivo. En realidad, si de mal se quiere hablar, sólo se podría atribuir al interés del sujeto (por ejemplo por el disfrute de la violencia humana generalizada), pero

satisfacer un interés que, en cambio, puede, o no, ser relevante para el ordenamiento, es decir, puede, o no, ser justificado. Y si es relevante, el respectivo enunciado normativo siempre podrá (y sólo podrá) ser expresado en las posiciones normativas propias del derecho subjetivo.

Precisamente por este motivo, es decir, la neutralidad del bien (cosa o estado de cosas), el concepto de bien colectivo se expresa y se agota en las características ya descritas y no requiere ningún tipo de justificación normativa.

Regresando concretamente a la definición de Alexy, su propuesta definitoria en función de la identificación de un elemento justificativo (la norma que lo expresa) autónomo como integrante de la definición de bien colectivo supondría que no todo disfrute de bienes favorables para el bienestar de los individuos son favorables en función (del interés justificado) del individuo, sino en razón de un valor en sí mismos del bien.

Evidentemente, esta consecuencia es ciertamente contraria a la posición que aquí se defiende y, además, en la forma propuesta por Alexy (y, más aún, por Raz) abre la posibilidad a la idea de contemplar situaciones normativas a favor del bienestar del individuo pero cuya justificación responde a valores no individuales: la justificación de los derechos no se restringiría a los interés individuales.

Sin embargo, como ya señalé arriba, la justificación, en cambio, sólo puede ser en función del individuo y de sus intereses, si cuanto se quiere es defender una concepción liberal del derecho lejana de riesgos y contradicciones por supuestos conflictos predicados no entre individuos sino, más bien, entre cosas (o estado de cosas) e individuos<sup>67</sup>.

Y precisamente por este motivo, que una cosa (o estado de cosas) sea considerada un mal (*evil*) colectivo, cierto no responde a las características intrínsecas del bien<sup>68</sup>, sino al

no a una cosa cuyo valor, negativo o positivo, depende de la inclinación hacia su disfrute por parte de sujetos individuales, en grupo o de forma aislada, pero siempre sujetos individuales.

<sup>67</sup> En el mismo sentido, pero referido a los IDC y en un trabajo no teórico sino doctrinal, NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, en *Foro Italiano*, V, 1987, pp. 7-20.

<sup>68</sup> Que sea un bien o un mal colectivo es, primero que todo, un aspecto contingente. Ayer podría ser un bien colectivo la explotación indiscriminada de la fauna para la producción industrial y, hoy, en cambio, ser considerado un mal colectivo. Esta contingencia seguramente, en un sistema legal, es identificada en la previsión, o no, de una norma sobre derechos que considere el disfrute del bien (y la

hecho que probablemente no se puede identificar (en ese preciso momento histórico) la relevancia de su disfrute: si un sujeto tiene un interés en la contaminación ambiental generalizada, dicho interés no será justificado (al menos en este momento histórico) pero ciertamente no porque la contaminación generalizada sea axiológica e intrínsecamente un mal *–evil–* colectivo, sino que adquiere dicha condición porque su disfrute por parte de un sujeto o de un grupo de sujetos (pero vistos, cada miembro, individualmente) no es relevante para el ordenamiento jurídico o, incluso contrario al ordenamiento jurídico. Es decir, una cosa, o estado de cosas, puede ser considerada *buena*, o *mala* (y, entonces, relevante o irrelevante para el ordenamiento) sólo en cuanto se tome en consideración el interés en su disfrute por parte de un individuo: *una cosa adquiere entonces por reflejo la condición de bien o de mal colectivo*.

En estos términos, un bien colectivo es una cosa, o un estado de cosas, y los juicios respecto de bien en realidad son juicios de valor respecto del interés en su disfrute: el bien colectivo pasan necesariamente por el filtro de sujeto (o de los sujetos) que considera su disfrute un supuesto camino para alcanzar su bienestar.

Así, en cuanto otorga claridad sobre la relación entre el sujeto o clase de sujeto con el bien, la primera definición de bien colectivo propuesta (en el mismo artículo) por Alexy es la que aquí se considera conceptualmente adecuada: «un bien es un bien colectivo de una clase de individuos si es conceptual, efectiva o legalmente imposible dividir el bien en partes y asignarlas a los individuos»<sup>69</sup>. Se trata, además, de una definición seguramente aplicable a los bienes públicos puros en el escenario económico. Por este motivo, creo entonces que las características propias del bien público descritas por la economía (expresadas por Alexy en la forma de imposible-distribución) son necesarias y suficientes para definir un bien colectivo y que, en estos términos, el bien público puro es sinónimo de bien colectivo.

Claro, es necesario precisar que el rechazo de la ulterior precisión conceptual propuesta por Alexy con el objetivo de analizar los posibles conflictos normativos entre

---

prohibición del mal) colectivo como relevante para el bienestar de un sujeto o grupo de sujetos (considerados, cada uno, individualmente). En dicha norma, siempre expresable en la forma de derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien colectivo, la justificación se predica del disfrute (y/o, si se quiere, de la producción) del bien colectivo, y no del bien colectivo como tal. Esto es correcto, salvo que se considere, pero ya se ha demostrado que no es posible, que un enunciado sobre bienes colectivos no pueda ser expresado en el lenguaje de los derechos subjetivos.

<sup>69</sup> ALEXY, ROBERT, *Individual Rights and Collective Goods*, cit. p. 167.

bienes colectivos y derecho subjetivos no supone, ciertamente, la negación *tout court* de la posibilidad de conflictos normativos. Sin embargo, a diferencia de cuanto sostiene Alexy, los conflictos no se verifica entre derecho subjetivos y bienes colectivos<sup>70</sup>, sino entre (i) un derecho subjetivo<sup>71</sup> vs. un DSHBC, o entre (ii) un DSHBC vs. otro DSHBC<sup>72</sup>. Derechos, eso sí, expresados en enunciados normativos que son

---

<sup>70</sup> Pero incluso aceptando las posiciones y relaciones normativas descritas por Alexy entre derechos individuales y bienes colectivos, es decir, aceptando que la definición de bien colectivo incluye su justificación normativa y que en esa medida es posible identificar conflictos entre ambas entidades conceptuales, yo consideraría en esa hipótesis que igualmente (y contrario a cuanto piensa Alexy) la relación medio/fin expresada como «todos los bienes colectivos son exclusivamente medios para alcanzar derechos individuales» es la única posición conceptualmente viable. En efecto, el mismo autor no niega la viabilidad conceptual de esta posición-relación normativa y, al máximo, la reconoce como una tesis normativamente problemática, pero no imposible. Alexy señala cuatro posibles relaciones conceptuales (a interior de un sistema jurídico) entre derechos individuales y bienes colectivos: (I) Relación Medio/fin: todos los derechos individuales son exclusivamente medios para alcanzar los bienes colectivos, (II) Relación medio/fin: todos los bienes colectivos son exclusivamente medios para alcanzar derechos individuales, (III) Relación de identidad: todos los bienes colectivos son idénticos en la forma como los derechos individuales existen y son satisfechos; (IV) Relación de independencia: no existen ni relaciones de medios/fin, ni relaciones de identidad entre los derechos individuales y los bienes colectivos (*ibidem*, pp. 199-174).

<sup>71</sup> Nada impide que el titular de este derecho subjetivo sea, también, uno de los titulares de uno de los DSHBC. HARTNEY M., *Some Confusions Concerning Collective Rights*, *cit.*, p. 301: «[...] there may be a conflict between two different interests of the same individuals, but not a conflict between an individual and a collective interest». Lo interesante es que, si dichos intereses resultan relevantes para el ordenamiento y, entonces, son tutelado en un enunciado normativo sobre derechos y, entonces, expresan siempre (y sólo) derechos subjetivos, los conflictos son siempre entre derechos subjetivos y no, claramente, entre derechos subjetivos y un derecho colectivo que correspondería (hipotética y equivocadamente) a la colectividad. Los conflictos entre derechos son siempre conflictos entre derechos subjetivos (expresados siempre en enunciados normativos cuyo significado denota posiciones normativas sólo correspondientes con las posiciones hohfeldianas).

<sup>72</sup> Sobre los conflictos entre derechos ver por ejemplo, BARBERIS M., *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, *cit.* princ. pp. 13 ss. Para el autor, «che vi siano conflitti fra diritti non è una mera osservazione empirica: è piuttosto, almeno in ultima istanza, una tesi meta-etica, analitico-concettuale, contestata dal monismo e difesa dal pluralismo etico». Los conflictos entre derechos (incluso si se está hablando de DSHBC), se presentarían entre normas en la forma de reglas de todo o nada, o entre principios generales. «Ogni conflitto fra diritti, dunque, può risolversi in due modi: come conflitto fra norme, cui si applicano i comuni criteri per la soluzione delle antinomie fra norme; come conflitto fra valori, cui se applicano i peculiari criteri per la soluzione dei conflitti fra valori».

Ahora bien, en relación con los IDC (ver capítulo segundo) que considero, como se verá más adelante, sinónimos de los DSHBC, ver al respecto una interesante intuición (si bien no la comparto en su totalidad) en relación con el conflicto entre los llamados por la doctrina IDC: VILLONE M, *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (Considerazioni sul sistema statunitense)*, en *La tutela*

interpretados, sea como reglas de todo o nada, sea en la forma de principios (o reglas de optimización) a las que corresponden, respectivamente, formas de solución del conflicto diferentes.

En concreto, si se retoma el ejemplo sobre del enunciado normativo «Son derechos colectivo [...] *i*) el derecho a la seguridad y prevención de desastres naturales previsibles técnicamente», que sólo puede ser expresado en la forma de ‘*x,y,z* tienen (cada uno de ellos) frente a *X* el DSHBC a la seguridad y prevención de los desastres naturales previsibles técnicamente’, los conflictos posibles, en línea de principio, son al menos, dos: (*i*) entre un derecho subjetivo con objeto un bien no-colectivo (sea un derecho subjetivo en cabeza de uno de los titulares de uno de los DSHC, o no lo sea), por ejemplo el derecho de propiedad de *x* o de *w*, vs. el DSHBC de *x,y,z*, a la seguridad y prevención de desastres naturales previsibles técnicamente; y/o (*ii*) entre los sendos DSHBC de *x,y,z* al «goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público»<sup>73</sup> (siempre expresable en la forma de derecho subjetivos) vs. los sendos DSHBC de ‘*x,y,z*, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente’ (es decir, conflictos entre DSHBC).

#### **10. (SIGUE) EL PROBLEMA DE LOS BIENES “PARTICIPATIVOS”**

Ahora bien, aunque en este trabajo se asume que un bien colectivo es sinónimo de un bien público puro (*x,y,z* tienen (cada uno de ellos) frente a *X* un derecho a *G* (el disfrute de bien colectivo-bien público puro)) y que, sin importar que el objeto sea un bien colectivo, todo enunciado normativo sobre derechos colectivos es traducible (si pérdida de significado) en derechos subjetivos homogéneos (DSH) -y, entonces, la titularidad se predica de sujetos individualmente considerados- es necesario precisar que existe otra denotación propuesta por la teoría del sintagma ‘bien colectivo’.

---

*degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell’ambiente e dei consumatori*, GAMBARO A. (ed.), Giuffrè, Milano, 1976, pp. 75-93.

<sup>73</sup> Se trata de otro enunciado normativo contenido en el numeral d) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 de Colombia.



Se habla entonces de ‘bien colectivo’ en la forma de ‘bienes participativos’<sup>74</sup>, es decir no individualizables: bienes cuyo disfrute requiere (inevitablemente), de una parte, del disfrute de otros y, de otra parte, que el consumo implica su producción<sup>75</sup>. No puede haber disfrute sin producción ni producción sin disfrute<sup>76</sup>. La consecuencia, según esta definición, es que el titular del deber de producir el bien es, al mismo tiempo, el titular del derecho a disfrutar el bien y que cada consumidor-productor del bien no tiene interés como sujeto individual en el disfrute del bien participativo<sup>77</sup>: se trataría de bienes respecto de los cuales no es posible expresar un enunciado en la forma de derecho subjetivo<sup>78</sup> puesto que no es posible identificar un interés individual relevante para el ordenamiento<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> RÉAUME D., *Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*, en *University of Toronto Law Journal*, 28, 1, 1988, pp. 1-27.

<sup>75</sup> De esta forma el consumo del bien participativo implica su transformación: se trata de un consumo de un bien no terminado y en continua transformación. De esta forma, según el autor, el derecho a un ambiente limpio no es un bien participativo, lo que significa que admite un disfrute individual y, entonces, su expresión en la forma de derechos subjetivos: «the right to clean air is a right to same thing whether one or one thousand people enjoy it», *ibidem*, p. 11. Pues bien, aquí se demostrará que los bienes participativos también pueden (y sólo pueden) ser expresados en el lenguaje del derecho subjetivo.

<sup>76</sup> Respecto a estos bienes, a diferencia de los bienes públicos no participativos, el autor señala que no es posible identificar el Dilema del Prisionero en cuanto no es posible consumir sin producir. Señala entonces que precisamente por este motivo, un bien participativo no puede ser descompuesto individualmente como en cambio sí puede ocurrir respecto a los bienes públicos no participativos. «The PD model requires that the relevant interests that are ranked be individualizable» (*ibidem*, p. 14). Se trata entonces de bienes respecto de los cuales no puede haber un consumo sin que al mismo tiempo se contribuya en su producción porque la participación en su producción es, al mismo tiempo, su disfrute. Aquí se cree, sin embargo, que el hecho de no poder concebir la producción sin el disfrute del bien participativo, no implica afirmar que no es posible identificar un interés individualizable y, más aún, expresar los enunciados sobre bienes colectivos (incluso en la forma de bienes participativos) con el lenguaje de los derechos subjetivos homogéneos.

<sup>77</sup> «The interests of the group, because they are interests in the maintenance and development of a participatory good, cannot be reduced to a set of individualized interest» (*ibidem*, p. 24).

<sup>78</sup> «We have seen, that there are some goods, not necessarily pure public goods, which inherently involve collective activity as part of their value and thus cannot be object of an individual right» (*ibidem*, p. 13).

<sup>79</sup> «An individual cannot have a right to such an activity because it cannot be enjoyed as an individual [...] The important point is that the individual has no interest as an individual in [...] these good» (*ibidem*, p. 11).

Pues bien, sin restarle importancia a la importante distinción oportunamente discutida en el escenario jurídico por Réaume, quien sin duda alguna identifica un subgrupo de bienes al interior del grupo de los bienes colectivos, es decir, bienes colectivos en constante producción (y producción que requiere su consumo), a continuación me ocuparé de presentar argumentos que desvirtúen las inferencias de la autora.

En primer lugar, y contrario a su afirmación, hipotéticamente es posible identificar un consumidor del llamado ‘bien participativo’ que, al mismo tiempo, no participe en su producción y respecto del cual se puede predicar la titularidad de un derecho subjetivo al disfrute de ese bien (en estos términos, es posible justificar un interés relevante y un deber correspondiente).

En segundo lugar, es también posible y, estrictamente, es la única opción, identificar un interés individual y justificado del consumidor-productor del bien de disfrutar el bien participativo y, así mismo, es siempre posible identificar (e imponer) el correspondiente deber. Es decir, los enunciados sobre bienes participativos, incluso respecto a los consumidores-productores del bien, se pueden (y sólo se pueden) expresar en el lenguaje de los derecho subjetivos.

Si es así (como en efecto es), la titularidad del correspondiente derecho subjetivo (si el interés resulta relevante para el ordenamiento) se predica siempre de un grupo de sujetos (vistos siempre individualmente) y no, ciertamente, de la colectividad.

Un ejemplo hipotético<sup>80</sup> de este concepto podría ayudar a comprender la idea: un partido de tenis entre dos amigos, A y B. El partido de tenis sería un bien participativo puesto que A y B no pueden disfrutar del partido de forma solitaria y en su disfrute (por parte de A y B) se produce contemporánea e inevitablemente el partido.

Existen dos posibles escenarios: (i) uno donde existe, también, un espectador externo que está mirando el partido de tenis y (ii) otro donde todo el universo está representado solamente por A y B.

En el primer escenario, se puede afirmar con tranquilidad que cada uno de los asistentes al partido de tenis tiene el derecho subjetivo tutelado por el ordenamiento de disfrutar el partido de tenis, sin que su disfrute (el de cada uno de ellos) comporte la

---

<sup>80</sup> Como precisa HART H. L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence*, cit., p. 8., «The economist or the scientist often uses a simple model with which to understand the complex; and this can be done for the law».

producción del partido de tenis. Cada uno de los sujetos-espectadores son titulares entonces de un derecho subjetivo frente a X al partido de tenis: 'x,y,z, tiene frente a X<sup>81</sup> (A, B) el derecho subjetivo a G (el partido de tenis). En este caso el deber en cabeza de X está justificado y corresponderá a permitir o no-obstaculizar o favorecer (dependiendo de la posición normativa a la que se haga referencia) el derecho subjetivo de x,y,z al partido de tenis.

Asumiendo el anterior razonamiento como cierto (y, creo que lo sea), es lícito preguntarse el porqué no sea posible aplicar, en el contexto señalado, el mismo razonamiento a A y a B, es decir, a los sujetos que producen/consumen el bien participativo. En efecto, si es posible identificar (en la forma de titularidad) en x,y,z, (espectadores) sendos derechos subjetivos de x,y,z, frente a X, creo que nada impide (y, de hecho, sólo puede ser así) afirmar que A tiene frente a X (B) el derecho subjetivo al partido de tenis y que B tiene frente a X (A) el derecho subjetivo al partido de tenis.

Sobre este particular se ha precisado que A y B tienen individualmente un interés en el disfrute del partido de tenis, sin que esto niegue el hecho que A y B producen el partido de tenis<sup>82</sup>. Y esto porque para A y B, así como x,y,z, el disfrute del partido de tenis es relevante para su bienestar; lo suficientemente relevante para considerar que la imposición del deber correspondiente es justificado. Más aún, resulta irrelevante para la identificación del interés el hecho de ser consumidor-productor del partido de tenis o ser simplemente un espectador<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Se presume, en este ejemplo, que el partido de tenis fue organizado por A y por B y no por D. En efecto, en el concepto de bien colectivo participativo no existe un sujeto D que produce el bien sin consumirlo y, por tal motivo, no tiene sentido incluirlo o considerarlo en el ejemplo. Otro ejemplo más actual podría ser la formación de redes gratuitas en Internet que, al igual del partido de tenis, no puede ser consumida sin ser producida y no puede ser producida sin ser consumida (este ejemplo surge como fruto de una conversación sobre el tema con dos economistas: ALBERTO LAMADRID y JUAN BERNARDO MORENO CRUZ, el primero *Phd candidate* en la Universidad de Cornell (USA) y, el segundo, doctor en economía de la universidad de Calgary (Canada)).

<sup>82</sup> En efecto, HARTNEY M., *Some Confusions Concerning Collective Rights, cit.*, p. 300, afirma, cuando hace uso del ejemplo de una orquesta como bien participativo, que «It is hard to see why the actual (or potential) members of the orchestra do not have an interest *as individuals* in the existence of the orchestra. If the orchestra ceases to exist, their lives are impoverished, as are those of the members of the potencial audience».

<sup>83</sup> «The fact that the good is participatory for one class of persons and not for the other does not affect the nature of their interest in the good if its value consists in its contribution to the well-being of individuals» (*ibidem*, p. 301).

En el segundo (*ii*) escenario posible, es decir, el universo está representado por A y B (es decir, no hay espectadores posibles del partido de tenis) la situación no es diferente. En este caso, igualmente, aunque A y B son consumidores-productores del bien participativo (partido de tenis), siempre es posible (y no puede ser de otro modo) expresar sus posiciones y relaciones normativas en enunciados normativos en la forma de derecho subjetivo, de la misma manera que en el escenario anterior y por las mismas razones.

En estos términos, toda relevancia del disfrute de un bien participativo es (y sólo es) un interés individual (de cada uno de los sujetos productores-consumidores del bien). Igualmente, nada impide, y de hecho (no obstante lo afirmado por Réaume) siempre es así, una vez tutelado por el ordenamiento, el significado del correspondiente enunciado normativo denotará una, o varias, de las posiciones normativas hohfeldianas propias del derecho subjetivo<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Es necesario señalar que en el caso de los DSHBC y de los derechos subjetivos homogéneos con objeto el disfrute de un bien participativo, el deber no se encuentra en cabeza del mismo titular del derecho. Aunque pareciera que es así, es necesario señalar que la posición de A como titular de derecho subjetivo (y, entonces, de B como titular del deber correspondiente) se distingue conceptualmente de la posición de B como titular del derecho subjetivo (y, entonces, de A como titular del deber correspondiente). En otras palabras, conceptualmente hablando, A no es titular del deber frente a sí mismo, sino frente a B y, entonces, B no es titular de un deber frente a sí mismo sino sólo frente a A. En otras palabras, en el caso de los bienes públicos (y de los participativos), para cuyo disfrute la imposición del correlativo deber es, como se verá a continuación (no obstante las críticas de Raz al respecto), justificada, no se presenta la simultánea titularidad del deber y del derecho en la misma persona, es decir, los DSHBC (incluso si se habla de un bien participativo) no son *mandatory rights*. En efecto, las características propias del bien (cosa, o estado de cosas) público (incluso participativo) no se diferencia de cuanto sucede con los demás derechos subjetivos: en el caso del derecho a la vida, por ejemplo, el titular del derecho es, respecto al resto de los seres vivientes, titular del deber correspondiente frente a todos los demás titulares del derecho a la vida y, cierto, este hecho no lo convierte en titular del deber frente a sí mismo; no se entiende entonces porqué se debería pensar que es diferente en el caso de los DSHBC. Sobre los *Mandatory Rights* ver FEINBERG J., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, *cit.*, pp. 232-251. Sin embargo, sobre este tema en particular, no me ocuparé dadas la anterior afirmación. Baste sin embargo señalar que, en cambio, muchos derechos tradicionalmente subjetivos (en determinados escenarios jurídicos, el derecho de voto, el derecho a pertenecer al jurado, el derecho a la educación) no dejan de ser considerados como derechos subjetivos (y cierto, tanto menos son propuestos (ni siquiera) doctrinalmente como derechos colectivos en cabeza de la colectividad), no obstante la aparente justificación de la imposición del deber correlativo en cabeza del titular del derecho.

De esta forma, se puede afirmar que no existe diferencia, para efecto de la identificación de las respectivas situaciones de ventaja, entre los bienes participativos y los demás bienes públicos, es decir, con los bienes públicos respecto de los cuales, en cambio, si es posible encuadrar el disfrute del bien sin que este implique su producción: bienes respecto de los cuales si es posible aplicar el juego del “dilema del prisionero”<sup>85</sup> y dadas sus características (no exclusión en su disfrute y no rivalidad en su consumo), se presenta el así llamado fenómeno del *free rider*<sup>86</sup>.

En efecto, no existe diferencia porque, por ejemplo, en relación con el bien público a ‘disfrutar la belleza de la laguna de Guatavita’, nada impide afirmar (y, de hecho, no puede ser de otro modo) que ‘x tiene frente a Y el derecho subjetivo homogéneo a disfrutar la belleza de la Laguna de Guatavita’ (aún si no produce el bien –cosa, estado de cosas- y sólo lo disfruta incluso en posición de, precisamente, *free rider*). La justificación del deber correspondiente, de la misma manera que en el caso de los bienes participativos, se encuentra precisamente en que el deber correlativo al derecho se impone recíprocamente a todos los sujetos (salvo al titular del derecho subjetivo homogéneo en cuestión) titulares del DSH al disfrute de la belleza de la laguna de Guatavita y no sólo a uno de ellos y, entonces, la imposición del deber correlativo no es desproporcionada.

---

<sup>85</sup> El problema de la contribución de bienes públicos puede ser representado usando el juego del dilema del prisionero porque estas son situaciones en las que las acciones de un jugador afectan de manera positiva o negativa a otros jugadores. En el dilema del prisionero, así como en la contribución de bienes públicos, los jugadores ponen sus intereses personales por encima del interés colectivo: al cooperar un jugador se arriesga a recibir menos de lo contribuido inicialmente, pero recibe más si los otros jugadores cooperan. El sistema no puede impedir al acceso al bien público a jugadores que no contribuyen y, por tal motivo, no se verifica mucha contribución en su producción. CAMERER C., *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 2003, pp. 44 ss.

<sup>86</sup> Este tema, particularmente en relación con el objeto de este trabajo de tesis, es decir, en términos generales, la *Class action*, es relevante. De él me ocuparé en otros apartes del trabajo. Por ahora baste decir que el *free riding* se presenta cuando un sujeto considera que puede obtener óptimos resultados «allowing others to supply the public good to the maximum extent while he enjoys a “free ride”; that is, secures the benefits without contributing towards the costs». Ver, BUCHANAN J., *The Demand and Supply of Public Goods*, Rand McNally & Company, Chicago, 1998, pp. 77 ss. Y, entre un sin número de posibilidades, ver también DE JASAY A., *Social Contract, Free Rider. A Study of the Public-Goods*, Libery Fund, Indianapolis, 1989, pp. 233 ss.

## 11. (SIGUE) LA IMPOSICIÓN DEL DEBER CORRELATIVO A LAS POSICIONES NORMATIVAS “ACTIVAS” PROPIAS DE LOS DSHBC ES JUSTIFICADA

A este punto, una pequeña reflexión en relación con la justificación para la imposición del deber correlativo en el caso de los bienes colectivos resulta necesaria. En efecto, se ha sostenido que cuando el objeto del derecho es el disfrute de un bien colectivo (un bien público no-excluyente: un bien de cuyos beneficios ningún miembro de la sociedad puede ser excluido involuntariamente<sup>87</sup>) no se justifica la imposición del deber correlativo *–producir el bien–* si se mira el interés aislado de un sujeto individualmente considerado<sup>88</sup>: sería difícil, afirma Raz, imaginar un argumento para

---

<sup>87</sup> RAZ J., *The Morality of Freedom*, cit, p. 198. «A good is a public good in a certain society is not subject to voluntary control by anyone other than each potential beneficiary controlling his share of the benefits». Para Raz los bienes públicos no tienen necesariamente sólo un valor instrumental. Señala que un bien inherentemente público puede tener un valor intrínseco, es decir, que tiene un valor en sí mismo. «Something is instrumentally good if its value derives from the fact that it makes certain consequences more likely, or that it can contribute to producing certain consequences. Something is intrinsically good or valuable if it is valuable independently of the value or its actual or probable consequences, and not on account of any consequences it can contribute causally» (p. 200). Estos bienes públicos que tienen un valor intrínseco son los bienes inherentemente públicos (y no bienes contingentemente públicos): es decir, los ‘collective goods’ (p. 199). Pues bien, de la misma manera que en mi crítica a la afirmación de ALEXY sobre su personal definición de bien colectivo (ver numeral 9 de este capítulo), se considera aquí en relación con la propuesta de RAZ que, además del riesgo de proponer un valor intrínseco (como idea, por cierto, peligrosamente ontológica) de un bien público, su afirmación supondría, como ya señalé anteriormente, que la justificación se predicaría del bien (de la cosa, o estado de cosas) y no del interés en el disfrute de ese bien; situación que, a su vez, implicaría abrir una (supuesta) puerta a la idea según la cual la justificación de ciertos derechos se verifica fuera de la esfera del individuo. De otra parte, y esto ya lo he precisado antes, las referencias al *valor* del bien se refieren al plano justificativo y no conceptual: definir el bien colectivo en razón de (un supuesto) valor intrínseco es equivalente a definir el derecho en razón del interés. En fin, con la propuesta de RAZ se abre también la posibilidad de afirmar (erróneamente) que pueden existir conflictos entre derechos y bienes; lo que, como ya precisé, no es correcto.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 207. Cuando se refiere a la libre determinación de los pueblos (con el ejemplo específico de Palestina) afirma que «Arafat does not have a right to Palestinian self-determination. Self-determination is a typical collective good. Its satisfaction imposes far-reaching demands on the life communities. Arafat’s interest by itself does not justify imposing such far-reaching duties on so many other people. So he does not have it». Siguiendo estas directrices justificativas, Raz resulta partidario, aunque de forma débil, de la existencia de un derecho colectivo. En razón del bien objeto del disfrute, cuando se trata de un bien público (*public goods*), él considera que el interés (un aspecto del bienestar) de un sujeto individual -miembro de un grupo- en un bien público no es una razón suficiente para imponer el correspondiente deber: «The common view is that my interest that my

imponer a favor de un solo individuo el deber correspondiente para satisfacer el interés por vivir en un próspero, culto, tolerante y hermoso ambiente. Lo anterior porque, para el autor, el mantenimiento de un bien colectivo impone restricciones a las actividades de un volumen de la población que la afecta profundamente<sup>89</sup>. Es con estos argumentos que el autor justifica, al menos de forma débil<sup>90</sup>, los derechos colectivos en la medida en que, al menos, considera que en función del interés del individuo no es justificada la imposición del correspondiente deber<sup>91</sup>.

---

society shall be of this character [living in beautiful town, which is economically prosperous, and in a society tolerant and cultured p. 201] is a reason to develop it in such direction, but that the existence of such a reason is not enough to show that I have a right that my society shall have this character» (p. 202).

<sup>89</sup> «The difference is that the maintenance of a collective good affects the life and imposes constraints on the activities of the bulk of the population, in matters which deeply affect them. It is difficult to imagine a successful argument imposing a duty to provide a collective good on the ground that it will serve the interests of one individual» (*ibidem*, p. 203).

<sup>90</sup> Es débil porque de todas formas, reconociéndolos, los reconoce siempre en función del individuo, si bien, considerándolo siempre junto a muchos otros, y no de forma aislada. «The right [colectivo] rests on the cumulative interests of many individuals. (This explains why though the existence of the interest does not depend on the size of the group, the existence of the right and its strength does)» (*ibidem*, p. 209).

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 208. Específicamente señala que un derecho colectivo existe cuando «[f]irst, is exists because an aspect of the interest of human beings justifies holding some person(s) to be subject to a duty. Second, the interests in question are the interests of individuals as members of a group in a public good and the right is a right to that public good because it serves their interest as members of the group. Thirdly, the interest of no single member of that group in that public good is sufficient by itself to justify holding another person to be subject to a duty». En estos términos, se argumenta entonces que la condición de bien público (*public good*) predicada de algunos bienes, implica necesariamente la imposibilidad de concebir un interés suficientemente relevante para justificar la imposición normativa del deber correspondiente en cabeza de otro sujeto (u otra clase de sujeto). Si sólo se verifica el primer requisito Raz sostiene que los derechos colectivos serían sólo una simple «*facón de parler*» en tanto referidos a intereses individuales que surgen de miembros individuales de una comunidad. A este punto, no existiría una diferencia con casi todos los derechos subjetivos que, en realidad, siempre surgen de los individuos en tanto miembros de una clase (la más amplia, la clase de los seres humanos). Los siguientes dos requisitos hacen énfasis, en cambio, en una distinción relativa al plano justificativo con referencia particular al bien apto para satisfacer el interés: el bien público. Así, el derecho colectivo existiría, además, en la medida en que el interés de los sujetos individuales (en cuanto miembros de una colectividad) es hacia un bien público y, de otra parte, el interés en el bien público por parte de uno miembro del grupo, pero de forma aislada, no justifica afirmar que otro sujeto, o clase de sujetos, es portador del correspondiente deber. En pocas palabras, es el bien, en su condición de bien público, el que determinaría la no-justificación del deber correspondiente y, entonces, la imposibilidad de reconocer la titularidad del derecho, con un objeto

Sin embargo, más que en razón de la crítica de Réaume en relación con el carácter complejo de los bienes públicos y su restricción, en términos colectivos, sólo a aquellos participativos<sup>92</sup>, que implica que muchos de los bienes públicos considerados como bienes colectivos por Raz podrían ser expresados en la forma de derechos subjetivo<sup>93</sup>, lo cierto es que cuando de bienes públicos se trata, nunca se hace referencia a sólo un derecho subjetivo, sino a un número (determinado o indeterminado) de derechos subjetivos homogéneos, que comparten (pero siempre de forma individual) el mismo contenido normativo y, entonces, el correspondiente deber.

La imposición del deber correlativo, siempre referido al bienestar (*well-being*) de cada uno de los miembros de la colectividad titular de sendos derechos subjetivos, no se impone, entonces, de forma aislada, aunque sí de forma siempre individual, razón por la cual la imposición del deber ya no parece desproporcionada, como teme Raz, puesto que *nunca* un bien público puede ser el objeto de un único derecho subjetivo, sino de un número amplio de derechos subjetivos homogéneos y en tal medida resulta proporcionada (y entonces justificada) la imposición del deber correspondiente<sup>94</sup>.

---

bien colectivo, en cabeza de un individuo: «[...] one may indeed doubt the possibility of a justification for a fundamental individual right to a collective good» (p. 208). Sin embargo, es necesario resaltar que Raz, incluso afirmando la “existencia” de derechos colectivos, señala que, de todas formas, hay bienes colectivos (bienes inherentemente públicos y, entonces con valor intrínseco) cuyo valor no reside en su relevancia para los intereses de los sujetos como miembros de la comunidad, es decir en sus intereses justificados (como, de todas formas, sucede siempre en relación con los derechos colectivos): «There are too many intrinsically valuable collective goods the value of which does not reside in their relevance to people’s interests as members of communities [...] All of them are collective goods to which no group has a collective right» (p. 209).

<sup>92</sup> RÉAUME D., *Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*, cit., p. 7. Dando importancia precisamente al *character cooperative* de algunos bienes públicos, señala que «I hope to show that the features of public goods which Raz has pointed out are not in themselves sufficient to defeat a claim of individual right, but that they point us in the direction of another feature of some goods which does render an individual right conceptually impossible».

<sup>93</sup> La autora precisa que el carácter complejo de los bienes públicos (yo diría, más bien, el carácter complejo de cada uno de los macro-derecho al disfrute del bien público) implica que varias de las posiciones normativas individuales admitan exclusión: «A cultured society is a very complex good. Or cluster of goods, some of which may indeed fail to meet the non-excludability criterion. For example, it is possible to exclude some from libraries and art galleries and therefore from some aspects as a public good, Raz cannot mean these aspects» (*ibidem*, p. 4).

<sup>94</sup> Se insiste que en el caso de ciertos bienes públicos (colectivos) el deber es impuesto, también, en cabeza del titular del interés. Si  $x,y,z$  tiene frente a X el derecho a G (bien colectivo), en relación con cada uno de los otros derechos subjetivos homogéneos, x será titular, junto a los demás



## 12. RECAPITULANDO

A este punto he tratado de sustentar porque, (I) cada vez que en un enunciado normativo se emplea el sintagma ‘derecho colectivo’, conceptualmente no es posible considerar que las relaciones y posiciones normativas que denota el uso del término ‘derecho’ en dicho enunciado puedan ser reconducidas a situaciones de ventaja diferentes al derecho subjetivo, puesto que, en efecto, dichos enunciados denotan siempre acciones y omisiones de individuos *uti singuli*. En otras palabras, los así llamados por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia como DC no son otra cosa que la abreviación para la enunciación de combinadas posiciones normativas correspondientes con derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien colectivo (DSHBC).

Igualmente (II) se han presentado argumentos relativos, sí a la existencia de bienes colectivos (que en este trabajo se consideran como sinónimos de los bienes públicos puros), pero también a la imposibilidad de justificar la titularidad de derechos en cabeza de la colectividad en razón del carácter colectivo del bien objeto del derecho, es decir, en razón del hecho que el bien no admita exclusividad en su disfrute ni rivalidad en su consumo. Por el contrario, todo enunciado sobre derechos puede (y no puede ser de otra manera) ser traducido en la forma de derecho subjetivo homogéneos donde la titularidad se predica siempre de un sujeto (o de varios sujetos considerados individualmente).

También se ha argumentado contra la idea según la cual existirían conflictos a nivel normativo entre derechos subjetivos y bienes colectivos. En otras palabras, he argumentado porque aún cuando sea posible identificar bienes (cosa o estado de cosas) colectivos, los conflictos a nivel normativo siempre se verifican, cuando se trata de situaciones de ventaja, entre derechos subjetivos.

Ahora bien, es importante precisar que no obstante el (inevitable) agrupamiento de todas las situaciones de ventaja (posiciones de expectativa fundadas sobre normas) en el

---

membros de la colectividad (salvo el titular del específico derecho subjetivo en cuestión), del mismo deber correspondiente. Además, es necesario señalar que el deber correlativo al DSHBC no siempre se impone a toda la colectividad: en efecto, el deber puede ser impuesto sólo al estado (piénsese en el bien colectivo a la seguridad contra las agresiones de estados vecinos, o al ya varias veces citado sobre la prevención contra los desastres naturales previsibles técnicamente); pues bien, en este caso, el carácter supuestamente desproporcionado del deber impuesto resulta aún menos evidente.

concepto de derecho subjetivo y la consecuente negación de la posibilidad de justificar la titularidad de situaciones de ventaja fuera del individuo, es decir, la imposibilidad de justificar la titularidad de situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad, esto no implica cierto que la justiciabilidad de dichos derechos subjetivos, sea de forma individual, sea de forma grupal o conjunta (inevitable en el caso de los DSHBC y potencial respecto a los DSH pero con objeto un bien no-colectivo), se verifique de la misma manera y mediante una idéntica o similar estructura procesal.

Pues bien, de ésta aspecto me ocuparé, en parte, en el próximo aparte que servirá, a su vez, como el punto de partida para los siguientes capítulos del trabajo.

### **13. EL (META)DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN Y LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS**

Como ya se ha señalado, las posiciones y relaciones normativas que denota el término ‘derecho’ en el lenguaje jurídico no se presentan (cada una de ellas) de forma individual. En otras palabras, casi siempre, los enunciados sobre ‘derechos subjetivos’ denotan un macro-derecho, es decir, una situación de expectativa fundada sobre normas correspondiente a varias posiciones normativas contemporáneamente.

Este hecho implica, por ejemplo, que un DSHBC exprese conceptualmente varias posiciones normativas. Este carácter complejo del concepto de derecho subjetivo se puede expresar, como ya se ha precisado anteriormente, en la configuración simultánea y compleja de varias posiciones normativas (libertad y/o pretensión y/o poder y/o inmunidad) que configuran una situación de ventaja macro (un macro-derecho) en cabeza de un sujeto.

Ahora bien, es necesario precisar para efectos del contenido del presente aparte, que el concepto de derecho subjetivo no comporta la(s) relación(es) normativa(s) correspondiente(s) al derecho subjetivo de acción. En otras palabras, el concepto de derecho subjetivo (ni siquiera el mismo concepto de derecho subjetivo de acción<sup>95</sup>) contempla la justiciabilidad del derecho.

---

<sup>95</sup> En efecto, la justiciabilidad del derecho de acción (que se puede obtener, por ejemplo, mediante el ejercicio de acciones procesales como la acción de tutela colombiana prescrita por el art. 86 de la constitución política) no hace parte de su concepto sino, en realidad, hace referencia al (meta)derecho de acción del (meta)derecho de acción: es decir, al (meta-meta)derecho subjetivo de acción.

La justiciabilidad, es decir, la posibilidad de imponer el cumplimiento de los deberes correlativos mediante el requerimiento a la jurisdicción, es un derecho subjetivo en sí mismo y, en términos teóricos, es un (meta)derecho<sup>96</sup>, es decir, un derecho funcional a otro derecho<sup>97</sup>.

En efecto, en el debate teórico no pocas veces ha señalado que el derecho de acción es un derecho de segundo grado en cuanto es funcional para la tutela de otro (si no todos) los derechos objeto de una violación (en razón del incumplimiento de uno, o varios, de los deber correspondientes)<sup>98</sup>. En estos términos, la tutela de las situaciones de ventaja (derechos subjetivos homogéneos -con y sin objeto un bien colectivo- o derechos subjetivo no homogéneos) son tuteladas mediante el ejercicio de otro derecho, es decir, mediante el ejercicio del (meta)derecho a la acción judicial.

En este orden de ideas, cuando se dice que una persona tiene un derecho subjetivo en el sentido de que es titular de una situación jurídica de ventaja *tutelada*, en realidad no se está refiriendo exclusivamente a un derecho subjetivo (incluso si se trata de un macro-derecho), sino (al menos) a dos derechos subjetivos: de una parte, un derecho subjetivo (macro o micro) insatisfecho que no es tutelado *per sé* y, de otra parte, otro derecho subjetivo, el derecho de acción, que consiste en el derecho (en concreto, al menos, una posición normativa activa de poder) de actuar jurisdiccionalmente para tutelar el primero<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> El (meta)derecho subjetivo de acción es un macro-derecho compuesto por atómicos micro derechos y por otros macro-derechos todos agrupados tradicionalmente en la locución ‘principios procesales’. En otras palabras, el macro(meta)derecho de acción denota todos los contenidos que, a su vez, denotan los principios procesales dirigidos a garantizar la justiciabilidad de los derechos subjetivos. En doctrina remito a TROCKER N., *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’«azione» nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, primera parte en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 35-65, y segunda parte en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 439-460 y a ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007.

<sup>97</sup> GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, 2001, p. 44, «[...] il diritto di azione – ossia il diritto di agire in giudizio – è funzionale alla tutela di un altro diritto che si pretende violato». Es en este sentido que el derecho de acción es un (meta)derecho.

<sup>98</sup> «Il diritto d’azione é, anch’esso, un diritto “di secondo grado” rispetto ai diritti alla cui tutela è funzionalmente predisposto» (*ibidem*).

<sup>99</sup> «Pertanto, si può dire che un soggetto abbia “un diritto”, in questo senso [se refiere cuando se afirma que un sujeto “tiene un derecho” para entender que el sujeto en cuestión «è titolare di una situazione soggettiva *tutelata*], solo a condizione che vi siano non una, ma due norme: una prima

En estos términos resulta evidente como sea posible identificar en el escenario normativo derechos subjetivos con deficiente e incluso inexistente justiciabilidad y que, no por ello, pierdan su “naturaleza” de derecho subjetivo. Se trata de derechos subjetivos que, al máximo, pueden ser catalogados como derechos de “papel”<sup>100</sup>, derecho no tutelados, pero, de todas formas, derechos subjetivos.

Esta distinción aquí presentada resulta relevante por un aspecto fundamental: conceptualmente un derecho subjetivo no tutelado (o deficientemente tutelado) no deja de ser derecho subjetivo. O mejor, un enunciado normativo sobre ‘derechos’ que denote una situación de expectativa fundada sobre normas es un derecho subjetivo sin que resulte relevante -si de la definición de derecho subjetivo se está hablando- que la situación de expectativa sea tutelada.

En efecto, para la doctrina procesal resulta claro que el derecho de acción es una situación de expectativa fundada sobre normas (primero, y principalmente, de rango constitucional<sup>101</sup>) que confiere el derecho de actuar ante la jurisdicción para que de forma efectiva se tutelén todas las situaciones de ventaja reconocidas como tales por el ordenamiento jurídico, es decir, para garantizar, en última instancia<sup>102</sup>, la tutela de los

norma che gli conferisce un certo “diritto” (di per sé non tutelato), ed una seconda norma che gli conferisce l’ulteriore “diritto” di agire in giudizio per la tutela del primo» (*ibidem*).

<sup>100</sup> «Questo modo di esprimersi sottende l’idea che i diritti non tutelati siano non “veri” diritti, ma, per così dire, diritti di “di carta”» (*ibidem*).

<sup>101</sup> DENTI V., *La giustizia civile*, 2° ed., TARUFFO M., ET. AL. (eds.), Il Mulino, Bologna, 2004, p. 122. «Si può, quindi, avanzare la conclusione che, una volta elevato il diritto di azione a garanzia costituzionale – il che lo colloca al di fuori della disciplina concreta del processo –, il potere di mettere in moto il processo può meglio definirsi come potere di proporre la domanda giudiziale, o potere di domanda *tout court*».

<sup>102</sup> La satisfacción de los derechos se puede verificar fuera del aparato jurisdiccional, sea mediante el pacífico cumplimiento de los deberes correlativos por parte de los titulares de estos, sea, ante el patológico incumplimiento de dichos deberes, mediante instrumentos extra-jurisdiccionales no conflictuales o conflictuales, todos, en sentido lato, referidos al ejercicio del (meta)derecho de acción y, entonces, correspondientes a la tutela de los derechos subjetivos. La inferencia al respecto (no sólo) de Vittorio Denti es clara: «la nozione di tutela giurisdizionale dei diritti è più ristretta di quella di tutela dei diritti *tout court*, poiché la seconda comprende anche quelle forme di tutela che si attuano al di fuori del processo e, anzi, sono dirette ad evitare il ricorso all’intervento dell’organo giurisdizionale» (*ibidem*, p. 115). Sin embargo, aunque resulta claro bajo esta premisa, que un derecho subjetivo sí contemple en su concepto una forma de tutela relativa, entonces, al pacífico cumplimiento de los deberes correlativos, en realidad no se está hablando de tutela en sentido estricto sino, más bien, del cumplimiento de los deberes correlativos de forma pacífica y, entonces, no

derechos subjetivos patológicamente insatisfechos. De esta forma el derecho de acción se configura autónomamente, es decir, no dependiente de la situación sustancial de ventaja.

Así, en la definición amplia de derecho subjetivo aquí propuesta, que abarca toda situación de ventaja, (siempre y sólo) reconducible a la titularidad de un sujeto (o varios sujetos, pero vistos individualmente), la efectiva justiciabilidad no es un elemento necesario, sino contingente, de la definición de derecho subjetivo.

En estos términos, el ejercicio del (meta)derecho de acción de  $x$  frente a  $Y$  (estado) de acudir ante una autoridad judicial para hacer efectivo, primero (y precisamente) el (meta)derecho subjetivo de acción  $y$ , entonces (pero no necesariamente<sup>103</sup>), el derecho

patológica. Para este fin, desde ahora se precisa que cuando se hará referencia a la 'derecho subjetivo tutelado' se entenderá el derecho subjetivo provisto de los mecanismos adecuados para su tutela mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción en el escenario patológico del incumplimiento de los deberes correlativos.

<sup>103</sup> Esto en el sentido que no siempre que se ejercita el derecho de acción se obtiene la tutela de un derecho subjetivo alegado porque, por ejemplo, no se es titular del derecho subjetivo o porque, siéndolo, no comporta una tutela en el caso concreto en examen. Al respecto ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, 1978. p. 37 precisa, refiriéndose a la evolución histórica de la doctrina relativa a la acción, que el nacimiento de esta idea se puede identificar a partir de la distinción entre «pretensión y acción y autonomía del *agire*», que, por ejemplo, para WINDSCHIED B., «la sentenza rigetta la domanda dell'attore ciò non comporterebbe inesistenza del diritto d'agire, ma solo inesistenza del diritto sostanziale affermato». Esta idea, ciertamente va acompañada de la aceptación de la distinción contemporánea, también por parte de la doctrina, entre el derecho subjetivo objeto de tutela y el derecho subjetivo de acción. A este efecto se conecta entonces la distinción entre acción en sentido concreto – ver CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, en ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, pp. 3 ss; ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche, cit.*, p. 45 «La concretezza è affermata da tutti coloro che fanno dipendere il diritto d'agire dall'esistenza del diritto affermato, ritenendo che esso spetti solo a chi abbia effettivamente ragione nel campo del diritto sostanziale e miri ad ottenere una decisione favorevole (dal Wach al Laband, dal Chiovenda al Calamandrei e con varietà di formulazioni tanti altri)» - y acción en sentido abstracto –ver LIEBMAN E., *L'azione nella teoria del processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, I, pp. 53 ss.; ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche, cit.* 46, quien afirma que «[l]'astrattezza è invece sostenuta da tutti coloro che, sulla scia di alcune osservazioni dell'Hasse e del Muther, ritengono che il diritto d'agire astragga dall'effettiva esistenza della situazione giuridica affermata e spetti a chiunque creda in buona fede o semplicemente manifesti l'opinione, anche non sincera, di avere un diritto (Bülow, Plósz, Degenkolb, Gierke, ecc.)»-. Como señala GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Il Mulino, 2008, es pacífica la posición según la cual el derecho de acción «consiste dunque nell'ulteriore diritto di ottenere che gli organi della giurisdizione assicurino, per quanto materialmente possibile, l'effettivo conseguimento di tutte le loro utilità: sia attraverso l'adeguamento della realtà materiale alla realtà

subjetivo en cuestión, constituye un derecho subjetivo cuya configuración, tutela y ejercicio no se confunde (y no se debe confundir mediante forzados ejercicios interpretativo) con el derecho subjetivo que se pretende tutelar por medio de la jurisdicción.

Sin embargo esta clara distinción desde un punto de vista teórico no siempre ha sido pacífica, tanto menos en la doctrina.

De una parte, la acción -no considerada como un derecho subjetivo o, al máximo, como un derecho accesorio- se desvanecía en las propuestas “definitorias” del derecho subjetivo de raíz sustancial<sup>104</sup> negando de esta forma la autonomía del (meta)derecho de acción.

De otra parte, en la misma línea de subordinación pero con resultado opuesto –el derecho de acción como único derecho subjetivo principal- se reivindica una supremacía de la acción sobre un, así llamado, derecho sustancial: en otras palabras, el derecho de acción como fuente de los derechos sustanciales<sup>105</sup>. Un enfoque consecuente con una ideología claramente publicista del derecho procesal, y no sólo, y de una lucha doctrinal dirigida a enfatizar la autonomía científica del derecho procesal ya

giuridica [...] sia, a monte, attraverso l'accertamento della stessa realtà giuridica», es decir, respectivamente, el derecho de acción, en su rango constitucional, protege «il diritto del titolare della situazione di vantaggio sostanziale a conseguire un accertamento favorevole della stessa (inteso come azione in senso concreto), e persino [...] il diritto di chi non sia affatto titolare della situazione sostanziale di vantaggio di conseguire comunque un accertamento nel merito (ancorché negativo e quindi a lui sfavorevole) intorno alla sua esistenza, a condizione che egli almeno affermi di esserne titolare (inteso come azione in senso astratto)» (p. 13).

<sup>104</sup> Como precisa ORESTANO R., *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche*, cit., p.36. «Un primo gruppo di dottrine dell'azione cerca di risolvere il problema nell'ambito delle categorie civilistiche, considerando cioè l'azione nel sistema dei diritti soggettivi privati o comunque dipendente da essi». En esta línea, la acción es considerada como «un mezzo inerente ad ogni diritto civilmente riconosciuto e da esso inescindibile (GIANTURCO [, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1886])» o «non un diritto a sé stante, ma una funzione del diritto soggettivo (COVIELLO, N. [, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929)»; o la acción como «una facoltà contenuta nel diritto soggettivo (CANDIAN, A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953)», o bien «come di una posizione particolare del diritto soggettivo (REDENTI [, *Diritto processuale civile*, Padova, 1941)». Es decir, «l'azione viene considerata come un elemento, un riflesso, un proiezione del diritto sostanziale, il diritto stesso nella sua “potenza” di realizzazione e quindi esistente anche prima della violazione». En otras palabras, una doctrina que no distinguía entre el derecho subjetivo objeto de tutela y el derecho de acción.

<sup>105</sup> Representativo de este enfoque PEKELIS, A., *Azione*, en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, 1937, pp. 91 ss.

consolidada a raíz de varios intentos doctrinales principalmente de origen alemán (consecuentes, a su vez, con las posiciones doctrinales, también identificables en las concepciones imperantes de las nociones de derecho subjetivo propias de ese momento histórico) dirigidas a consolidar al estado como el coordinador e irrigador de derechos y deberes en el ámbito social.

En el contexto de estas concepciones monistas y de subordinación (del derecho de acción al derecho sustancial; o del derecho sustancial al derecho de acción) se consolida entonces una confusión que sólo viene solucionada en el acto descriptivo de distinción ya precisado, es decir, el derecho de acción como derecho subjetivo funcional a (pero autónomo de) los demás derechos subjetivos: otro derecho subjetivo, un (meta)derecho, o mejor, un macro(meta)derecho funcional a la garantía, justiciabilidad (como forma de imponibilidad) de los derechos subjetivos.

Bajo la anterior premisa y, más aún, en términos contemporáneos, en relación con el derecho de acceso a la justicia, precisó entonces que la justiciabilidad de un derecho implica el ejercicio, en los términos normativos del relativo contexto, del derecho de acción. De esta forma la deficiente o, incluso, inexistente previsión normativa<sup>106</sup> de mecanismos procesales que garanticen el ejercicio del derecho de acción respecto a determinadas posiciones subjetivas relevantes para el ordenamiento, no supone cierto la inexistencia del derecho subjetivo vulnerado sino una deficiente, o inexistente, *tutela* del derecho subjetivo en cuestión.

De esta forma cualquier reflexión relativa a los mecanismos procesales dispuestos para garantizar la tutela de los derechos subjetivos en el escenario patológico del incumplimiento de los deberes correlativos, debe ser dirigida a reflexiones relativas al ejercicio del derecho de acción, y no al contenido del derecho subjetivo objeto de tutela. En concreto, y con particular atención a los DC o, mejor (según cuanto ya demostré) a los DSHBC, la tutela de estos derechos subjetivos se refiere inevitablemente –y sin que esto suponga su relevancia en el escenario definitorio de dichos derechos subjetivos- a su justiciabilidad y, entonces, al ejercicio del macro(meta)derecho de acción.

La previsión de mecanismos procesales dirigidos a la garantía *efectiva* del derecho de acción para la tutela de DSHBC requiere, sin duda, características procesales

---

<sup>106</sup> Idea difícil de contemplar normativamente dada la realidad legislativa que circunda el ejercicio del derecho de acción y las garantías de rango supranacional, constitucional y legal dispuestas para garantizar su ejercicio.

particulares en atención al objeto del derecho, es decir, un bien colectivo y en atención al disfrute del objeto (que se puede verificar, pero no necesariamente, de forma simultánea).

Esta dos características imprimen ciertas particularidades que, sin embargo, no afectan (y no pueden ni deben afectar) la configuración normativa del derecho subjetivo homogéneo con objeto un bien colectivo. En otras palabras, cualquier medida dirigida a la justiciabilidad de estos derechos subjetivos están referida al ejercicio del macro(meta)derecho subjetivo de acción y, sin duda alguna, es en este escenario en el que se debe desarrollar todo el debate relativo a la justiciabilidad de los DSHBC mediante el ejercicio de las acciones grupales<sup>107</sup>.

#### **14. CONCLUSIÓN EN LA FORMA DE UN PUENTE: RESTRINGIENDO EL OBJETO DE TRABAJO**

Hasta el momento he realizado un estudio de índole teórica dirigido a justificar un planteamiento concreto: en un escenario normativo legal los DC denotan (y no pueden ser otra “cosa” que) derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien colectivo. En estos términos, entonces, la titularidad de los derechos colectivos se predica siempre de sujetos individuales y no de la colectividad: no existe una justificación para afirmar que la colectividad es titular de derechos, de la misma forma que, por el contrario, siempre es posible afirmar que todas las situaciones de ventaja subjetivas corresponden, en el lenguaje del derecho, a posiciones normativas hohfeldianas y, entonces, a derechos subjetivos.

De otra parte he resaltado la importancia de una distinción fundamental, por cierto ya consolidada en el discurso doctrinal contemporáneo: cualquier previsión normativa dirigida a garantizar la tutela (la justiciabilidad) de un derecho subjetivo, sea o no un DSHBC, no se refiere a las posiciones normativas correspondientes al derecho subjetivo objeto de tutela sino, más bien, al ejercicio del macro(meta)derecho de acción dirigido a hacer de un derecho subjetivo de “papel” un derecho subjetivo tutelado.

---

<sup>107</sup> Como se verá profundamente en el capítulo segundo de esta parte del trabajo, la doctrina italiana sobre los IDC ha confundido continuamente esta distinción dirigiendo el debate sobre las acciones procesales grupales al contenido de la situación de ventaja objeto de tutela. Es decir, confundiendo aquello que no se debe confundir.



Por este motivo, cuando de un estudio sobre los mecanismos procesales dirigidos a la tutela de derechos subjetivos se trata, el análisis sobre dichos mecanismos *(i)* no toca directamente, aunque si toma en consideración, el contenido del derecho subjetivo objeto de (potencial o real) tutela ni su configuración conceptual y *(ii)* se trata de un estudio que se puede centrar fundamentalmente, dependiendo el enfoque, en, de una parte, la estructura procesal de dichos mecanismos y, de otra parte, y este será el enfoque principal de esta parte del trabajo, los caminos e itinerarios doctrinales que condujeron a la “elección” de determinados mecanismos procesales dirigidos a la previsión de una tutela efectiva de determinados derechos subjetivos: en el caso específico de este trabajo, una de las formas procesales para la tutela *grupale* de los derechos subjetivos homogéneos con, y sin, objeto un bien colectivo y, más en concreto, el instituto (y las mutaciones) del mecanismo procesal de la *class action* en el contexto amplio de la tutela de derechos subjetivos homogéneos.

De esta forma, asumiendo como correctos los resultados expuestos en este capítulo, se procede (como ya señalé al inicio) a su equivalente aplicación en el discurso objeto de este trabajo. De esta forma se puede afirmar que: *(i)* los así llamados intereses difusos y colectivos (IDC) son DSHBC; *(ii)* las supuestas distinciones conceptualmente hablando, si de la definición de la situación de ventaja se trata, carecen de fundamento y justificación cuando se pretende acreditar una supuesta distinción no verificable en el escenario normativo, es decir, una distinción, no en función de la justiciabilidad de derechos subjetivos, sino en función de una distinción relativa a la titularidad (y al contenido) de la situación de ventaja objeto de tutela; *(iii)* cualquier previsión normativa encaminada a proveer tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos homogéneos con (o sin) objeto un bien colectivo es referible sólo al efectivo ejercicio del (meta)derecho de acción.

*(i)* En el escenario más reducido del objeto de este trabajo, es decir, la «antesala» conceptual de la *azione di classe*, desde ahora se precisa que no es posible identificar en el ordenamiento jurídico situaciones jurídicas de ventaja que no sean derechos subjetivos, es decir, que no correspondan a una expectativa fundada sobre normas expresada en los términos hohfeldianos empleados a lo largo de este capítulo.

*(ii)* Como precisé al inicio de este capítulo, el empleo del término ‘interés’ para referir situaciones de ventaja relevantes para el ordenamiento conduce a equívocos

innecesarios tomando en cuenta que, de una parte, toda situación de ventaja relevante para el ordenamiento es un derecho subjetivo y, de otra parte, el término ‘interés’ hace referencia a la justificación de una situación subjetiva relevante para el ordenamiento jurídico y no a la situación subjetiva en el sistema normativo legal: se trata de dos contextos de análisis que deben ser (en cuanto lo son) claramente distinguidos. Ahora bien, es posible entonces afirmar, con base en el precedente análisis, que la titularidad de las situaciones subjetivas de ventaja identificadas por la doctrina como ‘IDC’, en cuanto derechos subjetivos homogéneos, sólo puede ser identificada en cabeza de cada uno de los titulares de sendos derechos subjetivos homogéneos y no, ciertamente, en cabeza de la colectividad puesto que la respectiva justificación del DS radica en la relevancia para el ordenamiento de un interés siempre individual.

(iii) Cosa bien diferente es la identificación, en el plano normativo, de una posible conveniencia (en términos de eficiencia) de la construcción de mecanismos procesales dirigidos a permitir el ejercicio del (meta)derecho de acción de forma *grupal* para efectos de hacer de los derechos subjetivos homogéneos con, o sin, objeto un bien colectivo, una situación subjetiva de ventaja *tutelada*. Es diferente, no sólo por las razones expuestas en relación con la distinción entre el (meta)derecho de acción y derecho subjetivo objeto de tutela, sino porque de esta forma, los así llamados ‘IDC’ se revelan entonces por lo que realmente son: el resultado de un ejercicio, por cierto confuso y ambiguo, de política del derecho dirigido a garantizar la tutela de derechos subjetivos homogéneos y no como sintagmas cuyo significado denotaría nuevas situaciones de ventaja diferentes del derecho subjetivo. En estos términos, la *class action*, las acciones de grupo, la acción popular, la acción inhibitoria, la acción colectiva resarcitoria, etc., se configuran como instrumentos normativos establecidos para garantizar el ejercicio del (meta)derecho de acción y, por esta vía, para tutelar posiciones subjetivas de expectativa fundada sobre normas, es decir, situaciones de ventaja individuales, es decir (siempre) derechos subjetivos.



**CAPÍTULO SEGUNDO**

**LA INJUSTIFICADA FRACTURA ENTRE LA TUTELA DE LOS LLAMADOS**

**INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS (IDC) Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS**

**SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS (DSH).**

**UN ANÁLISIS DEL *FORMANTE* DOCTRINA**

*L'«interesse collettivo» funziona come elemento primitivo di una costruzione dottrinale che tende a sovrapporsi alla disciplina legale e a piegarla a finalità perseguite dalla dottrina: perciò la ricerca di un impiego legislativo o (tanto più) di una definizione sarebbe una ricerca ingenua.*

GIOVANNI TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Comunità, Milano, 1972

**1-**. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS; **2-**. SOBRE LA DISTINCIÓN DOCTRINAL ENTRE LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS (IDC) Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS HOMOGÉNEOS (DSH); **3-**. LA “ELECCIÓN” DE LA DOCTRINA: DISTINGUIR AQUELLO QUE NO SE PUEDE DISTINGUIR Y CONFUNDIR AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR; **4-**. (*SIGUE*) LA “QUERIDA” DISTINCIÓN ENTRE LOS DSH Y LOS IDC: DISTINGUIENDO AQUELLO QUE NO SE PUEDE DISTINGUIR; **5-**. (*SIGUE*) LA “QUERIDA” NO-DISTINCIÓN ENTRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA TUTELADA Y EL EJERCICIO DEL (META)DERECHO DE ACCIÓN: CONFUNDIENDO AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR; **6-**. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DOCTRINA ITALIANA RELATIVA A LOS LLAMADOS ‘INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS’ (IDC); **7-**. (*SIGUE*) EL RENACIMIENTO DEL DEBATE SOBRE LOS IDC Y SU CONSOLIDACIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ITALIANA: LA AMBIGÜEDAD DE UN DISCURSO DOCTRINAL; **8-**. ALGUNAS EXCEPCIONES A LA TENDENCIA DOCTRINAL: DISTINGUIENDO AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR; **9-**. LA DOCTRINA SOBRE LOS IDC HOY: LA MATIZADA CONSOLIDACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA (INJUSTIFICADA) DISTINCIÓN ENTRE IDC Y LOS DSH O EL FANTASMA DE LA COLECTIVIDAD QUE RONDA; **10-**. (*SIGUE*) LA IRRELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERÉS DIFUSO E INTERÉS COLECTIVO; **11-**. CONCLUSIONES. EL CONCEPTO DE IDC, LA FRACTURA ENTRE LA TUTELA DE LOS DSHBC Y LA TUTELA DE LOS DSH CON OBJETO UN BIEN NO-COLECTIVO: HACIA LA ACCIÓN COLECTIVA RESARCITORIA ITALIANA

## 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Con base en el resultado del anterior capítulo, es decir, la imposibilidad de justificar la titularidad de situaciones de ventaja fundada sobre normas en cabeza de la colectividad y, más aún, la siempre titularidad de las situaciones de ventaja en cabeza de un sujeto individual, resulta ahora conveniente establecer el *cómo* y el *por qué* de una distinción a nivel doctrinal (pero conceptualmente equivocada) que permeó la cultura jurídica italiana, es decir, la distinción entre el derecho subjetivo y los interés difusos y colectivos (IDC).

En otras palabras, en este capítulo me ocuparé de presentar la “elección”<sup>1</sup> que la doctrina italiana tomó para proveer la tutela grupal de los derechos subjetivos homogéneos con, y sin, objeto el disfrute de un bien colectivo. En concreto, una elección caracterizada por una distinción de aquello que no se puede distinguir y por una confusión de aquello que necesariamente se debe distinguir. En concreto, y

---

<sup>1</sup> La doctrina siempre expresa una “elección” política en la construcción de su discurso. Sus discursos no son técnicos y neutrales, sino el resultado de «operazioni al servizio di qualche cosa e perciò [...] operazioni che esprimono, o sono espressione di ideologie», TARELLO G., *Inédito* (transcripción corregida por el autor de una intervención pronunciada en un seminario de la escuela analítica de filosofía del derecho en Camerino en 1971), en GUASTINI R., *Introduzione -a la segunda parte «Giovanni Tarello Giurista»-*, en *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, CASTIGNONE, S. (ed.), Il mulino, Bologna, 1989, p.120. Pues bien, esto es *hecho* y tratar de negarlo refleja a su vez una elección política por parte de los juristas: «[a]bbiamo dunque, abitudini linguistiche le quali suggeriscono che l'attività della scienza giuridica é un'attività tecnica e non politica (lasciando così supporre l'esistenza di un “diritto” passibile di accertamento piuttosto che risultato di scelte e operazioni politiche). Possiamo individuare istituzioni che presuppongono che [...] l'attività professionale dei giuristi e, in genere, di chi svolge un'attività legale, sia un'attività tecnica», TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 15-16. Ver sobre el punto, TARELLO G., *L'ideologia e lo spazio della teoria*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 2, 1987.

En el caso particular objeto de este trabajo, la inevitable “elección” doctrinal para la construcción de los IDC (pero, más aún, la elección política que se refleja en ciertas atribuciones de significados a la locución ‘IDC’ por parte de la doctrina y su progresiva consolidación en el lenguaje jurídico) puede ser estudiada desde dos puntos de vista. Puede ser descrita como un hecho y puede ser, desde un punto de vista normativo, analizada en relación con (y, como sugiero en este trabajo, criticada por) sus efectos al interior de la cultura jurídica. Pues bien, en este capítulo me ocuparé de ambos aspectos esperando distinguir claramente ambos planos y señalando, además, como una “elección” de política del derecho diferente habría podido generar efectos más adecuados al interior de la cultura jurídica italiana.

respectivamente, una distinción entre los IDC y los DSH y una confusión entre el ejercicio del (meta)derecho de acción y el derecho subjetivo objeto de tutela.

Respecto a la distinción innecesaria (e injustificada) entre situaciones de ventaja, es necesario precisar que la misma genera, a su vez, una jerarquización entre derechos subjetivos que opera, no como resultado de ejercicios interpretativos y de ponderación, sino simplemente como resultado de la sedimentación en la cultura jurídica de un lenguaje diferenciante. Una distinción doctrinal evidentemente no-descriptiva del ordenamiento jurídico. Una distinción que, *aparentando* una descripción, prescribe y ejercita una clara política del derecho que, sobre la falsa idea de la existencia de situaciones jurídicas de ventaja en cabeza de la colectividad<sup>2</sup> (precisamente los IDC), busca incentivar la prescripción en el ordenamiento jurídico procesal de las acciones grupales.

Y precisamente como consecuencia de la “elección” de política del derecho apenas enunciada se verifica la mencionada no-distinción entre el ejercicio del (meta)derecho de acción y el derecho subjetivo objeto de tutela. Así, una vez la doctrina esgrime una supuesta distinción entre situaciones de ventaja no distinguibles (al menos no) en los términos por ella propuestos, resalta la necesidad de nuevos instrumentos de tutela (sin duda necesarios), pero no como instrumentos procesales aptos para garantizar el ejercicio del (meta)derecho de acción para la tutela de derechos subjetivos, sino como si se tratara de acciones *ad hoc* construidas precisamente en razón de las propiedades que la doctrina considera caracterizan a los IDC, es decir, una (supuesta) titularidad no individual de los IDC.

Pues bien, es concretamente en este *salto* que aparentemente el (meta)derecho de acción pierde su autonomía conceptual y se genera, en la cultura jurídica, la representación (percepción) de las acciones procesales grupales como (si fueran) situaciones jurídicas de ventaja, de la misma manera que se comienza a diferenciar entre las acciones procesales grupales para la tutela de los IDC y las acciones grupales para la tutela de los derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien no-colectivo.

---

<sup>2</sup> Desde ya, y como se verá a lo largo del presente capítulo, es importante precisar que para la doctrina italiana la colectividad no siempre (casi nunca) es sinónimo de ente exponencial. Es decir, el significado del término ‘colectividad’ adscrito por la doctrina no es, necesariamente, el mismo significado adscrito por la doctrina al término ‘asociación’ o a la locución o sintagma ‘formación social intermedia’.

Bajo esta premisa, a lo largo del presente capítulo me ocuparé de resaltar, con base en un análisis prevalentemente del formante doctrina, el itinerario recorrido por la doctrina italiana para hacer efectiva la “elección” de política del derecho apenas enunciada, con particular atención al área de estudio del derecho civil, en cuanto es precisamente en ese contexto, y a partir de la década de los años setenta<sup>3</sup> del siglo pasado (con algunas manifestaciones previas)<sup>4</sup>, que tuvo inicio la recepción (mutación) del instituto procesal de la *class action* de la mano de la consolidación de las acciones procesales grupales para la tutela de derechos subjetivos homogéneos en la forma que la misma doctrina determinó a partir de su discurso doctrinal sobre los IDC.

## 2. SOBRE LA DISTINCIÓN DOCTRINAL ENTRE LA TUTELA DE LOS IDC Y LA TUTELA DE LOS DSH

Los así llamados IDC<sup>5</sup> estudiados principalmente en Italia ya desde inicios del siglo XX<sup>6</sup> y con frenesí desde la década de los años setentas del siglo pasado<sup>7</sup>, no pueden ser

---

<sup>3</sup> Sobre la cultura jurídica de los años setenta del siglo XX, además de las referencias citadas a lo largo del presente capítulo, remito a *Gli anni settanta del diritto privato*, NIVARRA L.,(ed.), Giuffrè, Milano, 2008 y con referencia al objeto del presente trabajo ver particularmente y en el mismo libro, sobre el consumidor, NICOLUSSI A., *I consumatori*, pp. 897-442, y sobre el derecho procesal GIUSSANI A., *La tutela dei diritti*, pp. 304-312.

<sup>4</sup> Por ejemplo el famoso y sin duda aún actual artículo: TARUFFO M., *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, en *Rivista di diritto processuale*, 1969, pp. 609-636.

<sup>5</sup> El objeto de este capítulo, bien reconociendo la amplitud del argumento y, entonces, remitiendo al lector a los específicos e innumerables trabajos relativos al tema, se restringirá al estudio general de las premisas definitorias de los IDC en cuanto guarden relación con la doctrina relativa a las acciones “colectivas” italianas. Es decir, no se trata de un recorrido exhaustivo (si bien profundo) sobre el proceso histórico de la doctrina y la legislación relativa a los así llamados IDC sino, más bien, de una extracción de los aspectos fundamentales que determinaron, precisamente, la fractura entre las dos formas de tutela.

<sup>6</sup> Con un discurso conectado principalmente con el derecho laboral en el periodo previo, durante y posterior al corporativismo ver BONAUDI E., *La tutela degli interessi collettivi*, Torino, 1911; ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1918 (2º edición, 1946); CARNELLUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile. I. Introduzione*, Padova, 1926, pp. 6 ss; ID., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928; CESARINI-SFORZA W., *Preliminari sul diritto collettivo*, en *Archivio di studi corporativi*, 1936; JAEGER N., *Contributo alla determinazione del concetto di rapporto collettivo*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1936.

<sup>7</sup> Ver, principalmente, numeral 7 y 8 de este capítulo. Al respecto VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 26, pie de página 10, señala que durante los años setenta del siglo

(al igual que los derechos subjetivos<sup>8</sup>) configurados como objetos atemporales (y tanto menos palpables) de la realidad fáctica del tráfico social<sup>9</sup>. Los IDC son, al máximo, el

XX se consolidan las “modernas” nociones de los IDC. Advierte que su trabajo se concentra en la «nozione moderna di interesse collettivo – quella, per intendersi, che si é affermata negli anni '70 [...]».

<sup>8</sup> En efecto, por ejemplo, y en términos generales, para el realismo escandinavo, afirma CASTIGNONE S., *La maquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, MORENO CRUZ P. (ed.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 108 «[e]l concepto de derecho subjetivo es, por decirlo así, la sombra de una cosa que no se logra aferrar, la proyección en nuestro universo lingüístico de una realidad que escapa ante cualquier tentativo de individualización. Pero, aún así, se trata de un *living concept*, existen unos hechos llamados operativos (un contrato o una promesa, por ejemplo) que crean efectos legales (derechos y deberes) con base en los cuales se presentan modificaciones en las situaciones concretas de los sujetos y en sus comportamientos (buena parte de la vida colectiva se desarrolla sobre la base de dichos efectos legales)». Así, el derecho subjetivo es un sintagma vacío: «Las palabras vacías, *hollow words*, son aquellas que no tienen referencia en la realidad concreta como, por ejemplo, el “derecho subjetivo”». El sintagma ‘*hollow Word*’ fue propuesto por Olivercrona en OLIVERCRONA K., *La struttura dell’ordinamento giuridico*, trad. it. PATTARO E., Milano, p. 274 afirmando que «[e]l lenguaje jurídico no es descriptivo, tiene una función directiva, es un lenguaje capaz de influenciar el comportamiento que sirve como instrumento para el control social. Sus palabras “vacías” son como carteles indicadores respecto de los cuales la gente fue educada para asociar ideas sobre sus propios comportamientos y sobre el comportamiento de los demás». En estos términos, para el realismo escandinavo (y comparto en su totalidad esta afirmación que, por cierto, ya es generalmente aceptada también en los discursos doctrinales posteriores a la consolidación de la llamada ‘rebelión contra el formalismo’ protagonizada sobre todo por los movimientos realistas del siglo XX) el derecho subjetivo no es un hecho, no es una cosa pero, aún así, surte efectos en la realidad jurídica. Así, se afirma respecto al realismo escandinavo, MORENO CRUZ P., *Presentación*, en CASTIGNONE S., *La maquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, cit., p. 18, que «[s]us grandes aportes e intuiciones en el estudio de los diversos conceptos y fenómenos jurídicos a partir de un enfoque *antiformalista* e interdisciplinario [...] reflejan la idea (al menos) desconcertante según la cual el derecho, en cierta medida, no sería más que la errada creencia de que el derecho existe, no sería más que un hecho de la imaginación, un fenómeno sico-social y, no por ello, capaz de menores efectos que un hecho de la realidad natural». Para un reciente y completo estudio sobre el realismo escandinavo ver la segunda edición de HIERRO L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Iustel, Madrid, 2009.

<sup>9</sup> En estos términos, como todas las palabras del lenguaje jurídico, la expresión ‘IDC’ es, al igual que el DS, una así llamada ‘*hollow Word*’.

Pues bien, en este capítulo me ocuparé de analizar el significado atribuido por la cultura jurídica italiana a dicha expresión para resaltar precisamente la “elección” ideológica que acompañó el proceso de consolidación de la idea de la colectividad como titular de situaciones jurídicas de ventaja. De este resultado emergerá como el significado atribuido a la expresión ‘IDC’ responde a una concreta “elección” de política del derecho dirigida a garantizar por medio de las acciones grupales la tutela de los DSH. Igualmente emergerá como conceptualmente no es viable hacer una diferencia relevante entre un IDC y un DS.



resultado normativo de un debate doctrinal y de sus correspondientes consecuencias en el plano legislativo y jurisprudencial, que resaltan objetivos de política del derecho a partir de la conciencia histórica respecto a la deficiente tutela de intereses, cuya potencial satisfacción tradicionalmente (y al máximo) había sido adscrita a la función positiva del estado<sup>10</sup>.

---

En estos términos ¿se podría afirmar que los IDC son una “mentira” como en su momento lo fue, para Bentham, el derecho natural calificado por él como «*simple nonsense*», «*rhetorical nonsense*» o «*nonsense upon stilts*» (BENTHAM, J., *Anarchical fallacies* en Bowring J. (ed.), *the works of Jeremy Bentham* (1843), reimpr. Russel Ressel, New York, 1962)? ¿Una “mentira” al igual que los derechos subjetivos?

Ahora bien. La respuesta a la duda por parte de RIPOLI M., *Carcere, risocializzazione, diritti*, FANLO CORTÉS I.; TASSO, M. (eds.), Giappichelli, Torino, 2006, sobre si los DC, al igual de cuanto sucedió afortunadamente con los derechos humanos, son una *mentira con las piernas largas* que llegara lejos (la autora usa y cita la expresión acuñada por DE FILIPPO E., *Le bugie con le gambe lunghe*, Einaudi, Torino, 1958, p. 49 y 66-67), en este trabajo, y a partir de las conclusiones del primer capítulo, considero que seguramente los DC (así como los IDC) son una mentira que ya llegó demasiado lejos pero no considero que sus consecuencias hayan sido favorables al interior de la cultura jurídica. En concreto, y con referencia expresa a los IDC, considero (como demostraré a lo largo de este capítulo) que la “elección” de adscribir ambiguamente titularidad de situaciones de ventaja a la colectividad generó en la cultura jurídica (no sólo italiana) una tendencia iliberal y contraproducente para la tutela de los DSH. Y, al contrario, considero que la “mentira” de los derechos subjetivos (en el significado adscrito en este trabajo), además de llegar lejos, tuvo (y tiene) consecuencias al interior de la cultura jurídica que cada vez resultan más favorables a la concepción liberal del derecho aquí defendida y justificada.

<sup>10</sup> Al menos esta era la posición de Mauro Cappelletti, quien, como se verá más adelante, en su (loable) afán por garantizar el acceso a la justicia de manera real y eficaz a todos los sectores sociales, radicaliza la distinción entre algunos derechos subjetivos (sociales y, los llamados IDC) y los tradicionales derechos subjetivos correspondientes (pero como ya se señaló, nunca de forma exclusiva) con posiciones normativas de libertad (esto en términos hohfeldianos) en los que la función del estado es excluida (si bien, esta afirmación no resulte muy adecuada tomando en cuenta que el cumplimiento de los deberes correspondientes a muchos derechos subjetivos genéricamente considerados de libertad, pero que analíticamente denotan una compleja combinación de diferentes posiciones hohfeldianas, implica, no sólo costos altos en términos económicos, sino también intervenciones estatales: ver, al respecto, HOLMES S., SUNSTEIN R., *The Cost of the Rights. Why Liberty depends on Taxes*, W. W. Norton & co., New York, 1999). Pues bien, Cappelletti, radicalizando este discurso y, de esta forma, distinguiendo (como ejercicio de política del derecho) ciertas situaciones jurídicas de ventaja de los derechos subjetivos, re-abre nuevamente la puerta argumentativa (en realidad ya abierta en Italia desde el viejo discurso corporativista de las primeras décadas del siglo XX), no sólo al discurso (procesal) de la tutela grupal de derechos subjetivos, sino a la distinción de carácter sustancial (que aquí se critica) en términos de titularidad de las situaciones de ventaja, entre en derecho subjetivo y los IDC (titularidad fuera del individuo). Sin embargo, se debe señalar que el objetivo de Cappelletti de distinguir entre situaciones de ventaja puede ser realmente

Así, el surgimiento de los IDC en el lenguaje del derecho puede ser explicado como el resultado de una “válida” (e históricamente explicable) “elección” de política del derecho dirigida a la construcción de un puente entre el impotente individuo soberano y el estado, este último, “legítimo y potencial” protector de derechos subjetivos insatisfechos; un puente que, sin embargo (aunque *debería ser* construido doctrinalmente sobre la base de garantías procesales -en el caso específico de este trabajo, las acciones procesales grupales- para asegurar el ejercicio del (meta)derecho de acción a los titulares de derechos subjetivos homogéneos) se construye sobre la base de una distinción (no justificable) entre (una concepción formalista de) el derecho subjetivo y los llamados por la doctrina, ahora también por la legislación, IDC.

En otras palabras, las diferentes nociones de IDC son la consecuencia de una re-nominación, mediante el (des)uso del lenguaje de los derechos, de ciertas expectativas no justiciables, no exigibles individualmente, sino preferiblemente por vía grupal. Sin embargo, para algunos, esta inexigibilidad individual no respondería a la inexistencia de instrumentos procesales aptos para convertir en justiciables expectativas individuales

---

conectada -si bien la doctrina (y el mismo Cappelletti en su momento) aún hoy no es clara al respecto- con políticas normativas encaminadas a la tutela del (meta)derecho de acción. Entre muchos ejemplos, ver CAPPELLETTI M., *Vindicating the Public Interest Through the Courts: a Comparativist's Contribution*, en *Buffalo Law Review*, 25, p. 689: «[t]his is not to say that individual rights no longer have a vital place in our societies; rather, it is to suggest that these rights are practically meaningless in today's setting unless accompanied by social rights necessary to make them effective and really accessible to all. Thus, a modern bill of rights, (essentially requiring non-interference by governmental authorities with the private sphere of the individual), but also the new social rights which essentially require active intervention by the state and other public entities [...]»; pero posteriormente afirma (p. 690) que «[...] even newer type of “property” has emerged, including those “rights without a holder” [se refiere a los IDC] that often share with social and welfare rights the need for affirmative state action, but present further difficulties in being brought to, and given adequate protection by, the courts». Ahora bien, es necesario precisar que este paralelo entre los derechos sociales y los IDC, una vez los primeros sirven como legitimadores de los segundos, en realidad no es radical en el autor: p. 650, pie de página 20: «*Rights without holder* should be distinguish, of course, from those rights which do belong to specific individuals [...] however, from out point of view the to categories of the *rights which are too small* and the *rights which have no holder* can considered together. They present similar problems insofar as their effective protection is concerned».

fundadas sobre normas pero no imponibles (es decir, derechos subjetivos de “papel”<sup>11</sup>) en un escenario procesal inapto para proveer tutela porque contruidos, primero, sobre la base de la tutela exclusiva de la “vencedora” categoría de derecho subjetivo (entendida doctrinalmente en un sentido tradicional y restrictivo) y, segundo, con base en la tajante distinción doctrinal e institucional entre derecho público y derecho privado propia en ese entonces y, en cierta medida, también ahora, de la así catalogada tradición del *civil law*<sup>12</sup>; pero ciertamente no ajena a la cultura jurídica estadounidense<sup>13</sup>.

La inexigibilidad respondería, en cambio (y aparentemente), al menos en Italia<sup>14</sup>, a la imposible titularidad en cabeza del individuo de la pretensión objeto de tutela: todos son

---

<sup>11</sup> Derecho de “papel” pero, de todas formas, derechos subjetivos, si bien desprovistos (o deficientemente provistos) de justiciabilidad. Sobre este punto, y el significado adscrito por Guasini R. al término ‘papel (carta)’, ver numeral 13 del capítulo primero.

<sup>12</sup> Ver, al menos en relación con el objeto de este trabajo, la partición en modelos del proceso civil formulada por DAMASKA, M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il mulino, Bologna, 1991 (versión italiana de *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven, 1986). Igualmente en el tema del proceso civil y con una visión crítica y ciertamente ya consolidada sobre las diferencias entre el modelo del *civil law* y el modelo del *common law* ver, TARUFFO M., *Il proceso civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, en *Foro Italiano*, V., pp. 345-360. Con particular referencia al llamado ‘adversarial legalism’ y para una comparación entre el ordenamiento estadounidense y los ordenamientos foráneos ver KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard university Press, 2001 (trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, TARUFFO M. (trad. ed.), Il Mulino, Bologna, 2009).

<sup>13</sup> En efecto, en el escenario jurídico estadounidense, no obstante las grandes diferencias a raíz de la organización del organigrama estatal, la forma de selección de los funcionarios y la fijación de funciones y de controles, todo lejano en gran medida de la organización burocrática propia de Europa continental, lo cierto es que a raíz de la (falsa) dicotomía entre público y privado (sin duda, aunque de forma menos radical, también) allí consolidada, se verifica en el discurso doctrinal, mediante el empleo de la locución ‘*public interest*’ o ‘*general interest*’, y su pretendida carga diferenciante, un fenómeno similar al que se verifica, en razón del empleo de la locución ‘IDC’, en el escenario italiano: por ejemplo en el discurso justificativo del llamado ‘*Private Attorney General*’ (PAG) y, también (aunque con fuerza, por ahora, sólo a nivel doctrinal) en los discursos justificativos sobre la CA. Con una perspectiva crítica ver aquí capítulo 3, principalmente numeral 3 y 5, y capítulo 4.

<sup>14</sup> En este sentido, y como ejemplo incluso radical, en cuanto crítico (con una visión colectivista) incluso de los autores que defendían la distinción aquí criticada entre IDC y DS ver GRASSO E., *Gli interessi della collettività e l’azione collettiva*, en *Rivista di Diritto processuale*, 1983, pp. 25 ss., quien afirma que incluso reconocer la titularidad de los IDC en cabeza del ente exponencial era contraproducente: «In tal modo, si determina una confusione concettuale fra due entità diverse: fra l’interesse del gruppo (al perseguimento dello scopo sociale e all’attività necessaria) che é una

titulares de los IDC pero al mismo tiempo ninguno lo es y, entonces, ninguno en particular estaría legitimado para exigir su satisfacción.

La diferencia no es banal. En efecto, primero reconocer y después tratar de solucionar la no-justiciabilidad de situaciones jurídicas individuales fundada sobre normas es, en cierta medida, una de las funciones de la doctrina<sup>15</sup> y, sin duda alguna, una tarea imprescindible del legislador sobre todo en los países que se construyen sobre

---

situazione soggettiva protetta, e l'interesse della collettività al godimento di un bene [...] La confusione, alimentata dall'idea ricorrente di un ente "esponenziale", quale porzione organizzata della collettività, è effetto della mancata percezione di due distinte entità giuridicamente apprezzabili, e ha avuto conseguenze decisive nello studio degli interessi collettivi» (p. 37). Este enfoque del autor es totalmente contrario a cuanto aquí quiero defender. En efecto, si bien habla de confusiones conceptuales, lo hace precisamente en el sentido opuesto: afirma que es necesario hacer una distinción «tra la situazione soggettiva del gruppo e l'interesse della collettività» (p. 40) y, en estos términos, y llevando el discurso al extremo, plantea una distinción radical entre los intereses de la colectividad y los intereses individuales (sea del sujeto individual, sea del grupo que se organiza para tal fin) y, en estos términos, los IDC serían siempre «*diritti senza soggetto*» y, por tal motivo, de ellos no se podría predicar una titularidad en los términos jurídicos tradicionales y, entonces, su tutela debe ser ejercitada por «cualquier persona», es decir, por un «no sujeto» (p. 45). Bajo esta línea argumentativa el autor afirma la existencia en un sistema normativo legal de situaciones de ventaja tutelables que, por ningún motivo, pueden ser reducibles a la titularidad (y tutela) individual y, en este sentido, defiende la idea contraria de cuanto aquí quiero afirmar. Ahora bien, es necesario notar que no todos los trabajos toman esta línea argumentativa radical sino, como se verá, navegan en una ambigüedad definitoria que, sin embargo, y precisamente a raíz de dicha ambigüedad, surtió efectos importantes (y creo no muy convenientes) en la cultura jurídica italiana, consolidando así la idea de una colectividad como sujeto etéreo, potencial titular de situaciones de ventaja.

<sup>15</sup> Sobre el *actuar* de la doctrina, los estudios teórico-generales (de matriz analítica) han establecido que, en términos generales, se divide en tres actividades (fases): una actividad cognoscitiva (descriptiva), una actividad interpretativa (implícitamente prescriptiva) y una actividad eventualmente modificativa (abiertamente prescriptiva), -subdivididas a su vez en al menos once actividades (Ver RATTI G., *Sistema Giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 219)-. No es este el escenario para profundizar sobre el argumento y el debate teórico (ver, para más referencias, ALCHURRON C.E., BULYGIN E., *Normative system*, Springer, Wien, 1971; BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 2ª edición, Giappichelli, Torino, 2005, pp.81-86; MAZZARESSSE T., '*Proposizione normativa*'. *Interrogativi epistemologici e semantici*, en *Analisi e diritto*, 1991, Giappichelli, Torino, 1991; TARELLO G., *Linguaggio prescrittivo nei discorsi dei giuristi*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, pp. 429-435). En cambio, desde un punto valorativo, lo cierto es que, bajo el manto de las actividades descritas, la función de la doctrina puede ser reconducida (y seguramente pocos podrán objetarlo) a una función prescriptiva -que el jurista ejerce, sea por medio de nuevas interpretaciones de los enunciados normativos, sea por medio de la sugerencia de una modificación (reforma) del derecho vigente- que invoque la consolidación de instrumentos y remedios procesales que garanticen la justiciabilidad de derechos subjetivos previstos por el ordenamiento pero desprovistos (o deficientemente provistos) de tutela.

la base de un poder jerarquizado dirigido a solucionar, cuando de la jurisdicción se habla, conflictos de interés<sup>16</sup>.

Sin embargo, invocar la inadecuación de las estructuras procesales para la satisfacción de las expectativas individuales (que en otros escenarios procesales, más allá de su conveniencia ético-normativa, podrían ser solucionadas al interior del proceso y mediante el reconocimiento de un poder flexible a los jueces<sup>17</sup>), no es lo mismo que re-nominar legislativamente “viejas” expectativas como “nuevas” situaciones de ventaja y, a partir de ellas, proponer la correspondiente estructura procesal para garantizar su tutela<sup>18</sup>.

Pues bien, la absorción por una parte de la doctrina (y, en general, de la cultura jurídica) italiana de la segunda opción ha tenido consecuencias en el plano normativo y, en cuanto respecta al objeto de este capítulo, ha generado la fractura entre los mecanismos de tutela de los IDC y los mecanismos de tutela de los DSH, es decir, y en términos actuales, una fractura entre la tutela de las expectativas delegada a organizaciones colectivas seleccionadas “escrupulosamente” por el estado<sup>19</sup> y la tutela

---

<sup>16</sup> El llamado a DAMASKA, M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, cit. es inevitable y, precisamente, al menos en su descripción teórica, la subsunción del ordenamiento continental en la categoría (o modelo ideal) jerarquizado para la resolución de conflictos ha visto siempre con dificultad la delegación de la satisfacción de la función legislativa a instituciones estatales que no tenga esta función. En estos términos, sobre todo en Italia, el legislador siempre ha sido llamado a solucionar determinadas lagunas procesales que, por el contrario, en los escenarios adscribibles (si bien parcialmente) a la categoría paritaria de aplicación de las elecciones estatales puede ser delegadas no sólo al juez, sino, incluso, a la sociedad civil. p. 348 ss., y pp. 394-295.

<sup>17</sup> Aquí el llamado es sobre todo a la organización paritaria del poder (procesal) con una función del proceso dirigida al logro de políticas del derecho específicas. *Ibidem*, princ. pp. 370 ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 303 ss. Nuevamente se confirma como el proceso civil en el escenario italiano no se presenta, en principio, como una fuente de derechos sustanciales en cuanto se requiere una justificación legislativa que, apoyando el monopolio de las políticas del *welfare state*, reconozca *a priori* situaciones sustanciales de ventaja a nivel general y dentro de los esquemas jerarquizados de la organización del poder del estado.

<sup>19</sup> Ver, por ejemplo, y siguiendo lo dispuesto por el art. 3 de la directiva 98/27 CE, el artículo 137 del código del consumo italiano relativo al elenco de las asociaciones de los consumidores y de los usuarios representativas a nivel nacional y el artículo 140 del mismo código en relación con la acción inhibitoria para la tutela de los llamados ‘intereses colectivos de los consumidores’. Está de acuerdo con este control previo, p.e., CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all’esame del Parlamento*, en *Le azioni collettive in Italia*, BELLI C. (ed.), p. 31-32.

de derechos individuales homogéneos adscrita por tradición al individuo titular del derecho subjetivo<sup>20</sup>.

En estos términos, en Italia, a diferencia de cuanto se verifica (al menos en principio y seguramente con menor intensidad<sup>21</sup>) en el análisis de la *class action* (CA) estadounidense<sup>22</sup>, el estudio de las formas de tutela grupal de los DSH, sólo puede comenzar a partir de la conciencia sobre los efectos (diferenciadores) de la permeabilidad en la cultura jurídica a las nociones de IDC en la forma concebida al interior de la doctrina italiana.

En efecto, es necesaria resaltar como la doctrina sobre los IDC (y su consecuente configuración normativa), genera, al nivel de la cultura jurídica italiana, la “creencia” en la ambigua “existencia” de una excluyente (aunque más amplia) titularidad que adscribe a la colectividad<sup>23</sup> -entendida como una masa ambigua y cambiante, pero estática en su

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, y como objeto central de este trabajo, ver el artículo 140*bis* del código de consumo italiano referido a la *azione di classe*.

<sup>21</sup> En la cultura jurídica estadounidense no es posible identificar un fenómeno idéntico (pero sí similar o, en cierta medida, homólogo) al aquí descrito sobre los efectos de la locución ‘IDC’. Ahora bien, no obstante la tendencia en la cultura jurídica estadounidense a construir toda la estructura normativa sobre la base de un enfoque individualista alimentado fuertemente por las interpretaciones del art. III de la constitución y por la consolidada ideología que alimenta el así llamado (por KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law, cit.*) ‘adversarial legalism’, en dicho escenario igualmente se verifica, a raíz del empleo de la locución ‘interés general’ o ‘public interest’, y a raíz del alcance, por decirlo así, supra-individual dado al *enforcement* de las normas derechos y a la *deterrence*, un efecto (como resultado de específicas elecciones ético-normativas) diferenciante entre acciones procesales grupales, al menos a nivel doctrinal, particularmente (no ha raíz de la conciencia sobre la necesaria distinción en atención al bien objeto de los siempre DS, sino) a raíz de los discursos justificativos sobre (la legitimación para actuar) del así llamado ‘*Private Attorney General*’ (PAG) como (supuesto) defensor, precisamente, del llamado ‘interés general’ que denotaría situaciones de ventaja diferentes al DS (ver capítulo tercero). En esta medida, y como en efecto sucede en este trabajo (capítulo tercero), resulta igualmente necesario para el estudio de la CA profundizar sobre el empleo de la locución ‘PAG’ y sobre sus efectos (y el alcance de los mismos) en el discurso justificativo de la CA, en particular, sobre la relevancia del llamado por la doctrina ‘*Entity Model*’ “patrocinado” principalmente por SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, en *Notre Dame Law Review*, 73, 1997-1998, pp. 913-961; ISSACHAROFF S., *Preclusion, Due Process, and The Right to Opt Out of Class Actions*, en *Notre Dame Law Review*, 77, 2001-2002, pp. 1057-1082. Al respecto ver capítulo cuarto, principalmente pies de página número 88 y 92.

<sup>22</sup> Sobre el particular ver la segunda parte de este trabajo.

<sup>23</sup> El uso del término ‘creencia’ para referir el comportamiento psicológico-social al interior de una cultura jurídica como elemento definitorio del derecho se conecta con los postulados teóricos del realismo escandinavo. Al respecto ver, para todos, CASTIGNONE S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi*

supuesta y abstracta configuración ontológica- la titularidad de ciertas expectativas fundadas sobre normas (realmente derechos subjetivos); una titularidad diluida en la zona gris construida a raíz de la ya mencionada distinción entre derecho público y derecho privado.

Esta exclusiva titularidad, en cabeza de una sociedad vestida de individuo y, entonces, como una titularidad entendida como la “necesaria” reivindicación de la que en ese momento legislativo se considera como síntesis colectiva del querer social<sup>24</sup>, ha sido entendida, no como un grado fiscalizador políticamente favorable para alcanzar, mediante la judicialización de ciertas expectativas (o, mejor, como ya ha sido precisado, derechos subjetivos) reconocidas (expresa o tácitamente) por el ordenamiento, sino como la consecuencia inevitable de una declaración (con tendencias jusnaturalistas

---

*sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995 y, en relación con la aplicación de la teoría realista al derecho subjetivo, ver particularmente pp. 117 ss.

Ahora bien. El uso del término ‘creencia’ en este trabajo se entiende de una manera diferente. Es un término que en este trabajo denota *una creencia al interior de la creencia* ya denunciada por los realistas escandinavos. En otras palabras, el derecho, desde un punto de vista descriptivo según la escuela realista escandinava, «es real no porque exista en los hechos como realidad distinta, sino porque existe en las creencias como realidad distinta», (*Presentación* en CASTIGNONE S., *La máquina del derecho*, cit., p. 12) es decir, que «[u]na definición del derecho debe ser una definición real, que pone en el *definiens* una creencia que da lugar al sentimiento de obligatoriedad y permite aquellas técnicas de convivencia y de decisión en las que consiste la realidad del derecho» (TARELLO G., *Voce. Realismo giuridico*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, p. 9). Pues bien, en este trabajo, aceptando como cierta el análisis de los escandinavos, cuando empleo el término ‘creencia’ me refiero a una creencia de la cultura jurídica generada como consecuencia de ejercicios ideológicos al interior de la cultura jurídica que no encuentra justificación conceptual dentro del ordenamiento jurídico (cuyo funcionamiento, a su vez, se debe a la creencia de que “el derecho existe”). En otras palabras, “si el rey está desnudo” (como probaron los escandinavos), con la “creencia” en la consistencia conceptual y supuestamente diferenciante de los IDC, el “rey desnudo está desnudo”. Esta última metáfora es muy explicativa en cuanto la creencia en los IDC (así como en los DC) se revela, como explico en este trabajo, inútil o, al máximo, contraproducente dado que con los DS (desnudos en su carga psicológico-social por los escandinavos) son suficientes para el funcionamiento de la máquina del derecho.

<sup>24</sup> Síntesis construida sobre la base de una idea de interés unitario que, entonces, al tiempo que anula al individuo, anula el conflicto presente entre los realmente titulares de cada uno de los derechos subjetivos homogéneos. Ver VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 41 y, entre otros, NIGRO M., *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, en *Foro Italiano*, V, 1987, p. 7.

equivalentes a las demás declaraciones de derechos) de realidades sustanciales (pre)existentes en cabeza de un nuevo titular llamado colectividad<sup>25</sup>.

Alrededor de la “creencia” mencionada, al parecer se configuraría todo un aparato normativo que gira en torno a la necesidad de satisfacer la tutela de determinadas y “nuevas” situaciones de ventaja a favor de amplios grupos de interés, vistos como una unidad en su totalidad pero con sus elementos cambiantes: cambiantes cualitativamente, es decir, en cuanto a la situación de la esfera de derechos de sus elementos (titulares en sentido propio, o titulares sólo potenciales) y cambiantes cuantitativamente, es decir, en cuanto al número siempre variable de sus elementos en proporciones idénticas al aumento de la población titular de esa situación jurídica (abstracta) de ventaja que se pretende tutelar.

Sin embargo, esta variabilidad cualitativa y cuantitativa de los elementos que conforman el grupo titular de los IDC, al parecer pierde relevancia al momento de la definición normativa de estos últimos. Es decir, al momento de la justificación de su titularidad en cabeza de una entidad colectiva, sea definida o sea ambigua<sup>26</sup>, la definición normativa de los IDC ignora la variabilidad de los elementos que conforman el grupo colectivo, precisando sí (y, al máximo) la abstracta titularidad de la situación de ventaja a cada sujeto como elemento de la entidad titular pero, al mismo tiempo, negando, o afirmando con ambigüedad, la titularidad concreta en cabeza de dicho sujeto (elemento) de la colectividad y atribuyendo la titularidad a esta última en su nuevo disfraz de garante supra-individual de los intereses sociales más relevantes, ahogando,

---

<sup>25</sup> Basta referir la terminología empleada por el art. 2 del código del consumo italiano que indistintamente (con la ambigüedad que ha caracterizado siempre el discurso sobre los IDC), prescribe los «derechos fundamentales de los consumidores» que la misma doctrina con base en la normativa del código y con base en la directiva 98/27 EU considera que refieren tanto derechos subjetivos de los consumidores como los así llamados ‘interés colectivos’ de los consumidores. Sobre el particular me referiré en el numeral 9 y 10 de este capítulo.

<sup>26</sup> Que sea este el momento para señalar que, sobre todo en el escenario jurídico italiano, la distinción entre interés difuso e interés colectivo no tiene fundamento conceptual, al menos en los términos propuestos por la doctrina. En efecto, se trata sólo de una distinción en relación con la organización del grupo (como opción para garantizar la tutela de cada uno de los DSH en cuestión) y no en una distinción conceptual entre IDC y DSH, en cuanto contingente en relación con la definición de DSH. Ver numeral 10 de este capítulo.



de esta forma, además, el innegable conflicto entre los miembros de dicha colectividad<sup>27</sup>.

Con este esquema, donde el sujeto individual se diluye inmediatamente después de haber servido como justificación para la construcción de la categoría en examen, se abre la puerta a una consecuencia sobre el plano normativo que cobra importancia al momento del ejercicio reivindicatorio de los, ahora, intereses vulnerados con su nuevo vestido de IDC.

En efecto, la configuración doctrinal de esta titularidad (y exigibilidad) colectiva consolida la “creencia” mencionada, ampliando, sí, la esfera patrimonial del sujeto (como elemento constitutivo del grupo de interés titular de la situación jurídica de ventaja), pero radicando en la cultura jurídica (italiana, y no sólo) la convicción de la titularidad de situaciones de ventaja externa o, al máximo, que se interceptan ocasional y accidentalmente, con sus derechos individuales<sup>28</sup>.

En otras palabras, la “creencia” tiende a “desplazar” los derechos individuales con categorías de situaciones de ventaja adscritas a entidades etéreas y, entonces, ambiguas y fácilmente moldeables. Y, así, en este contexto, instrumentos procesales establecidos para garantizar ingeniosamente expectativas individuales -que potencial y/o efectivamente se pueden predicar indistintamente, pero de forma individual, de un grupo amplio e incluso indeterminado de sujetos<sup>29</sup>- se perciben, en cambio, como

---

<sup>27</sup> En relación con los conflictos entre los derechos subjetivos individuales de carácter homogéneo, además de la literatura ya citada en este y en el capítulo primero, resulta interesante, si bien no emplea precisamente los términos con el mismo significado aquí atribuido a los IC y al DS, el trabajo de RODOTÀ S., *Le azioni civilistiche*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp. 81-102.

<sup>28</sup> La frase «i soggetti interessati sembrano funzionare soltanto come antenne rilevatrici del bisogno stesso» es muy dicente a este respecto. NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., p. 9.

<sup>29</sup> Resulta interesante desde un punto de vista normativo la crítica formulada por LANFRANCHINI V., *Le animulae vagulae blandulae e l'altra faccia della luna en la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, LANFRANCHINI, V. (ed.), Giappichelli, Torino, 2003, pp. XXIX a la idea según la cual la inconmensurabilidad del grupo implicaría su indeterminación. En efecto, criticando la posición de BIANCA M., *Note sugli interessi diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi*, cit., pp. 67-78, señala que un grupo de personas con composición indeterminada «é pur sempre in realtà composto da persone ben determinate e tutte in primo luogo individualmente bisognose della tutela giurisdizionale necessariamente correlata al dato, presupposto, della meritevolezza giuridica riconosciuta ai loro simili e uguali “interessi”». En la doctrina italiana, en

consecuencia de la declaración de nuevas situaciones de ventaja con características supra-individuales y, entonces, con una titularidad diluida y no accionables por los sujetos, de quienes se predica, sin embargo, y sólo eventualmente, una “extraña” titularidad de la situación jurídica en cuanto instrumentos ocasionales (si bien justificativos) de la colectividad.

En estos términos, como ya se percibe a este punto, en este aparte se llevará a cabo un análisis de la doctrina relativa a los IDC, pero restringida sólo a resaltar como, sobre todo durante la década de los años setentas del siglo XX, de una estrategia procesal dirigida a garantizar tutela a determinadas situaciones jurídicas individuales de ventaja, se pasó a una re-nominación de las mismas en la forma de IDC. En otras palabras, y a raíz de la “elección” doctrinal ya mencionada, el debate sobre las acciones *grupales* deja de ser una discusión normativa sobre la idoneidad de ciertos mecanismos procesales de tutela grupal (es decir, una discusión en el ámbito del proceso), para configurarse, en cambio, en un debate relativo al ámbito de las situaciones de ventaja “dignas” de tutela.

### **3. LA “ELECCIÓN” DE LA DOCTRINA: DISTINGUIR AQUELLO QUE NO SE PUEDE DISTINGUIR Y CONFUNDIR AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR**

En la actualidad es posible encontrar innumerables ejemplos doctrinales que en el campo de los DSHBC no distinguen dos aspectos fundamentales en lo relativo a la tutela *grupal* de estas situaciones de ventaja, es decir, no distinguen en sus discursos entre (a) la situación de ventaja y (b) el procedimiento para garantizar la tutela de dicha situación de ventaja (es decir, la garantía del (meta)derecho de acción). Se da por descontando que (a) supone (b); o que (b) supone (a); o que (a) es igual a (b).

Esta confusión que, como ya precisé, carece de fundamento teórico<sup>30</sup>, consiste en una falta de distinción entre el plano del ejercicio del (meta)derecho de acción y el plano definitorio del contenido de los derechos subjetivos objeto de tutela<sup>31</sup>.

---

cambio, esta inconmensurabilidad es precisamente el ingrediente que justificaría el desplazamiento (siempre ambiguo) de la titularidad de los llamados IDC hacia la colectividad.

<sup>30</sup> Ver numeral 13 del capítulo primero

<sup>31</sup> En este sentido, la confusión que señalo en este punto no es la misma confusión que en su momento señaló DENTI V., *Interessi diffusi e controllo della legittimazione*, en *Regioni*, 1983 cuando, para justificar la legitimación para actuar de las asociaciones, presentaba como argumento el hecho

---

de que la formación social (ente exponencial) era titularidad de la situación de ventaja objeto de tutela (más en concreto, cuando señalaba que un juez no puede reconocer la titularidad de la situación de ventaja y después negarla por razones de inadecuada representación). En efecto, si bien es cierto cuanto afirma (al menos en relación con la realidad del sistema normativo legal actual), el autor deja a un lado el problema aquí criticado, es decir, la injustificada titularidad de situaciones de ventaja en los entes exponenciales. Así, el A. señala que cuando se niega la legitimación para actuar judicialmente a un ente exponencial -al que ya se le ha reconocido la titularidad de la situación de ventaja- en razón de argumentos relacionados con la no-idoneidad del mismo ente como representante adecuado del interés objeto de tutela, se «confonde la legittimazione ad agire con la titolarità del diritto» en cuanto «[u]na volta ammesso che la formazione sociale possa costituire l'ente esponenziale di interessi diffusi, quando si faccia portatrice di un interesse che assurge ad interesse legittimo per il suo collegamento con il bene tutelato, l'affermazione della titolarità di questo interesse é condizione necessaria e sufficiente perché sussista la legittimazione ad agire» (p. 543). En cambio, precisamente la confusión a la que yo hago referencia es que en la doctrina no se diferencia la situación de ventaja (su titularidad siempre individual) del ejercicio del (meta)derecho de acción. En estos términos afirmo que (i) el ente exponencial no es el titular de las situaciones de ventaja (siempre individuales) objeto de tutela, aún cuando así se prescriba normativamente (por la jurisprudencia o por el legislador), pero (ii) nada impide que su tutela sea ejercida por un ente diferente al titular del derecho. De esta forma, la titularidad de la situación de ventaja, si se distingue aquello que se debe distinguir, no es requisito necesario (aunque sí suficiente) para su justiciabilidad y, de otra parte, el ente exponencial no es titular de la situación de ventaja aún cuando (si normativamente es previsto) puede ejercer el derecho de acción en “representación” de, o de los, titulares de sendos DSH. En estos términos, la crítica de Denti podría ser formulada no en razón de que el ejercicio del derecho de acción es consecuencia de la titularidad del derecho sino, más bien, en el sentido que no es necesario ser titular de la situación de ventaja para poder ejercer el (meta)derecho de acción. Claro, una opción de este tipo, además de contradecir la “elección” que la doctrina ya estaba consolidando, habría impedido la crítica por él formulada en su escrito.

De otro lado, y en relación con un debate teórico aún activo, tampoco hago referencia a la supuesta confusión entre derecho y deber en los términos propuestos por Ferrajoli. Es decir, la idea que pueda presentarse un derecho subjetivo sin que se presente necesariamente (por correlatividad lógica) el deber correspondiente (que eventualmente no se presentaría según el A. en el escenario normativo como consecuencia de antinomias y lagunas normativas) es igualmente una distinción de aquello que precisamente no se puede distinguir. En efecto, y por el contrario, como ya precisé en el primer capítulo, considero que todo enunciado normativo sobre derechos puede ser expresado siempre en términos del correlativo deber y que ambos enunciados expresan el mismo significado.

Cosa muy diferente, y es precisamente cuanto aquí interesa, es ignorar (y confundir) la distinción entre el derecho subjetivo (o, el deber correlativo) y el ejercicio del (meta)derecho de acción, cuyo ejercicio es funcional para la justiciabilidad del derecho subjetivo respectivo (ver numeral 13 capítulo primero). En estos términos, y si se quiere seguir el lenguaje de Ferrajoli, la confusión que aquí denuncio no sería entre el derecho, de un lado, y sus garantías primarias, del otro, sino entre el derecho (que siempre puede ser expresado lógicamente en los términos de sus garantías primarias, tácita o expresamente presentes necesariamente –y como consecuencia lógica inevitable- en el ordenamiento jurídico) y las garantías secundarias. Distinción que la doctrina sobre los IDC no hizo y, entonces, generó la confusión que aquí denuncio.

Pues bien, a partir de la doctrina sobre los IDC, se evidencia como esta confusión difícilmente podría ser evitada. En efecto, en el escenario del así llamado *civil law*, particularmente en el escenario jurídico italiano, y con mayor énfasis a partir de la década de los años setenta del siglo XX, el estudio de las acciones procesales grupales tendencialmente ha sido conectado con la situación de ventaja objeto de tutela y, más aún, es sólo a partir de la propuesta “re-definitoria” de ciertos derechos subjetivos homogéneos (y, en general, de ciertos intereses eventualmente relevantes para el ordenamiento jurídico), re-nominados bajo el manto del sintagma ‘IDC’, que se generó y desarrollo el debate sobre las acciones grupales.

Por este motivo, es necesario establecer desde ya, y con claridad, que las acciones procesales grupales no definen la situación de ventaja tutelada. El ejercicio de dichas acciones corresponde, más bien, a su idoneidad frente a otras (no grupales) para garantizar la tutela de ciertas situaciones jurídicas individuales de ventaja fundadas sobre normas (es decir, derechos subjetivos) que presentan características de homogeneidad. En otras palabras, la tutela de estas situaciones de ventaja sólo puede ser entendidas como el ejercicio de mecanismos normativos procesales que se consideran idóneos para un ejercicio efectivo (de cuanto se considera en ese momento histórico determinado sea el contenido) del (meta)derecho subjetivo de acción. Así, la tutela grupal de derechos subjetivos no implica una distinción o una graduación jerarquizada entre las diferentes situaciones de ventaja tutelables por dicha vía, sino simplemente un (posible) camino para garantizar, por vía judicial y de manera efectiva, el cumplimiento de los deberes correlativos a los derechos subjetivos homogéneos insatisfechos (es decir, derechos subjetivos respecto de los cuales se ha verificado el incumplimiento de los respectivos deberes correlativos).

Igualmente es necesario establecer desde ahora que, si se considera (como es cierto) que todos los derechos subjetivos tutelables por vía de las acciones grupales son derechos subjetivos homogéneos con, y sin, objeto un bien colectivo y, entonces, resulta claro que la titularidad de dichos derechos es siempre individual, cobra importancia el (real) tema central del debate relativo a las acciones grupales, es decir, la garantía de una serie de principios (derechos) procesales de rango constitucional y supranacional conectados todos con el ejercicio del (meta)derecho de acción y circunscritos, en el caso

específico y en términos amplios, a la representación del sujeto titular del derecho subjetivo homogéneo en cuestión.

En otras palabras, el debate relativo a las acciones grupales se centra (no obstante, como se verá más adelante, la doctrina tiende a re-direccionar el debate a otro escenario relativo, más bien, a las situaciones de ventaja tuteladas) en el ejercicio de uno, o varios, derechos subjetivos diferentes del derecho subjetivo homogéneo objeto de tutela.

Y, en efecto, es la *efectiva* garantía del ejercicio del (meta)derecho de acción lo que, en último análisis, ocupa también a la doctrina italiana sobre el tema de la tutela de los DSH. Sin embargo, como se verá a lo largo del capítulo, el camino “elegido” para lograr esta garantía, además de tortuoso, no resulta ser el más adecuado.

#### **4. (SIGUE) LA “QUERIDA” DISTINCIÓN ENTRE LOS DSH Y LOS IDC: DISTINGUIENDO AQUELLO QUE NO SE PUEDE DISTINGUIR**

Como acabo de precisar, pero en términos más concretos, la preocupación de la doctrina se concentraba en lograr justificar la tutela grupal de ciertos DSH superando la aparente imposibilidad de legitimar el ejercicio del (meta)derecho de acción a los sujetos titulares del los DSH por fuera de los esquemas tradicionales del proceso<sup>32</sup>.

En efecto (bajo tradicionales interpretaciones de los enunciados normativos sobre los principios procesales, no sólo de rango constitucional) la legitimación podría ser bloqueada esgrimiendo una supuesta violación de micro y macro derechos subjetivos relativos (en cuanto micro-derechos) al macro(meta)derecho de acción, todo como consecuencia de una evidente difidencia hacia la elección normativa de autorizar la “representación” de los titulares en el proceso por parte de otro sujeto titular (miembro del grupo), o no titular (una asociación), del derecho subjetivo homogéneo<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> En concreto, el problema de la representación adecuada de los sujetos titulares de sendos DSH y la garantía de su *day in court*. Ver ampliamente el capítulo tercero y cuarto.

<sup>33</sup> Sobre este particular, pero en relación con el escenario estadounidense, me ocuparé en el tercer y cuarto capítulo. En relación con Italia ver RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della «class action» ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, en *Giurisprudenza italiana*, nov. 2000, p. 2228; CARRATTA A., *Effetti del giudicato e tutela collettiva*, en *Le azioni collettive in Italia*, BELLI C. (ed.), Giuffrè, Milano, 2007 en cuanto considera que las acciones grupales para la tutela de los DSH con objeto un bien no-colectivo contrarían el art. 101 de la constitución italiana, pp. 115 ss.

Se trataba (y en cierta medida se trata), por cierto, de una preocupación que refleja, sumado a la confusión tantas veces enunciada, un enfoque con evidentes tintes formalistas<sup>34</sup>: formalista porque, al considerar como intangibles ciertas interpretaciones de enunciados normativos sobre derechos<sup>35</sup> (en particular, principios procesales) augurando su perpetuidad atemporal, se miraba (y, al parecer, se mira) con difidencia cualquier elección normativa dirigida a garantizar, bajo otras premisas interpretativas, el ejercicio del (meta)derecho de acción.

Ante esta preocupación (pero frente a la necesaria implementación de de las acciones procesales grupales) la doctrina italiana toma su “elección”. Así, en cambio de poner en duda el aparato normativo procesal y el significado hasta el momento adscrito a los enunciados normativos relativos a los principios procesales (en cuanto la doctrina los consideraba como “correctos” e intangibles), se opta, en cambio, por formular la (supuesta) existencia de “nuevas” situaciones de ventaja, es decir, los IDC, cuya titularidad estaría en cabeza de la colectividad y que serían diferentes del derecho subjetivo y del interés legítimo<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Sobre el formalismo jurídico ver las páginas de TARELLO G., *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 19 ss. La crítica tarelliana al formalismo jurídico (al normativismo), escribe Guastini, se funda sobre «due pietre angolari. In primo luogo: la frantumazione, la dissoluzione, del concetto tradizionale di norma. In secondo luogo: l’elaborazione di una teoria realista dell’interpretazione» (GUASTINI R., *Introduzione* -a la segunda parte «Giovanni Tarello Giurista-», en *L’opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, cit., p. 117. Ver también, JORI M., *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980; GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 119-126.

<sup>35</sup> La “intangibilidad interpretativa”, es la consecuencia del (y, al mismo tiempo, el instrumento para el) ejercicio por parte de la doctrina de una actividad valorativa (prescriptiva) maquillada por un lenguaje descriptivo que pretende (defiende y presenta) la existencia de un *único* y *correcto* significado de uno, o varios, enunciados normativos. Bajo esta premisa, ciertas interpretaciones (normas) son (erróneamente) percibidas como intangibles en cuanto sería correctas y axiológicamente válidas. Ver, RATTI G., *Sistema Giuridico e sistemazione del diritto*, cit. p. 206; CHIASSONI P., *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Il mulino, Bologna, 2007, p. 141 ss.

<sup>36</sup> Se trata de las situaciones de ventaja tuteladas por la constitución italiana de 1948, artículo 24, inciso 1º. “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Es necesario recordar, sin embargo, (ver numeral 2 del capítulo primero en relación con el afortunado enfoque teórico de GUASTINI R., «*Un soggetto, un diritto, un giudice*». *I fondamenti teorici di un giustizia non-amministrativa*, en *Diritto pubblico*, 1, 2008, pp. 41-51) que los llamados intereses legítimos son derechos subjetivos, es decir, posiciones de expectativas fundadas sobre normas en los términos hohfeldianos. Cualquier ulterior distinción carece de fundamento teórico-conceptual.

Con esta elección (al tiempo que se buscaba no contradecir la lectura sedimentada del artículo 24 de la constitución italiana)<sup>37</sup> se opta por darle prioridad a cuanto hasta ese momento se consideraba era el “único” posible significado de las diferentes posiciones normativas propias del (meta)derecho de acción. En efecto, se legitima por esta vía la posibilidad de una reinterpretación de los principios procesales, pero sólo

---

<sup>37</sup> Sobre este punto ver GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Il mulino, Bologna, 2008 quien afirma que el empleo del (aquí criticado) lenguaje diferenciante, es decir, el empleo de sintagmas como ‘situaciones superindividuales’ e ‘intereses colectivos’ «[...] permette che la disciplina della tutela giurisdizionale della situazione di vantaggio non si ritrovi più necessariamente nell’art. 24 cost. – letteralmente applicabile solo ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi – e influisce soprattutto sul regime della legittimazione a far valere in giudizio la situazione di vantaggio e sui limiti soggettivi di efficacia del giudicato formatosi sulla conseguente pronuncia giurisdizionale di merito» (cursiva mía), p. 18.

Para efectos de este trabajo, en cuanto se considera que todo enunciado normativo relativo a los IDC denota siempre un DS, resulta irrelevante desde un punto de vista conceptual (aunque extremadamente relevante desde un punto de vista doctrinal) establecer si constitucionalmente está prevista la tutela de los IDC en la concepción operada por la doctrina, es decir, como situaciones de ventaja no individuales o que al menos escapan a la órbita individual de cada sujeto. En efecto, en cuanto se trata siempre de derechos subjetivos su tutela es garantizada por el art. 24 de la constitución y, por tal motivo, todo se resuelve en encontrar los mecanismos adecuados a la luz del art. 24 y de la re-interpretación de los enunciados sobre principios (derechos) procesales para garantizar su tutela según el mandato de la constitución (en este sentido, si bien no idéntico, ver COSTANTINO G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. cit.*, pp. 223-227; PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per un studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. cit.* p. 269).

Sin embargo, esto no significa que en la doctrina haya existido unanimidad al respecto y, por el contrario, algunos consideran que la constitución no prevé, pero tampoco impide, la tutela de los IDC (en este sentido, la doctrina favorable a excluir los IDC de las situaciones previstas por el art. 24 y, de esta manera, poder operar una relectura de los derechos de rango procesal contemplados en la constitución sin incurrir, según ellos, en actos de inconstitucionalidad, p.e. ver PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Aracne, Roma, 2005, pric. pp. 72 ss.); otros consideran que a la luz del art. 2 y/o 3 y/o 24 de la constitución, la tutela de los IDC está prevista constitucionalmente (se trata de una posición criticada en cuanto dichas normas en realidad están referidas a derechos subjetivos y, puesto que la doctrina considera que los IDC no son derechos subjetivos, no le resta más que negar esta opción interpretativa: ver, a favor, p.e. y en relación con el art. 3 BRICOLA F., *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, en *Le azioni a tutela de interessi collettivi, cit.*, p. 170 y, en contra y en relación con el art. 2, ver BARBERA A., *art. 2*, en *Commentario della Costituzione*, BRANCA G. (ed.), Zanichelli y Soc. Ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1981, pp. 100 ss.); otros consideran que el art. 24 no está restringido sólo a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos, sino a todo tipo de interés relevante para el ordenamiento (ver, p.e. CAMOGLIO, L. P., *art. 24*, en *Commentario della Costituzione, cit.*, pp. 16 ss).

porque se trata de “nuevas” situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad y, entonces, fuera de los límites tradicionales impuestos por las consolidadas lecturas del artículo 24 de la constitución italiana. En otras palabras, si la colectividad resultaba ser titular de estas “nuevas” situaciones de ventaja y, entonces, si no se trataba ya de derechos subjetivos, no restaba otro camino (y nada lo impedía) que reinterpretar los principios procesales bajo esta “nueva realidad jurídico-social”.

Sin embargo, y he aquí la fractura injustificada<sup>38</sup> entre la tutela de los DSHBC y la tutela de los DSH con objeto el disfrute de un bien no-colectivo, la lectura tradicional de los principios procesales relativos al (meta)derecho de acción permanece intocable (en su pretendida atemporalidad) cuando se trata de situaciones reconducibles a la

---

<sup>38</sup> Por el contrario, asumir una “definición” restringida y formalista del derecho subjetivo precisamente genera la fractura aquí criticada y en razón de esta fractura la doctrina aborda el estudio comparado de la *class action* y, ahora, el estudio interno de la *azione di classe*, separándose con ambigüedad del estudio de la tutela grupal de los llamados IDC.

Resulta extraño, sin embargo, que en el momento del renacimiento del debate sobre las acciones grupales (ver numeral 7 de este capítulo), parte de misma doctrina no hacía esta distinción y, por el contrario, sea que se asumiera, o no, la “existencia” de los IDC como situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad, presentaba la *class action* como un instrumento procesal apto para la tutela de los llamados IDC. En efecto, ver, por ahora, TARUFFO M., *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, cit. pp. 627 ss., pp. 634-635; p.e.: CAPPELLETI M. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 220 «il pericolo più reale c'è invero quando il soggetto, persona fisica o no, che sta in giudizio a tutela, o in rappresentanza di un interesse collettivo, non è adeguatamente rappresentativo, quando [...] per un verso o per l'altro, egli è la “parte ideologica” sbagliata, incapace di portare fino in fondo la battaglia per la collettività. Ecco una delle ragioni per cui quella Rule 23 [es la disposición normativa de Estados Unidos que regula la *class action* legislativamente a nivel federal] che ho menzionato dinanzi [...]»; ID.; GARTH B., *Access to Justice: The Newest wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. en *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, pp. 210, 217-219, 227 y *passim*. (presentan la *class action* como un instrumento procesal ideal para la tutela de los IDC -que, por cierto, p. 194, llama «diffuse rights»-: «Some devices, such as the class action, can sometimes be used both to give remedies to individuals and to enforce the collective rights of the class»); IDS., *Access to Justice: The Newest wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. en *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, pp. 210, 217-219, 227; VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 251 ss.; DONDI A., *Funzione «remedial» delle «Injunctive class actions»*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 254-256.

En efecto, la fractura entre las acciones procesales (tutela de los IDC=acción inhibitoria; tutela de los DSH=*azione collettiva risarcitoria*) sólo se concretiza con mayor (pero nunca con total) nitidez a partir de la “codificación” de situaciones de ventaja mediante el uso del sintagma ‘interés colectivo’ en diferentes instrumentos normativos, particularmente para la tutela de los derechos de los consumidores.



restringida (y formalista) concepción del derecho subjetivo<sup>39</sup> y, en cambio, muta cuando se trata de IDC<sup>40</sup>, a pesar de que, como ya he demostrado, tanto los unos, como los otros, son derechos subjetivos y, al máximo, los IDC tienen como objeto el disfrute de un bien colectivo; situación, esta última, que no afecta su naturaleza de derecho subjetivo y, entonces, su titularidad evidentemente individual.

No sobra señalar que una reinterpretación de los principios procesales a la luz de la (inevitable) previsión normativa de acciones grupales para la tutela indistinta de DSH (con y sin objeto el disfrute de un bien colectivo) habría podido ser la otra posible “elección” (por cierto no formalista) que, además, habría evitado esta fractura entre las

---

<sup>39</sup> En cambio, la definición de derecho subjetivo (hohfeldiana) asumida en este trabajo seguramente es, además de amplia, no-formalista. Es una definición que abarca (de forma exhaustiva, es decir, agota) todas las posibles situaciones de ventaja subjetivas del ordenamiento jurídico bajo la premisa que se trata de una expectativa individual fundada sobre normas, es decir, bajo la premisa que no hay derecho subjetivo fuera del ordenamiento jurídico.

<sup>40</sup> Precisamente en relación con los IDC, dibujados como situaciones de ventaja que escaparían de la dicotomía del art. 24 de la constitución, la doctrina se siente legitimada para formular hipótesis reformadoras de las interpretaciones tradicionalmente adscritas a los enunciados normativos contentivos de micro y macro derechos relativos al (meta)derecho de acción. Así se comienza a formular hipótesis sobre la posibilidad de la “representación” procesal de derechos de sujetos ausentes etc., pero sólo bajo la idea previa que dichos derechos subjetivos, en realidad, serían IDC en cabeza de la colectividad y no del sujeto individualmente considerado, retardando de esta manera la recepción del instituto procesal de la *class action* dirigido a la tutela siempre de DSH.

Incluso hoy, no pocos autores (si bien favorables y sin duda algunos de ellos expertos en el tema de la *class action*) consideran que la “representación” judicial de derechos considerados como superindividuales, o metaindividuales, o ultraindividuales, es constitucional incluso sin la prescripción de la oportunidad del titular (que, sin embargo, como ya he precisado desde el primer capítulo, es siempre un sujeto individual en cuanto se trata siempre de DSH) de excluirse (*opt-out*) del (o incluirse (*opt-in*) en el) proceso; mientras que en el caso de los DS tradicionales con objeto un bien no-colectivo sería requisito imprescindible por razones constitucionales la opción de exclusión (*opt-out*) o inclusión (*opt-in*) del titular de dicho derecho subjetivo. En estos términos, aún cuando se supera la distinción sobre la naturaleza de los IDC y los derechos subjetivos y, entonces, se consideran todas las situaciones de ventaja como derechos subjetivos, nuevamente la doctrina no se arriesga a dudar de ciertas y tradicionales interpretaciones de ciertos principios, o mejor, de ciertas interpretaciones de ciertos enunciados normativos sobre (meta)derechos subjetivos procesales correspondientes al (meta)derecho de acción, como, por ejemplo, el principio dispositivo, y en esta línea nuevamente hace recurso, si bien no de forma expresa, a una injustificada distinción conceptual entre los DSH con objeto un bien no-colectivo y los DSHBC. Ver con esta posición cuya corrección, desde un punto de vista doctrinal (es decir valorativo, prescriptivo, normativo, interpretativo) me parecería en principio (pero no necesariamente) correcta GIUSSANI A., *Azione collettive risarcitorie nel proceso civile*, cit., pp. 47 ss, p. 106.

formas de tutela y las consecuencias contraproducentes: (i) la (iliber) consolidación inicial de la idea de un interés colectivo unitario y (ii) la (iliber) consolidación inicial de la colectividad como titular de situaciones normativas de ventaja. Ambas consecuencias que dejaron un rastro en la concepción de lo que el jurista considera sean las acciones grupales.

**5. (SIGUE) LA “QUERIDA” NO-DISTINCIÓN ENTRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE VENTAJA TUTELADA Y EL EJERCICIO DEL (META)DERECHO DE ACCIÓN: CONFUNDIENDO AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR**

La doctrina inicial no asume la “elección” apenas descrita con claridad al tiempo que se difumina en afirmaciones muchas veces temerosas que se pasean entre dos posibles opciones (titularidad individual vs. titularidad colectiva) acrecentando (además de la ya innegable ambigüedad propia de la locución ‘derecho subjetivo’ que genera en el discurso doctrinal distinciones y subdivisiones dogmáticas innecesarias) la tendencia a consolidar una inviable fusión entre las características de la tutela grupal de los IDC y las características conceptuales (definitorias) de la situación subjetiva de ventaja (fundada siempre sobre normas).

En primera instancia es necesario establecer que la doctrina relativa a las “definiciones” de los IDC debe ser tomado seriamente, es decir, debe ser considerada más que como una simple error de análisis conceptual, como una “elección”, al parecer irrenunciable, por parte del operador jurídico quien construye discursos dirigidos a garantizar la tutela de las situaciones de ventaja mediante la previa, o contemporánea, consolidación de la “creencia” en la existencia de nuevas situaciones de ventaja adscritas a la colectividad, una “elección” que refleja una estructura normativa (y no otra) elaborada para garantizar el ejercicio del (meta)derecho subjetivo de acción.

Dejando a un lado, por ahora, la distinción doctrinal entre los intereses difusos y los intereses colectivos<sup>41</sup>, actualmente, y ya desde los primeros intentos definatorios de la

---

<sup>41</sup> La diferencia entre ambas nociones carece de relevancia puesto que simplemente evidencia el fenómeno organizativo y representativo de los derechos subjetivos homogéneos por vía de ciertos caminos procesales, es decir, la “representación” por parte de entes exponenciales de derechos subjetivos. Obviamente, la expresión ‘intereses colectivos’, en lo que respecta al objeto de este estudio (aunque, al igual que los DC, inconsistentes desde un punto de vista lógico-conceptual) existe

categoría de los IDC, se percibe sin dificultad la ambivalencia en el discurso doctrinal sobre los IDC, caracterizada por un *salto*, en ocasiones imperceptible, de las pretensiones “definitorias” de los IDC a las pretensiones de justiciabilidad de tales IDC.

En efecto, afirmar, de una parte, que «non avrebbe senso parlare di interesse diffuso se esso si identificasse con il diritto soggettivo» y que «ontologicamente, appare scorretto negare autonomia e identità proprie ad un interesse per il solo fatto che quell’interesse si sia colorato in epoche diverse di diversa rilevanza, o, al tempo stesso, sia stato ascritto ora ad una, ora all’altra delle categorie assistite da più risalere tradizione» refleja una intensión doctrinal por dotar de autonomía conceptual a los IDC en cuanto no-derechos subjetivos. Pero, de otra parte, afirmar en el mismo escrito que «l’interesse diffuso [...] soggettivamente é un interesse che pertiene all’individuo, in quanto questi rivesta una particolare qualificazione o sia considerato in una particolare dimensione, attinente al suo status: ad es. di consumatore, di risparmiatore, di fruitore dell’ambiente, di utente di servizi pubblici, ecc.» y que objetivamente «esprime e se ne può cogliere l’essenza, solo con riferimento ad un gruppo, ad una categoria (di consumatori, risparmiatori, utenti, fruitori dell’ambiente, ecc.)»<sup>42</sup>, seguramente genera al menos (i) una contradicción, al tiempo que (ii) confunde dos conceptos ya distinguidos en este trabajo.

(i) En efecto, las anteriores afirmaciones reflejan una pretensión definitoria de los intereses difusos. La primera busca distinguir entre el derecho subjetivo y los IDC sin aducir ninguna justificación, salvo el hecho que la misma doctrina los diferencia. La otra, en cambio, reconoce la titularidad del IDC en cabeza del individuo pero sólo en cuanto perteneciente a una determinada categoría<sup>43</sup>. Ahora bien, si los intereses difusos pertenecen al individuo no se entiende el porqué de una distinción con base en la

---

legislativamente. Por este motivo, no se pueden negar sus efectos y, sobre el particular se dedicará parte del presente trabajo (ver numeral 10 de este capítulo). Por ahora, no es relevante puesto que, se insiste, en ambos casos se está hablando de derechos subjetivos homogéneos.

<sup>42</sup> ALPA G., *Voce, Interessi diffusi*, en *Digesto*, Utet, Torino, 1993, pp. 609-611

<sup>43</sup> El autor también señala que «[e]sso é certamente un interesse che pertiene all’individuo, in quanto ogni gruppo, collettività, in senso ampio “formazione sociale” riguarda individui, è composta da individui, in quanto è oggetto di considerazione e quindi di protezione giuridica perché riferito ad individui; tuttavia, e qui sta appunto la sua particolarità, si coglie solo nell’appartenenza dell’individuo ad un gruppo, perché, esso se considerato come una monade, non determinata, né definibile a priori, appare troppo sfuocato e debole». ALPA G., *Voce, Interessi Diffusi*, cit. p. 610.

pertenencia (por cierto, siempre presente) de un individuo a una categoría<sup>44</sup>. Si fuese este el criterio y si, en vía de discusión, se acepta este trato distintivo, lo cierto es que la titularidad igualmente no entra en discusión y, al igual de cuanto se señaló en relación con los DC, no es posible justificar una distinción entre el IDC y los DSH sino, al máximo, se abre la posibilidad de una ulterior especificación en razón del objeto del derecho (cuando se trate de un bien colectivo).

(ii) A riesgo de generar repeticiones, se insiste en la ya resaltada distinción entre el concepto de ‘interés’ y el concepto de ‘derecho subjetivo’, es decir, entre el interés como justificación de los derechos subjetivos y el derecho subjetivo como situación de expectativa fundada sobre normas. No puede pasar inadvertida esta confusión conceptual dadas sus consecuencias en el escenario normativo legal italiano (y no sólo) en cuanto genera, además de la errada creencia (jusnaturalista) de un derecho fuera del derecho, una jerarquía entre situaciones de ventaja fruto, no de argumentaciones y ponderaciones, sino como resultado del empleo de un lenguaje diferenciante.

El motivo de dicha (i) contradicción y (ii) confusión ya ha sido explicado: se trata de una “elección” doctrinal encaminada a proveer tutela a situaciones individuales difícilmente tutelables. Se considera, por una parte de la doctrina, que generando una diferenciación (una supuesta autonomía) de los IDC frente al derecho subjetivo se dotaría de mayor relevancia la situación jurídica de ventaja y, entonces, aumentaría la viabilidad de proponer reformas encaminadas a proveerles la justiciabilidad idónea.

La “escusa” resulta evidente: la identificación (conceptualmente correcta) de bienes colectivos genera la idea<sup>45</sup> según la cual, en cuanto el bien colectivo no admite exclusión en su disfrute y rivalidad en su consumo<sup>46</sup>, no sería entonces viable considerar que sólo un individuo es titular del interés (es decir del disfrute del bien para su propio

---

<sup>44</sup> Resulta difícil imaginar un individuo que no haga parte de una categoría. La primera, la categoría de todos los seres humanos. Si se sigue al pie de la letra la afirmación, se podría decir (y, en cierta medida, nada impide hacerlo) que el derecho, por ejemplo, a que se respete la propiedad, o incluso el derecho a la vida son derechos difusos (sobre todo si se piensa por ejemplo en los desplazados por la violencia en un conflicto armado interno y, sin duda, no es posible afirmar que se está hablando de derechos cuya titularidad corresponde a la colectividad).

<sup>45</sup> Idea claramente contraria a cuanto ya he demostrado en relación con los DC y que aplico en su totalidad a los bienes colectivos objeto de cada uno de los derechos subjetivos homogéneos correspondientes a la categoría de IDC, al menos en la forma aquí propuesta.

<sup>46</sup> Ver numeral 5 del capítulo primero.

bienestar) eventualmente relevante para el ordenamiento. Es decir, se considera que no existiría una justificación para imponer el deber correspondiente a cargo de uno o varios sujetos.

Sin embargo, es necesario recordar que la imposición del deber resulta proporcional si se considera que se impone (de forma igualmente individual) a todos los miembros del grupo y que, de la misma forma, cada uno de los miembros es titular de la respectiva expectativa individual fundada sobre normas (es decir del derecho subjetivo correspondiente), obviamente, sólo en caso que el ordenamiento lo considere relevante y lo prescriba normativamente (sea de forma tácita o expresa y sea en la forma de reglas o de principio de derecho, sea por vía de la legislación o de la jurisprudencia)<sup>47</sup>.

Aún así, precisamente la identificación del bien colectivo abrió el camino para incentivar la propuesta de estos “nuevos” IDC y su titularidad en cabeza de la colectividad. En estos términos, aquello que podría ser considerado sólo como una nueva nomenclatura adscrita a un grupo de DSHBC se convierte en la enunciación de “nuevas” situaciones *colectivas* de ventaja.

De esta forma, aunque desde un punto de vista descriptivo (se verá más adelante) la preocupación de la doctrina se conecta (si bien de forma ambigua) realmente con la justiciabilidad de toda situación jurídica de ventaja mediante el ejercicio grupal del (meta)derecho de acción, el camino elegido para tal fin es, primero, establecer una diferenciación conceptual y, posteriormente, hacer referencia a la insuficiente justiciabilidad de esas “nuevas” situaciones de ventaja deficientemente tuteladas.

En efecto, se pugna por la autonomía (admitiendo la dificultad definitoria) y, sólo entonces, se resalta la (consecuente) dificultad para proveer la tutela de la situación de ventaja en cuestión. Así, se afirma que «la dottrina unanimemente si é preoccupata di accertare l'esistenza di un elemento differenziante tali interessi [IDC] dalle altre categorie già tutelate o considerate non tutelabili» y, más adelante, refiriéndose a las técnicas de tutela de los IDC, se afirma que «l'appartenenza al gruppo fa sì che le iniziative per promuovere la difesa dell'interesse diffuso debbano partire dal gruppo, ed investano quindi una dimensione superindividuale. Questa é la ragione vera della difficoltà dell'ingresso degli interessi diffusi nel novero delle situazioni soggettive

---

<sup>47</sup> Ver al respecto el numeral 11 del capítulo primero.

conclamate; l'insufficienza e l'inadeguatezza del sistema processuale civile, penale, amministrativo ad offrire tecniche di tutela»<sup>48</sup>.

La consecuencia en la cultura jurídica de esta ambigua “elección” se concreta en una imperceptible y paulatina anulación del sujeto (en su versión individual) como detentador único de las situaciones de ventaja, un sujeto que en consecuencia deambula con un patrimonio de situaciones de ventaja de grados diferentes, algunas de ellas (los así llamados IDC) esfumadas y en constante ruego por una tutela que, al parecer, depende sólo del (aparente) titular de la situación de ventaja, la colectividad: una colectividad que termina por configurarse, más que como un idóneo “representante” de los sendos DSHBC de cada miembro del grupo, en el titular del derecho con su disfraz de garante supraindividual.

Precisamente esta “elección” de configurar el contenido de la situación de ventaja a partir de la acción idónea para proveer su respectiva tutela recorre mayoritariamente la doctrina generando una constante dificultad para identificar la reivindicación central: no es fácil distinguir entre la reivindicación relativa al reconocimiento de “nuevas” situaciones jurídicas de ventaja o, en cambio, la reivindicación relativa al acceso a la justicia para la tutela de situaciones jurídicas de ventaja conceptualmente ya identificada como derechos subjetivos.

Sin embargo, observando el enfoque doctrinal, pareciera que, al menos en el discurso de la doctrina, no es posible distinguir porque no se quiere distinguir. En otras palabras, en el discurso se percibe un ligamen muy estrecho, inseparable, entre la tutela de las situaciones subjetivas homogéneas y la necesidad (política) de distinguirlas del derecho subjetivo e individualizarlas como una categoría autónoma.

En efecto, se afirma que «[...] il processo, derivando la sua essenza dalle azioni collegate con il diritto soggettivo e quindi da un'impronta individualistico, ha struttura essenzialmente individuale. Mentre l'interesse diffuso, proprio perché coglie la dimensione collettiva richiede azioni di gruppo, decisioni che riguardano il gruppo e quanti altri vi possano appartenere» y, más adelante, se afirma que la historia de los intereses difusos es «la cronostoria dei tentativi di elaborazione di tecniche processuali per apprestare una difesa e quindi garantirne l'azionabilità; ma è anche la storia di

---

<sup>48</sup> ALPA G., *Voce, Interessi Diffusi*, cit. pp. 610-611.

frustranti tentativi di superare l'impronta individualistica assegnata agli interessi e alle azioni»<sup>49</sup>.

Pues bien, salvo las tendencias doctrinales que de forma expresa, o tácita, niegan la diferenciación entre los IDC y los derechos subjetivos homogéneos en la forma propuesta generalmente por la doctrina -reconociendo entonces la distinción entre el (meta)derecho de acción y el derecho subjetivo homogéneo objeto de tutela-<sup>50</sup>, gran parte de la doctrina desde la década de los 70's presenta, en cambio, una tendencia muy similar (actualmente con matices más elaboradas<sup>51</sup>) a la descrita en los párrafos anteriores.

En efecto, la (ambigua) no-distinción entre los instrumentos de tutela y la consistencia conceptual de "nuevas" situaciones de ventaja invaden la literatura al respecto. Es posible incluso afirmar, parafraseando a Cappelletti y su comentario en relación con una intervención de Proto Pisani<sup>52</sup> que varias veces en el mismo escrito puede ser identificado *el autor I* y *el autor II*<sup>53</sup>. Es decir, el autor (autor I) que pretende la identificación conceptual de una nueva categoría de situaciones jurídicas de ventaja identificadas con la nomenclatura IDC, y el (mismo) autor (autor II) que, independientemente de la supuesta distinción, y muchas veces (pero no siempre) a favor de casi una homologación entre los derechos subjetivos homogéneos y los IDC, auspicia

---

<sup>49</sup> ALPA G., *Voce, Interessi Diffusi*, cit. p. 611.

<sup>50</sup> Ver el numeral 8 de este capítulo.

<sup>51</sup> En efecto, como se verá más adelante (numeral 9-11 de este capítulo) la previsión normativa de los llamados 'intereses colectivos' en el ámbito comunitario e italiano, así como la consolidación de la (errada, al menos con el alcance dado por la doctrina,) distinción entre el interés difuso y el interés colectivo, matizaron favorablemente la ambigüedad del discurso, sobre todo en relación con la distinción entre el ejercicio del (meta)derecho de acción y la situación subjetiva de ventaja objeto de tutela. Sin embargo, la consolidación del lenguaje diferenciante en la cultura jurídica consolidó la innecesaria (e injustificada) distinción entre los DSH y los IDC perpetuando, por ahora, el fantasma de la colectividad que ronda los pretendidos "conceptos" de las situaciones de ventaja objeto de tutela.

<sup>52</sup> PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per un studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi cit.*, pp. 263-286.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli di interessi collettivi o diffusi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi, cit.*, p 210. «Del resto, se al mio pensiero posso aggiungere una sfumatura di carattere personale, direi che nella stessa esposizione di Proto Pisani si rivela un'intima contraddizione, invero assai significante. C'è un lui quello che, con il suo permesso, chiamerei il Proto Pisani I ed il Proto Pisani II, o, più fraternamente, l'Andrea I e l'Andrea 2».

la creación (adecuación, renovación) de los instrumentos procesales para favorecer, en último análisis, el acceso a la justicia de los titulares de dichas situaciones de ventaja.

Así, por ejemplo, es posible identificar, sólo en relación con cuanto ahora se ha precisado, un Capelletti I y un Capelletti II. Es decir, de un lado, un Cappelletti (I) que afirma que los «interessi tipici di questo mondo nuovo, come quelli alla salute e all'ambiente naturale, hanno carattere “diffuso”, “collettivo”, poichè non appartengono a singoli individui in quanto tali ma alla collettività» -y, entonces, un Cappelletti que trata de reivindicar la autonomía conceptual de los IDC con base en el criterio de la titularidad colectiva- y, de otro lado, un Cappelletti (II) que afirma que «é chiaro che l'individuo da solo non può adeguatamente proteggersi contro questo tipo di violazioni; é chiaro che bisogna che nasca qualcosa di nuovo, epperò questo qualcosa non consiste più soltanto in quei pochi tipi di “società intermedie”[...] oggi il problema delle società intermedie é problema che va enormemente allargato: non si tratta più soltanto di quelle tipiche “formazioni sociali” –famiglia, scuola, Chiesa, sindacati, partiti- [...] oggi si impongono nuovi e non meno importanti tipi di società intermedie, il cui sviluppo non era forse neppure prevedibile un quarto di secolo fa. Oggi, nella nostra “civiltà dei consumi”, diventa sempre più essenziale per l'individuo-consumatore (come lo fu un secolo fa per l'individuo-lavoratore) di organizzare in “società dei consumatori” per difendersi contro abusi e strapoteri ignoti alle precedenti civiltà[...]»<sup>54</sup> -y, entonces, un Capelletti que confirma la necesidad de organizar los intereses individuales (¿por qué simplemente no dijo derecho subjetivos?) para potenciar su relevancia (y poder obtener un acceso a la justicia a derechos individuales ignorados por el aparato procesal) dadas sus particularidad relativas al bien objeto del derecho, y a las condiciones sociales de los titulares-<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> CAPPELLETTI M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli di interessi collettivi o diffusi*, cit., pp. 192-193.

<sup>55</sup> La contradicción en este sentido, es decir, anunciar una titularidad externa al individuo y, al mismo tiempo, establecer que se trata de derechos subjetivos pero con precaria justiciabilidad se encuentra en otros escritos del mismo autor (y de tantos otros autores que se analizarán a los largo de este capítulo). En efecto, el mismo Cappelletti en un escrito posterior (CAPPELLETTI M., *Vindicating the Public Interest Through the Courts: a Comparativist's Contribution*, en *Buffalo Law Riview*, 25, 1976, p. 647) atribuye, como en tantos otros, la condición de derecho individual a los IDC: «As a rule, however, the individual alone is unable to protect himself efficiently against such injuries. Even if he has a legal cause of action, other factors may preclude judicial relief: his individual right may be



A este punto es necesario resaltar como esta “querida” no distinción en el discurso doctrinal sobre la tutela de los derechos subjetivos homogéneos, que puede ser identificada (no de forma originaria pero sí) con fuerza a partir de la década de los años setenta del pasado siglo (después de un proceso de consolidación y posterior mutación de ideas post-corporativas de la Italia del siglo XX y como consecuencia de la aprobación del estatuto de los trabajadores, particularmente el art. 28 de la ley 300 del 20 de mayo de 1970, que contempla las acción procesal de represión de la conducta antisindical<sup>56</sup>), determinó desde entonces la lectura del mecanismo procesal objeto de

---

too “diffuse” or too “small” to prompt him to seek its protection [...]»; pero en el mismo artículo, en el pie de página 20, p. 649, precisa que «rights without holder should be distinguish, of course, from those rights which do belong to specific individuals [...]».

<sup>56</sup> Sobre el argumento sería imposible lograr enunciar la doctrina al respecto, incluso sólo la más importante. Además, dado el objeto central de este trabajo, es decir, la presentación de la «antesala» conceptual de la *azione di classe* (que no incluye, por ahora, y a diferencia de cuanto sucede en Estados Unidos, las controversias laborales), con particular atención al formante doctrina, el argumento sobre la acción contra la represión de la conducta antisindical desborda los objetivos de este trabajo.

Sin embargo, no es posible abordar el tema del renacimiento del debate sobre los IDC, sin reconocer la importancia que en su momento tuvo la previsión normativa del art. 28 del Estatuto de los trabajadores. En efecto, aunque ya desde entonces se escuchaban voces doctrinales contrarias a la tendencia (pero de acuerdo con cuanto aquí se defiende desde un punto de vista teórico) de considerar esta acción como el primer mecanismo procesal dirigido a la tutela grupal de los IDC (como, por ejemplo, Lanfranchini quien ya desde 1971, p.e. LANFRANCHINI V., *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 st. Lav., en Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 419, intervenía en el debate, según sus propias posteriores palabras en el año 2003, para señalar que existían «forte ragioni che militavano a favore di una complessiva ricostruzione della tutela accordata dai nuovi arts. 18 e 28 pur sempre in termini di tutela giurisdizionale di veri e propri diritti soggettivi dei lavoratori e del sindacato, a rilevanza sovraindividuale e violabili con comportamenti plurioffensivi, dimostrando l’erroneità teorico-giuridica e l’estrema inopportunità pratico-sociale del collegamento tra l’art. 28 e il *tertium genus* degli interessi diffusi o collettivi», LANFRANCHINI V., *Le animulae vagulae blandulae e l’altra faccia della luna en la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit. pp. XXI), lo cierto es que la doctrina del momento consideró esta acción como el primer paso hacia la consolidación de la tutela de los IDC (y no, en cambio, como sólo podía ser considerada –esto por las razones teóricas ya ilustradas-, es decir, una acción para la tutela grupal de DSH de los trabajadores).

Ahora bien, en relación con la naturaleza de las situaciones de ventaja tuteladas por el art. 28 en comento, con base en las premisas teóricas de este trabajo (ver capítulo primero) bastaría señalar que se trata de DSH y que la legitimación a los sindicatos es un camino procesal apto para, mediante el reequilibrio de las fuerzas de las partes, garantizar, mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción, la tutela de los derechos subjetivos de los trabajadores (también aquellos relativos a la libertad sindical). Sin embargo, las cosas no están así y, por el contrario, el trabajo doctrinal (seguramente

variado y, en ocasiones opuesto) al respecto evidencia nuevamente la tendencia a consolidar una situación de ventaja en cabeza de la colectividad (o, al menos, en cabeza del sujeto-sindicato) para, por esta vía, garantizar la tutela directa del considerado como IDC e, incidental o consecuentemente, los derechos de cada uno de los trabajadores.

Del artículo 28 se ha dicho que prescribe una acción procesal: para la tutela de los derechos subjetivos de (cada uno de) los trabajadores (además de LANFRANCHINI V., ver, p.e., VACARELLA R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, pp. 68 ss); para la tutela objetiva del ordenamiento (p.e. PERA G., *Commento all'art. 28*, en *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, ASSANTI C. (ed.), Padova, 1972, p. 298-299); para la tutela del derecho colectivo de la comunidad de trabajadores a la libertad sindical y no, salvo incidentalmente, los derechos subjetivos, y entonces individuales, de cada trabajador (PUNZI C., *art. 28*, en *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dirigido por PROSPERETTI U., vol. II, Giuffrè, Milano, 1975, p. 969); para la tutela de derechos colectivos que se concretizan en el momento asociativo, es decir, al momento de la formación del sindicato como momento de creación del interés colectivo del que el sindicato es titular y portador (GAROFALO M.G., *Repressione della condotta antisindacale*, en *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario diretto da Giugni*, 1979, p. 455; ID. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, p. 119 ss.); para la tutela de situaciones de ventaja en cabeza del sindicato (p.e. TARUFFO M., *Efficacia della pronuncia sul licenziamento per motivi sindacali*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1516 ss.; CARPI F., *Brevi osservazioni sull'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1428); para tutelar, de forma mixta, el derecho subjetivo del sindicato y los derechos subjetivos de los trabajadores (ambos del mismo contenido) pero que dada su relevancia colectiva (en el factor asociativo) confluyen todos en un interés colectivo (VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 157 ss.); para la tutela, en fin, tanto de las situaciones de ventaja del sindicato, como las posiciones de ventaja individuales de cada trabajador (CARRATA A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., pp.113 ss).

De todas formas, se afirma que la posición ya consolidada en la cultura jurídica italiana considera que «il sindacato in tali occasioni faccia valere situazioni di vantaggio proprie, e non diritti o interessi superindividuali dei lavoratori appartenenti alla categoria di riferimento» y se afirma, entonces, que esta interpretación del art. 28 *ha permitido* «evitare che gli altri sindacati o addirittura i lavoratori interessati potessero considerarsi litisconsorti necessari nel giudizio rivolto alla repressione della condotta antisindacale (e quindi evitare che la tutela si rendesse di fatto impraticabile), e ha consentito al sindacato di agire senza bisogno di ricevere mandato dai singoli lavoratori, ma per altro verso non ha impedito che si potesse agire anche nei confronti di datori di lavoro i cui dipendenti non fossero affatto iscritti ad alcun sindacato[...]». GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 184. Bajo esta premisa, el A. identifica, si bien en sentido *lato*, un ejemplo de acción colectiva típica en la que un interesado actúa en un proceso a favor de otros interesados sin necesidad de un mandato: «ne discendono, sia pure in via indiretta, li effetti caratteristici dell'azione collettiva nel senso qui inteso, ossia come meccanismo tramite il quale un soggetto è incentivato a far valere le situazioni di vantaggio seriali altrui senza mandato, ma con un interesse proprio, anche passibile di valutazione economica [...] all'accoglimento della domanda», p. 184.

Es necesario decir, sin embargo, que contrario a cuanto señalado en este trabajo, esta forma de acción procesal grupal se consolida entonces, según cuanto señala el A., en la preconcebida idea (aquí

este trabajo, es decir, de las versiones (y representaciones) doctrinales y legislativas de la *class action* en el escenario jurídico italiano, no obstante la afortunada resistencia de algunos sectores de la doctrina que con visión “reaccionaria”<sup>57</sup> identificaron (con mayor o menor precisión), ya en ese periodo, la necesidad de establecer conceptualmente los significados del sintagma ‘IDC’ (en ese entonces de moda y de cuya bondad difícilmente se dudaba) reconociendo su titularidad en cabeza del sujeto individual<sup>58</sup>, y no de una colectividad (supuestamente) llamada a satisfacer supraindividualmente las

criticada) de la existencia de una situación de ventaja en cabeza de un organismo (el sindicato), cuya función es, y no puede ser otra cosa, que “representativa”. En otras palabras, más allá de que se use el sintagma ‘derecho subjetivo’ para significar la supuesta situación de ventaja en manos del sindicato, lo cierto es que nuevamente la conformación de las acciones grupales se verifica trámite la consolidación de la idea de una posición de expectativa que sobrepasaría la órbita individual de los sujetos y, entonces, una situación de ventaja incorrecta desde un punto de vista teórico y que desbordaría el concepto de derecho subjetivo aquí propuesto. En estos términos, la acción del art. 28 se revela como el resultado normativo de un (loable, o no) ejercicio de política del derecho que (como se verá más adelante en este capítulo) confunde aquello que no se debe confundir y distingue aquello que no se puede distinguir. En estos términos, y desde un punto de vista normativo, no resultaría necesario imputar el derecho colectivo de la libertad sindical al sindicato para que dicho derecho (sin duda subjetivo) de cada uno de los trabajadores sea tutelado por vía del ejercicio de la acción del art. 28 por parte del ente exponencial; sin embargo la doctrina optó por adscribir dicho derecho al sindicato alimentando la “elección” y la ambigüedad aquí denunciada.

<sup>57</sup> Por ejemplo, Lanfranchini, fuerte crítico de la tendencia doctrinal a justificar la titularidad de situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad (y con particular referencia al art. 28 del estatuto de los trabajadores) señala en LANFRANCHINI V., *Le animulae vagulae blandulae e l'altra faccia della luna in la tutela giurisdisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit. pp. XXI, que en relación un artículo de su autoría más de treinta años antes, LANFRANCHINI V., *Prospettive ricostruttive in tema del art. 28 St. Lav.*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 419 ss., en el que manifestó su posición contraria a la legitimación del colectivo (al *tertium genus*) o, mejor, su posición favorable a la reivindicación del carácter siempre individual de las situaciones de ventajas tuteladas por el estatuto, su posición «veniva immediatamente qualificata, dalla dottrina anti“codicistici”, come “operazione di puro conservatorismo”».

Lo extraño es que, en el mismo periodo, otro autor, en cambio, denunciaba el efecto conservador de las elecciones normativas dirigidas a condesar en un ente exponencial (por cierto elegido *a priori*) los variados y sin dudas conflictuales derechos subjetivos homogéneos de un grupo determinado, o indeterminado, de sujetos. Por ejemplo NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., pp. 7-20.

<sup>58</sup> Entre algunos otros, TARUFFO M., *Intervento*, en *La azione a tutela di interessi collettivi*, cit. pp.330-336; CORASANITI A., *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, en *Rivista di diritto civile*, I, 1978, pp. 180-204; NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., pp. 7-20; VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979.

necesidades insatisfechas de una sociedad que, aparentemente, no debería girar más alrededor del individuo, ni de su individualidad.

## 6. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DOCTRINA ITALIANA RELATIVA A LOS IDC

Como apenas he precisado, la doctrina que se ha ocupado de la garantía del ejercicio del (meta)derecho de acción para la tutela de los DSH con, y sin, objeto un bien colectivo ha seguido, con algunas excepciones, a partir del periodo de reconsideración del discurso sobre las acciones grupales (década de los años 70's del siglo XX) una estrategia (consciente e inconsciente) de política del derecho consistente en la idea de (i) desarrollar un discurso dirigido a justificar la (supuesta) titularidad de situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad (es decir, IDC) y, de esta forma, (ii) justificar la necesidad de implementar e intensificar las acciones procesales grupales, distinguiendo entre acciones procesales para la tutela de los IDC (que son, al máximo, DSHBC) y las acciones procesales para la tutela de los DSH sin objeto un bien colectivo.

Ahora bien, como igualmente ya ha sido demostrado, no es posible justificar situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad y, en estos términos, más allá de la “bondad” del esfuerzo doctrinal (y normativo) de “demostrar” lo contrario, lo cierto es que cualquier esfuerzo argumentativo en este sentido sólo puede ser identificado (tanto en relación con la doctrina sobre los IDC como en relación con los ya estudiados Derechos Colectivos) como un ejercicio de política del derecho dirigido a incentivar la inclusión de una tutela colectiva de DSH.

Así, dado que cualquier situación tutelada por el ordenamiento jurídico es un derecho subjetivo (es decir, una situación subjetiva de expectativa fundada sobre normas), el discurso relativo a una titularidad de derechos en cabeza de la colectividad, al menos en el ordenamiento jurídico objeto de análisis, sólo puede ser identificado como una *ficción* que abriga un objetivo concreto: evitar los problemas relativos a la legitimación para actuar por parte de sujetos que (en términos generales) en la estructura procesal tradicional no tendrían legitimidad para hacerlo.

De esta forma, se activa y progresa una “elección” de política del derecho (consistente en la ya mencionada distinción de aquello que no se puede distinguir y confusión de aquello que se debe distinguir) dirigido a presentar ciertos derechos

subjetivos como derechos en cabeza de la colectividad y ciertos intereses (sin duda individuales) eventualmente relevantes para el ordenamientos, como intereses también en cabeza de la colectividad, desdoblando su contenido en dos versiones, una colectiva y otra individual.

Bajo esta línea de política del derecho, las consecuencias sobre el plano procesal fueron, desde un cierto punto de vista, contraproducentes. En efecto, además de la ya mencionada jerarquización entre derechos subjetivos fruto, no de ejercicios argumentativos y de ponderación, sino solo a raíz de la sedimentación (primero sólo lingüística) de las nociones de IDC en la cultura jurídica italiana, (i) se identificó en la cultura jurídica, y de forma excluyente, la tutela inhibitoria grupal con la tutela de los IDC y la tutela resarcitoria con la tutela de los DSH y, (ii) como consecuencia, además, de la representación de la *class action* en el escenario jurídico italiano, se restringió la, ahora, *azione di classe* a la tutela resarcitoria de los DSH excluyendo (como si en realidad fuese posible hacerlo) la tutela inhibitoria y la posibilidad de tutelar abiertamente por medio de este instituto procesal (o mejor, por medio del resultado de la recepción de este instituto) los DSHBC.

De estos dos puntos me ocuparé en los próximos capítulos. Por ahora abordaré el estudio de la doctrina que evidenciará, en primer lugar, el camino doctrinal que consolidó la idea de la (supuesta) distinción entre IDC y los DSH y, en segundo lugar, como la real preocupación de la doctrina se concentraba (y se concentra) de manera unívoca, no en la identificación de “nuevas” situaciones de ventaja, sino, más bien, en (la política del derecho de) incentivar la previsión normativa de acciones procesales grupales para la tutela de situaciones jurídicas de ventaja cuya vulneración (y potencial vulneración) se presentaba (y se presenta) de manera inédita.

## **7. (SIGUE) EL RENACIMIENTO DEL DEBATE SOBRE LOS IDC Y SU CONSOLIDACIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ITALIANA: LA AMBIGÜEDAD DE UN DISCURSO DOCTRINAL**

Como ya precisé con anterioridad, todo este debate, al menos en lo que respecta al objeto de este trabajo, puede ser situado en Italia alrededor de los años 70's del siglo pasado.

Ya he señalado algunos ejemplos que evidencian la tendencia (de política del derecho) a tutelar derechos subjetivos homogéneos mediante su re-nominación con el uso del lenguaje del *colectivo* para luego, así, reclamar la implementación de mecanismos procesales idóneos para garantizar su tutela, es decir, por este camino, una política del derecho encaminada a fijar el contenido del derecho subjetivo (re-nominado como IDC) a partir (o como consecuencia) de la misma acción que los debería tutelar.

Igualmente he señalado como en medio de esta no-distinción (entre situación de ventaja tutelada y ejercicio del (meta)derecho de acción) navega la doctrina que, evidentemente, se pierde en contradicciones afirmando, de un lado, el carácter supra-individual de los así llamados IDC y, al mismo tiempo, de otro lado, la dificultad de tutela de los derechos en mención, cuando considerados como posiciones subjetivas de ventaja vista aislada e individualmente.

En estos términos aquello que se presenta como una descripción de “nuevas” situaciones de ventaja relevantes para el ordenamiento jurídico, terminan siendo, en realidad, y al mismo tiempo, una propuesta lingüística que funge como instrumento idóneo para implementar la tutela jurisdiccional en forma grupal de dichos IDC.

En esta línea argumentativa, además de los autores ya citados, es posible identificar tantos otros que no se aventuraron, y no se aventuran, a poner en duda la “ola de moda” colectivista que invadía y, en cierta medida, aún invade, la doctrina relativa a la tutela grupal de los derechos subjetivos homogéneos.

Dos de los trabajos más relevantes sobre el tema de los tutela de los IDC fijaron las pautas para el desarrollo del debate sobre la tutela de los IDC: el congreso sobre «Le azioni a tutela di interessi collettivi», celebrado en la Universidad de Pavia el 11 y 12 de junio de 1974<sup>59</sup> y el congreso nacional sobre «La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori»,

---

<sup>59</sup> Se trata del congreso celebrado en Pavia el 11-12 junio de 1974 cuyas intervenciones y comunicaciones fueron publicadas en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974)*, cit. Las referencias a este congreso son constantes en todos los trabajos dedicados al tema de las acciones grupales. Una de las primeras referencias, incluso antes de la publicación de los actos del congreso, se puede encontrar en CERULLI IRELLI, V., *Il convegno di Pavia sulle azioni a tutela di interessi collettivi*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, pp. 1216-1219.

con ocasión del tercer encuentro de la Asociación italiana de derecho comparado celebrado en la universidad de Salerno el 22-25 mayo de 1975<sup>60</sup>.

En relación con el tema sobre la titularidad de (y la supuesta distinción entre el derecho subjetivo y los) IDC es posible identificar diferentes tendencias en las diferentes ponencias de ambos seminarios que difícilmente pueden ser agrupadas. Sin embargo, y en términos más generales, es posible afirmar que muchas de las intervenciones reflejan la confusión entre, de una parte, las propuestas normativas para implementar instrumentos procesales que garanticen el ejercicio del (meta)derecho de acción para la tutela de los derechos subjetivos homogéneos y, de otra parte, el contenido, la titularidad y la “novedad” de la situación jurídica de ventaja objeto de tutela<sup>61</sup>.

En efecto, dejando a un lado las posiciones previas a la década de los años setenta (si que esto signifique ignorar su fundamental influencia en la gestación del discurso contemporáneo sobre los IDC, como la misma noción de interés colectivo ya naciente en el periodo fascista pero consolidada, al menos por un largo periodo de tiempo, en la definición post-corporativista-privatista de Santoro-Passarelli<sup>62</sup>), lo cierto es que los

---

<sup>60</sup> *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, GAMBARO A. (ed.), Giuffrè, Milano, 1976.

<sup>61</sup> Señala en sentido crítico LANFRANCHINI V., *Le animulae vagulae blandulae e l'altra faccia della luna en la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi, cit.*, pp. XX que en ese periodo y, particularmente, respecto al seminario de Pavia, que «rimaneva comunque indubbia e comune a quasi tutta la dottrina [...] la certezza circa la qualificabilità di questi medesimi interessi come *tertium genus*, più o meno eterno, accanto ai diritti soggettivi ed agli interessi legittimi e circa l'imprescindibile esigenza di esprimere processualmente questa ontologica natura innanzi tutto in termini di legittimazione ad agire non individualistica, intermediale tra le inadempienze dello Stato e gli egoismi soggettivi dei diritti e degli interessi legittimi “codicistici”».

<sup>62</sup> Define el interés colectivo como «l'interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile nel senso che viene soddisfatto, non già da più beni atti a soddisfare i bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività. L'interesse collettivo, che non sia un interesse generale di tutta la collettività organizzata, pur essendo un interesse diverso dall'interesse individuali, è di per se un interesse privato; non è ancora un interesse pubblico», SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 6° edición, Napoli, 1952, p. 23. Se trataría, según el A., de un interés al que se subordinan los derechos individuales de los asociados: «organizzazione [...] significa disciplina e subordinazione degli interessi degli organizzati a quelli dell'organizzazione», ID., *voce. Autonomia collettiva*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 371. En contra de la concepción de Santoro-Passarelli ver, con enfoque contrario a la

trabajos de ese periodo reflejan la siguiente tendencia: una conciencia (descriptiva) sobre la presencia de nuevas formas de violación de los derechos subjetivos y la dificultad para el ejercicio de medidas jurisdiccionales preventivas y reparatorias mediante el ejercicio eficaz del (meta)derecho de acción desemboca, como elección de política del derecho, para algunos, en una propuesta normativa colectivista, no sólo en relación con el ejercicio del (meta)derecho de acción (sin duda necesaria e irreversible), sino en la re-nominación de los derechos subjetivos (potencialmente tutelados mediante el ejercicio de las respectivas acciones procesales grupales) bajo el sintagma de ‘IDC’, cuyo significado era (y es) talmente ambiguo<sup>63</sup> que, incluso, se evitaba asumir

---

existencia de un interés que no sea individual, CESARINI-SFORZAW., *Gli interessi collettivi e la Costituzione*, en *Il diritto del lavoro*, 1964, p. 47 ss. También ver en contra de la concepción de interés colectivo propuesta por Santoro-Passarelli pero en razón de que generó la crisis de la idea de categoría y la consolidación de una concepción atomista del derecho sindical, CASABIVA M., *Il nuovo diritto sindacale italiano*, en *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell’economia e diritto sociale*, I, 1951, pp. 116 ss.

Como señala TARELLO G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 2º ed. 1972, los elementos que caracterizaban la definición de ‘interés’ propuesta por Santoro-Passarelli, eran: «1) La *economicità*: sono infatti interessi collettivi quelli che uniscono una collettività nella tendenza a soddisfare un bisogno economico comune; 2) La *indivisibilità*: un interesse è collettivo quando il bisogno che gli dà origine è soddisfacibile solo collettivamente; 3) La *genericità*: qualunque interesse indivisibile di qualsivoglia collettività di persone (anche “rudimentali od occasionali”) rientra nella nozione di interesse collettivo; 4) La *natura privatistica della sua tutela giuridica*: se, come si è visto, l’interesse collettivo non è proprio “di tutta la collettività organizzata” esso è un interesse “privato”, e il principio giuridico nel quadro del quale si torva tutela è un principio di diritto privato», p. 31.

Para un análisis sobre la definición de ‘interés’ de Santoro-Passarelli desde un punto de vista doctrinal, ver, p.e., DONZELLI R., *Considerazioni sul procedimento per la repressione della condotta antisindacale alla luce delle tecniche di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e/o diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., 185 ss.

<sup>63</sup> DENTI V., *Relazione introduttiva*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 16, «la stessa nozione di interessi collettivi non è priva di ambiguità, e ciò non soltanto per gli echi di sapore corporativo che inevitabilmente suscita» [...]; ID, *Interessi Diffusi*, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1983, p. 306 «[...] la categoria degli interessi diffusi appare ancora incerta, poiché si contrappone la tendenza a ricondurla alle figure di qualificazione tradizionali (diritti soggettivi e interessi legittimi) al tentativo di costruirla come un *tertium genus*»; ZANUTTIGH L., *Intervento*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 310 «[...] pur nella incertezza di una definizione degli “interessi collettivi”, al di là di una qualificazione degli stessi appagante soprattutto sul piano politico [...]»; PARDOLESI R., *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 259, «gli i.c. [intereses colectivos] restano pur sempre una nebulosa dai contorni vaghi ed oscillanti»; PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per un studio sulla tutela giurisdizionale*



definiciones amplias al respecto<sup>64</sup> y, al máximo, se presentaban, entonces, como, por ejemplo, un *tertium genus* entre derecho subjetivo e interés legítimo, como derecho en búsqueda de autor<sup>65</sup>, como intereses de todos y de ninguno<sup>66</sup>, como intereses meta-

---

*degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario, en Le azioni a tutela di interessi collettivi, cit., p. 263. «L'espressione "interessi collettivi" è – almeno così come è adoperata negli scritti recenti – una espressione altamente equivoca»; COSTANTINO G., Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile, en Le azioni a tutela di interessi collettivi, cit., p. 223 «[...] non sembra ancora possibile individuare con certezza quali fenomeni possano essere qualificati con la formula "interessi collettivi"»; VILLONE M., La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (Considerazioni sul sistema statunitense), en La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, cit., p. 73. «Una delle poche cose ovvie in ordine al concetto di interesse diffuso è che si tratta di un personaggio assolutamente misterioso. Pure, qualunque argomentazione concernente la corretta collocazione istituzionale dell'interesse in questione – tale è il punto di vista che qui si assume – presuppone e richiede che si tenti di raggiungere un minimo di chiarezza».*

<sup>64</sup> SCOCA F., *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi, cit.*, p. 43. «La difficoltà liminare del tema deriva dalla non ancora maturata nozione di interesse collettivo. Soprattutto non è chiaro quali debbano essere i caratteri della collettività di riferimento, perché l'interesse – comune a più soggetti – si specifichi da interesse diffuso in interesse collettivo». CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 3, 1975, pp. 361-402. «Gli interessi collettivi, seppure costituiscono una realtà innegabile e grandeggiante delle società odierne, sfuggono tuttavia a precise definizioni e si sottraggono agli schemi tradizionali ai quali noi giuristi, e in particolare noi processualisti, siamo stati abituati».

<sup>65</sup> CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, cit.*, p. 368, «[s]i tratta, anzitutto di interessi (se posso esprimermi con formula pirandelliana) in *cerca di autore*». Una lectura de VIGORITI V., *impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2006, pp. 95-111, sobre la doctrina de Cappelletti relacionada con los IDC señala (p. 97) que para Cappelletti en realidad los titulares sustanciales de los IDC eran los individuos y no la colectividad: «Cappelletti dice, e ripete in ogni suo scritto, che egli si occupa di certi interessi (ambiente, consumo, risparmio, qualità della vita, ecc.) di individui appartenenti a collettività e gruppi. *Non quindi dei diritti delle formazioni sociali, ma di quelli delle persona*» (cursiva mía). Sin embargo, como ya he resaltado en este trabajo, esa conclusión tan cristalina presentada por Vigoriti no es correcta. En efecto, si bien es cierto que el discurso de Cappelletti puede ser conducido a esta conclusión, lo cierto es que su trabajo siempre fue ambiguo, ambigüedad que precisamente alimentó el discurso relativo a la (injustificable) titularidad de los IDC en cabeza de la colectividad. Si su discurso hubiese sido tan claro al respecto seguramente sus consecuencias en la cultura jurídica italiana habrían sido diferentes, es decir, habría podido sedimentar el discurso de las acciones grupales sin atormentar la (aquí defendida y única posible) titularidad en cabeza de sujetos individuales.

<sup>66</sup> CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, cit.*, p. 372. «La nostra epoca, lo abbiamo già visto, porta prepotentemente alla ribalta nuovi interessi

individuales<sup>67</sup>, como intereses de la comunidad<sup>68</sup>; como intereses que escapan de la dimensión individual<sup>69</sup>; como intereses que son el medio para satisfacer las necesidades

---

“diffusi”, nuovi diritti e doveri che, senza essere pubblici nel senso tradizionale della parola, sono però “collettivi”: di essi nessuno e “titolare”, allo stesso tempo che tutti, o tutti i membri di dato gruppo, classe, o categoria, ne sono titolari». En este aparte, claramente el autor presenta una “nueva” forma de titularidad y se pregunta «a chi appartiene l’aria che respiro?», respondiendo que «[l]’antico ideale dell’iniziativa processuale monopolisticamente accentrata nelle mani del solo soggetto a cui il diritto soggettivo “appartiene”, si rivela impotente di fronte a diritti che appartengono , allo stesso tempo, a tutti e a nessuno». Sin embargo, nuevamente, en razón de cuanto he expuesto en este trabajo, no es justificable la titularidad de derechos fuera de uno (o varios sujetos) pero vistos siempre individualmente. Además, como igualmente ya he demostrado, el “aire que respiro” es, al máximo, un bien colectivo; pero esto no significa que no exista un interés individual (de todos, pero cada uno visto individualmente) en *disfrutar el aire que respiro*: de existir una norma que tutele este interés en cuanto jurídicamente relevante, dicha norma corresponderá a una posición normativa individual fundada sobre normas y, entonces, un derecho subjetivo.

<sup>67</sup> VILLONE M., *La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso*, cit., p. 73. «La caratteristica di fondo dell’interesse diffuso sembra potersi rinvenire nel fatto che esso, nella sostanza, è un interesse metaindividuale»; CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, cit, p. 366. «I diritti e doveri non si presentano più, come nei codici tradizionali di ispirazione individualistico-liberale, come diritti e doveri essenzialmente individuali, ma meta-individuali e collettivi». Sin embargo, como ya precisé, más allá de los cambios en el uso del lenguaje de los derechos y los inevitables cambios en el contenido y las nuevas formulaciones de los mismos, lo cierto es que no implican un cambio en la innegable titularidad de los mismos en cabeza del individuo. El cambio relevante debe ser identificado en las acciones procesales de carácter grupal, cuyo origen, por cierto, al menos en el *common law* (hablo de las *representative suit*) se remonta no a los cambios de la era moderna industrial y post-industrializada, sino al nacimiento de la *equity* inglesa, obviamente anterior a la consolidación del individualismo formalista de la era de los códigos civiles europeos. Ver, con respecto a este último aspecto, YEAZELL S. C., *Group Litigation and Social Context: Towards a History of the Class Action*, en *Columbia Law Review*, 77, 1977, pp. 866-896; ID., *Form Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation*, en *UCLA Law Review*, XXVII, 1979-1980, pp. 514-564; ID., *Form Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation*, en *UCLA Law Review*, XXVII, 1979-1980, pp. 1067-1121.

<sup>68</sup> En este punto llaman la atención afirmaciones que conducen incluso a hablar de derechos inviolables de la comunidad (en los términos de los ya criticados derechos colectivos -DC-) en aplicación, por ejemplo, del art. 2 de la constitución italiana. En estos términos, RECCHIA G., *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzione*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., p. 41. «Nel determinare, quindi, il contenuto dei diritti inviolabili, occorre tener presente le nuove manifestazioni della coscienza sociale e, conseguentemente, dei nuovi interessi collettivi emergenti a livello costituzionale. Il soggetto titolare dei diritti inviolabili, secondo l’art. 2 Cost., è “l’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”. La formula adoperata è estremamente originale e ampia, in quanto il riconoscimento del diritto del singolo ad essere tutelato nei confronti dello Stato, si accompagna al rilievo costituzionale

de la colectividad<sup>70</sup>; como intereses respecto de los cuales las elecciones de política del derecho no son eficaces<sup>71</sup>; como intereses que pertenecen a enteros grupos, clases o categorías de sujetos<sup>72</sup>; En fin, derechos no individuales, y entonces no privados, pero tampoco derechos generales, y entonces no públicos<sup>73</sup>: se trata, esta última, y en

conferito alle comunità intermedie, e, quindi alle garanzie dei diritti inviolabili di queste comunità nei confronti dello Stato [...] Il collegamento delle comunità intermedie con gli interessi diffusi non condiziona d'altro canto, la tematica della rilevanza costituzionale di questi ultimi, in quanto, esiste una molteplicità di interessi non individuali – come si è già notato – rispondenti agli interessi di gruppi aperti e indeterminati di soggetti, che non possono rientrare nella nozione tradizionale di “comunità intermedia” e che tuttavia esprimono interessi collettivi tutelabili a livello costituzionale».

<sup>69</sup> ALPA G., BESSONE M., CARNEVALI U., GHIDINI G., *Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., p.179. Señalan los autores que el «consumerism» no debería restringirse a la tutela del sujeto individual sino «tutelare il singolo in una prospettiva più ampia, e conferire rilevanza ad interessi che sfuggono alla dimensione individuale, per assumere quella “collettiva”».

<sup>70</sup> RECCHIA G., *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzione*, cit. p. 30. «Le numerose implicazioni, di cui è ricca l'individuazione dei bisogni della collettività, evidentemente non possono essere esaminate in questa sede. È d'altra parte interessante notare come la correlazione esistente tra i diversi bisogni tenda a dare maggiore rilievo ai “bisogni non individuali” e quindi agli “interessi diffusi o collettivi” intesi a soddisfare questi bisogni». En los mismos términos afirma, p. 44., «[i]n effetti il paesaggio e la salute riguardano momenti essenziali nella dinamica degli interessi diffusi intesi a soddisfare i nuovi “bisogni della collettività”». Sin embargo, este es un ejemplo típico en el que se verifica una confusión entre el bien objeto del derecho y el derecho subjetivo en cuestión. En efecto, como ya he precisado varias veces, la existencia de un bien colectivo no significa (y, de hecho, no podría ser justificada) una titularidad colectiva. Ver numerales 6 y 7 del capítulo primero.

<sup>71</sup> Respecto a este enfoque, no se entiende el porqué de la distinción y, tanto menos, el porqué de la titularidad colectiva. En efecto, en relación con los derechos subjetivos precariamente tutelados es posible decir lo mismo sin que sea necesario aventurarse a afirmaciones relativas a un cambio en la titularidad de las situaciones de ventaja insatisfechas. En estos términos la afirmación no es explicativa de la (supuesta) distinción entre un derecho subjetivo y un IDC: VILLONE M., *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso*, cit. p. 78. «Da questo punto de vista [se refiere al área de conflictualidad que caracterizaría los IDC] l'interesse diffuso é l'interesse per cui i procedimenti mediativi del sistema politico non hanno ancora operato, o non hanno operato efficacemente».

<sup>72</sup> ARENA G., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell'esperienza statunitense*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., p. 97. «Gli interessi diffusi non appartengono a singoli individui o soggetti, ma a interi gruppi, classi, categorie di soggetti».

<sup>73</sup> Por ejemplo, y antes del seminario de Pavia, SFORZA C., *Preliminari sul diritto collettivo*, en *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 103-104. Los IDC pueden ser individuados «si oltrepassa la concezione dei fini e degli interessi individuali, senza tuttavia raggiungere quella dei fini e degli interessi generali o pubblici, ossia si rimane nel piano intermedio di quelli che possono chiamarsi (in mancanza di una denominazione semplice) fini e interessi collettivi». Ya en los años

términos más amplios, y con muchos matices, de la crítica (y del caballo de batalla) principalmente de Cappelletti contra la distinción dogmática entre derecho público y derecho privado<sup>74</sup> sobre la cual el autor, en parte, fundamenta su concepción (aquí criticada) de IDC<sup>75</sup>.

---

setenta del siglo XX, ARENA G., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell'esperienza statunitense*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., 1976, p. 97. «L'interesse pubblico, cui è per definizione e per tradizione preposta la pubblica amministrazione, non sempre e non necessariamente coincide con l'interesse dell'intera collettività all'interno dello Stato-comunità. Se così fosse, la dicotomia pubblico-privato avrebbe ancora un valore: mentre, per capire la realtà che ci circonda alla sua evoluzione, è necessario superare tale dicotomia e parlare, come qui facciamo, anche di interessi diffusi e collettivi, cioè di un fenomeno non riducibile né al pubblico né al privato così come sono tradizionalmente intesi».

<sup>74</sup> No es este el escenario para profundizar sobre el debate apenas mencionado (y al que ya me referí al inicio del primer capítulo). Basta resaltar que al menos desde un cierto punto de vista, la intención de Cappelletti, que se refleja en gran parte de su trabajo, también a nivel internacional, estuvo siempre dirigida a resaltar la deficiencia del acceso a la justicia y proponer nuevos instrumentos idóneos para garantizar dicha tutela mediante, de una parte, el abandono de la distinción entre derecho público y derecho privado y, de otra parte, una revolución al interior de la estructura procesal dirigida a permitir un proceso (un acceso a la justicia) acorde con las nuevas circunstancias socio-económicas del tráfico entre privados. Para lograr ambos objetivos los IDC parecían entonces el instrumento sustancial más idóneo, sobre todo si presentados como intereses en cabeza de todos pero, al mismo tiempo, de ninguno. Sobre el particular ver, entre muchos de sus escritos, *A world Survey*, vol. I, CAPPELLETTI M., HARTH, B. (ed) en *Access to Justice*, CAPPELLETTI M.(ed.), Sijthoff – Giuffrè, Milano, 1978. pp. 1 ss., ID., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, cit., pp. 191-193: el primer título de la intervención es precisamente «la tradizionale dicotomia “pubblico-privato” e la sua irrealtà nella società contemporanee» donde señala que la «netta separazione pubblico-privato è ormai non soltanto artificiosa, ma anche insufficientemente “sostanziosa”: la realtà è molto più complessa, più articolata di quella semplicista dicotomia tradizionale»; ID., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, cit., p. 401. «Stiamo assistendo, dall'altro lato, all'aurora sia pur faticosa di un nuovo pluralismo, che al posto della superata *summa divisio* tra pubblico e privato, porta anche nel processo forme nuove e molteplici di combinazione ed integrazione di pubbliche e private iniziative, intese alla salvaguardia di interessi meta-individuali». Sobre la relevancia de esta distinción en la doctrina de Cappelletti, ver VIGORITI, V., *impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, cit., en particular p. 98. «La preoccupazione principale [de Cappelletti] sottesa al riguardo di ricorrere alle categorie tradizionali è quella di evitare che consegnando gli interessi [se refiere a los IDC] alla sfera pubblica ci si trovi costretti ad affidarne la tutela solo ad organi pubblici [...] o che, d'opposto, riconoscendone la natura privata si finisca a non potersi districare dai vincoli della legittimazione individuale, dei limiti del giudicato, e via dicendo».

<sup>75</sup> Desde ahora es necesario precisar que si bien en este trabajo también se formula una crítica a la dicotomía privado/público (princ. numeral 5 capítulo tercero), la misma no se hace en los mismos términos, ni con los mismos objetivos formulados por Cappelletti sino, más bien, contrarios. En

Es un periodo en el comienza entonces a consolidarse, precisamente a partir de la no-distinción por parte de la doctrina entre (meta)derecho de acción y derecho subjetivo objeto de tutela, la idea según la cual ciertas acciones procesales grupales no estarían dirigidas a garantizar la tutela de derechos subjetivos homogéneos sino, más bien, situaciones de ventaja diferentes al derecho subjetivo y cuya relevancia superaría entonces el ámbito restrictivo que la misma doctrina concedía y concede (en contravía de cuanto aquí afirmado) a los derechos subjetivos. En otras palabras, el alcance y la relevancia de ciertos conflictos sociales sería diferente cuando se trata de sendos derechos subjetivos en cabeza de un grupo ilimitado de sujetos (pero cada uno visto individualmente) y cuando, en cambio (como si fuera un fenómeno diferente), se trata de la colectividad. El fundamento claramente es de orden político en cuanto se considera que el ejercicio de los IDC mediante entes exponenciales hace viable la tutela (por vía de la mediación política) de los intereses en discusión (IDC) que, según algunos autores, superan las fronteras del individuo y navegan en el limbo del delgado espacio existente entre el estado (y sus deberes) y el individuo (y sus derechos)<sup>76</sup>.

---

efecto, mientras la crítica de Cappelletti es de origen valorativo y, además, se emplea para justificar la existencia de situaciones jurídicas de ventaja fuera de la órbita individual (precisamente los llamados 'IDC'), en este trabajo la crítica es, en cambio, teórico-descriptiva, es decir, de orden conceptual que, a su vez, arroja un resultado opuesto a la propuesta de Cappelletti, es decir, que el empleo (ideológico) de dicha dicotomía y de los sintagmas a ella dependientes conduje a la (errada) "creencia" en la existencia de situaciones de ventaja diferentes del DS.

<sup>76</sup> Por ejemplo, se señalaba, en un análisis contrario a la exclusiva titularidad individual de los derechos (si bien en una perspectiva, aunque no consciente, posiblemente favorable, en último análisis, al sujeto individual) que incluso en el campo de «l'integrazione razziale, che certo può vedersi come interesse diffuso oltre che dal punto di vista della garanzia per il singolo di situazioni soggettive, è stato sollevato un problema di costi (ad esempio, per la nota questione del *busing*); è stato altresì da talune parti lamentato un abbassamento del livello qualitativo degli studi, sia per i docenti che per gli studenti; si dibatte ora addirittura se sia preferibile l'integrazione o piuttosto il mantenimento delle caratteristiche culturali di fondo dei gruppi etnici», VILLONE, M., *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (considerazioni sul sistema statunitense)*, cit., pp.77. El A. resalta este aspecto para evidenciar el conflicto entre (lo que él considera) diferentes intereses difusos. Sin embargo, si bien no cabe duda sobre la posibilidad (casi inevitable) de conflicto entre derechos (ver numeral 8 del primer capítulo), estos conflictos siempre se presentan entre derechos subjetivos individuales y no, ciertamente, entre situaciones de ventaja que sobrepasen la órbita individual (incluso cuando se presenta entre un gran número de sujetos). La integración racial puede (o puede no ser) una política determinada en un escenario específico, pero no cabe duda (y lo contrario sería un riesgo grande) que siempre se está hablando de derechos subjetivos individuales y no de una política que se ocupa de una órbita externa al sujeto, es decir, se está hablando, al máximo,

Se trataba de un periodo durante el cual los mismos críticos (si bien parciales) de la pretendida definición autónoma (y la pretendida titularidad en cabeza de la colectividad) de los así llamados ‘IDC’ (si entendidos como situación de ventaja supraindividual) no lo afirmaban con claridad. En otras palabras, así como la doctrina analizada anteriormente encontraba dificultad para justificar en sus discursos la diferencia (en términos de titularidad) entre los IDC y los derechos subjetivos (generando, como se ha visto, afirmaciones contradictorias al respecto, incluso en un mismo escrito), de la misma manera, pero no (creo) en razón de la dificultad para encontrar argumentos plausibles, sino debido a la dificultad para contradecir un discurso (una ideología) que en ese momento (e incluso ahora, sobre todo si la crítica se extiende, como hago en este trabajo, al discurso relativo a los llamados Derechos Colectivos) podría ser visto como un comportamiento “reaccionario” y contrario a la “ola de moda” imperante en ese momento en el ambiente municipal y comparatista en relación con el papel de la colectividad.

En ese contexto, de todas formas, es posible identificar intervenciones que reflejan esta tendencia “reaccionaria”. Así, se resaltaba en parte la herencia peligrosa, aunque en parte superada y doctrinalmente mutada (privatizada) del corporativismo<sup>77</sup>; se hablaba de los IDC como situación de ventaja de una pluralidad de sujetos hacia un mismo bien<sup>78</sup>; se presentaban los IDC (aunque no de forma radical y sin negar, pero tampoco

de DSHBC y no de derechos en cabeza de la colectividad. En otras palabras, la integración racial, sea cual sea la política, siempre comporta una garantía (o una no garantía) de situaciones subjetivas individuales, sean homogéneas, o no.

<sup>77</sup> TARELLO G., *Interventi*, en *La azione a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 350: «Non intendo sindacare, in questa sede, l’atteggiamento di favore per gli interessi collettivi, in quanto contrapposti a quelli individuali e a quelli generali; si tratta di un atteggiamento solidale con tutte le ideologie corporativistiche (in particolare modo quelle cattoliche), sulla cui influenza sulle nostre istituzioni giuspolitiche il discorso sarebbe troppo lungo; basta ricordare che varrebbe comunque la pena di distinguere tra interessi collettivi diffusi ed interessi collettivi aggregati o corporativi – ciò che non sempre si fa - perché il favore per l’una, l’altra, o entrambe queste classi di interessi collettivi può acquistare segno diverso». Para un análisis (y elaboración de un) modelo descriptivo sobre el derecho sindical después de la Constitución de 1948 italiana y su respuesta al corporativismo, ver ID., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit. passim.

<sup>78</sup> COSTANTINO G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 255, pie de página 2. «In altre parole, un interesse collettivo – o comunque plurisoggettivo – in tanto essere qualificato come “giuridico” e,

afirmar, la titularidad de los IDC en cabeza de la colectividad) como una ampliación<sup>79</sup> que resuelve la totalidad del conflicto mediante una complementación de la esfera de la personalidad<sup>80</sup>; se presentan como una cualidad de intereses individuales que expresan una fuerza cohesiva<sup>81</sup>.

---

quindi, meritevole di tutela, in quanto la legge lo qualifichere tale attribuendo in egual misura una situazione di vantaggio ad una pluralità di soggetti verso uno stesso bene».

<sup>79</sup> RODOTÀ S., *Le azioni civilistiche*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 97. «Che le possibilità di intervento dei diversi soggetti sopra ricordati divengano reali, dipende anche da una revisione della teoria delle situazioni soggettive che non batta unicamente la strada dell'ampliamento dello "spazio" direttamente controllabile dai singoli, ma individui nel loro insieme le dimensioni all'interno delle quali possono essere collocati gli interessi collettivi».

<sup>80</sup> En relación con el derecho al ambiente RODOTÀ S., *Le azioni civilistiche*, cit., p. 93, y desde un plano descriptivo, reconoce (sin agrado) que «[c]i troviamo, dunque, di fronte ad operazioni che tendono sempre a tagliare fuori dalla considerazione giuridica la dimensione collettiva, consistendo in processi di separazione degli individui all'interno della organizzazione sociale e nella successiva concentrazione di poteri esclusivamente nelle sfere individuali in questo modo definite [...] Gli strumenti a sua disposizione, quindi, servono a tutelare uno "spazio" ristretto e che ricade sotto l'immediato dominio dell'interessato (beni oggetto di proprietà; corpo: non si dimentichi che la tutela della personalità nasce con riferimento alla disciplina della proprietà, intesa appunto come schema "forte" di tutela giuridica)», señala, además, que «[...] è necessario valutare un ulteriore limite dell'azione individuali, inerente non più alla struttura degli strumenti tecnici disponibili, ma alla frammentarietà che inevitabilmente tende ad accompagnare le iniziative dei singoli». En esta línea, y ya desde un punto de vista prescriptivo (de política del derecho) señala que «il problema, dunque, diviene anzitutto quello di recuperare il piano reale dei conflitti e di renderne possibile la gestione in senso collettivo»: en estos términos, el interés colectivo es entendido como el alcance colectivo de los conflictos para efectos de lograr una tutela de los derechos individuales de manera más amplia y total. En términos concretos, p. 94, la revisión normativa debe centrarse en «interventi sulla posizione delle parti [es decir una intervención de orden procesal dirigida al tema de la legitimación para actuar]; revisión en senso non individualistico della teoria delle situazioni soggettive [entonces, describir el ordenamiento con una concepción diferente, en concreto, no individualista pero que no niegue al sujeto]; ampliamento dell'oggetto della tutela [y, entonces, una revisión en relación con los objetos de los derechos y, en particular, un estudio en relación con los bienes públicos]». En concreto, y en relación con la garantía del derecho al ambiente como situación subjetiva, precisa que «al centro dell'attenzione si pone la tutela della personalità del singolo, la posizione del soggetto come centro d'imputazione di una serie aperta di diritti di libertà. più che di un vero e proprio "diritto costituzionale all'ambiente" dovrebbe parlarsi di un ampliamento della sfera della personalità, che porta automaticamente con sé la possibilità di reagire alle nuove forme di violazione che quell'ampliamento implica».

<sup>81</sup> DE VITA A., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti in tema di protezione degli interessi dei consumatori*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., pp. 351-352. «Il concetto di interesse collettivo postulerebbe perciò *in primis* un gruppo di soggetti, i cui interessi individuali verrebbero per così dire unificati e composti

Pues bien, no obstante el grado de pesimismo del derecho civil y del derecho penal (inversamente proporcional al grado de optimismo del derecho administrativo) en relación con la posibilidad de tutelar los llamados ‘IDC’ en el respectivo proceso, pesimismo seguramente conectado a factores estructurales<sup>82</sup>, lo cierto es que afirmaciones no-ambiguas respecto a la naturaleza y titularidad de los IDC no pueden ser identificadas con facilidad en el discurso doctrinal de los años setentas. Discurso ambiguo porque no es posible identificar la pretensión de la doctrina; ambiguo porque no es fácil diferenciar el discurso prescriptivo (es decir, normativo y de política del derecho) del discurso descriptivo<sup>83</sup>; ambiguo, en fin, porque se distingue aquello que no

---

da un scopo comune, *comunitariamente perseguito e solo comunitariamente perseguibile* [...] Esprime [...] una forza coesiva di tali interessi [se refiere a los intereses individuales] che in una determinata situazione concreta assumono giuridica rilevanza non più come entità atomizzate, ma in quanto partecipi di una qualità nuova ed in funzione di quella qualità». Sin embargo, como se podría intuir, también esta autora no es radical en su afirmación en cuanto, sobre la base de una distinción entre intereses difusos e intereses colectivos y confundiendo el ejercicio del (meta)derecho de acción con la situación de ventaja objeto de tutela, reivindica en cierta medida una autonomía conceptual entre los IDC y los DSHBC sosteniendo que en el caso de los primeros (particularmente, como se verá más adelante, los intereses colectivos) la pertenencia al grupo (organizado) implicaría, p. 356, una forma de tutela «rivendicata non dal singolo quale membro di una data collettività, ma dalle collettività stesse aggregatasi in gruppi variamente strutturati [...]».

<sup>82</sup> TARELLO G., *Interventi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 349. «Ecco dunque che sia l’ottimismo dell’amministrativista sia il pessimismo relativo o assoluto rispettivamente del civilista e del penalista (in materia di tutela degli interessi collettivi), trovano riscontro in atteggiamenti strutturalmente propri, secondo una legge sociologica, da un lato dei giudici e dall’altro lato dei funzionari della pubblica amministrazione. E, nella misura in cui sia lecito dire che il diritto civile e penale è quale lo vogliono i burocrati, in quella stessa misura si può dire che l’ottimismo dell’amministrativista ed il pessimismo (relativo o assoluto, rispettivamente) del civilista e del penalista in ordine alla tutela degli interessi collettivi, trovano riscontro in un dato strutturale dell’ordinamento: dato strutturale per cui in sede amministrativa la tutela degli interessi collettivi risponde ad una esigenza interiore dell’ordinamento laddove nelle sedi civile e penale simile tutela suscita reazioni di rigetto». Es relevante señalar que el mismo autor en una entrevista años después, BESSONE M. (ed.), *Sullo stato dell’organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 24, a la pregunta «si discute molto, tra i giuristi, della opportunità, e dei mezzi da usare per perseguirla, di tutelare gli interessi diffusi. Come ti collochi nel dibattito?» respondió que «[I]a tutela degli interessi diffusi non mi appassiona. Personalmente divento passionale in ordine alla difesa degli interessi individuali o e degli interessi pubblici». Su desinterés al respecto se fundamentaba en que «non sarebbe buona organizzazione giuridica quella che incoraggiasse attività ricattatorie di privati».

<sup>83</sup> Nada sería mejor que una doctrina que en ejercicio de su función actuara con *transparencia* precisando cuando su discurso es descriptivo y cuando, en cambio, su discurso es prescriptivo .



se puede distinguir (planteando una injustificada titularidad colectiva contra una titularidad individual) y porque se confundo aquello que debe ser distinguido (la situación de ventaja y el ejercicio del (meta)derecho de acción).

#### **8. ALGUNAS EXCEPCIONES A LA TENDENCIA DOCTRINAL: DISTINGUIENDO AQUELLO QUE SE DEBE DISTINGUIR**

Sin embargo, algunas excepciones pueden ser identificadas<sup>84</sup>, es decir, pueden ser identificados trabajos que, reconociendo la prioridad normativa de prever acciones procesales grupales, distinguen la situación de ventaja objeto de tutela del ejercicio del (meta)derecho de acción.

Así, por ejemplo, Taruffo, en su intervención en el seminario de Pavia, en ningún momento hace referencia a la colectividad como titular de las situaciones de ventaja objeto de tutela sino, por el contrario, hace siempre referencia a la intervención de terceros en el proceso como (también) titulares del derecho objeto de tutela. Su preocupación se centra evidentemente en la tutela procesal de los derechos de los

---

Mezclar estos dos aspectos -que se reflejan en un, casi siempre ambiguo, ocultamiento de la respectiva “elección” de política del derecho-, es decir, presentar con un discurso descriptivo una intención prescriptiva sobre un aspecto del ordenamiento jurídico, además de decir que el derecho es algo que no es, genera en la cultura jurídica la consolidación de ideologías ocultas (en el caso de este trabajo y en relación con los IDC, una ideología que considero iliberal) difícilmente reconocibles. En efecto, afirma, por ejemplo BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 2ª edición, Giappichelli, Torino, 2005, pp.85-86, que «per una dottrina che aspiri alla scientificità [cuando esta es su intención], dopotutto, non sembra un sacrificio troppo grosso rispettare quel valore metodologico minimo che è la trasparenza; a un giurista-scienziato si può ben chiedere di ammettere che in tutte le sue interpretazioni linguisticamente e giuridicamente ammissibili una disposizione e moralmente ingiusta, che il legislatore dovrebbe riformarla, ma che sino alla riforma quella disposizione, e non altra, è il diritto vigente [...] una dottrina che aspiri al titolo di scienza giuridica, peraltro, potrà solo operare la scelta seguente, benché dolorosa: optare per il valore metodologico della trasparenza anche contro il valore morale della giustizia».

Pues bien, en el caso de la (oculta, en cuanto no expresamente afirmada) “elección” ambigua de presentar (y al tiempo no presentar) a la colectividad como titular de situaciones jurídicas de ventaja resulta evidente una clara confusión entre el plano descriptivo y el plano prescriptivo.

<sup>84</sup> Mencionaré explícitamente sólo algunos escritos. Sin embargo, es preciso señalar que, además de los aportes que menciono en otros apartes de este capítulo, existen más trabajos representativos de esta inusual (pero correcta) tendencia.

terceros<sup>85</sup> cuando se trata de *situaciones de interés colectivo*<sup>86</sup>, es decir, situaciones cuya estructura sustancial exige una extensión de los efectos de la sentencia a la esfera subjetiva de los terceros no presentes en el proceso y cuya “representación” al interior del mismo debe, en garantía del (meta)derecho de acción<sup>87</sup>, ser adecuada<sup>88</sup>.

Llama igualmente la atención, por ejemplo, el trabajo de Corosaniti quien, en la línea aquí defendida, afirma la titularidad de los IDC en cabeza de un sujeto individual (o de un grupo de ellos pero vistos individualmente). En efecto, si bien reconoce la existencia de colectividades de diferentes medidas y grados de cohesión y, además, reconoce la evidente complejidad de las relaciones entre estas y, entonces, la inevitable existencia de conflictos entre los objetivos que agrupan dichas colectividades<sup>89</sup> (donde se coagulan

---

<sup>85</sup> TARUFFO M., *Intervento*, en *La azione a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 333. «Anzitutto occorre che l'interesse collettivo sia adeguatamente tutelato nel giudizio cui il terzo non ha partecipato. Da un certo punto di vista, infatti, la posizione del terzo può dirsi garantita se ed in quanto l'interesse di cui egli è titolare venga adeguatamente tutelato, in rapporto alle esigenze obbiettive della situazione concreta».

<sup>86</sup> En efecto, el autor claramente, en esta sutil distinción lingüística (no los llama ‘intereses colectivos’ sino *situaciones de interés colectivo*) hace referencia a situaciones jurídicas de ventaja - que durante el texto de su intervención siempre reconduce a los derechos individuales de los terceros- que tienen una relevancia colectiva. *Ibidem*, p. 336. «Al riguardo, nuove norme sono necessarie ma non sufficienti: è infatti indispensabile che esse vengano dettate e applicate alla luce di una nuova sensibilità, sia verso il ruolo delle garanzie costituzionali, sia verso i concreti profili economico-sociali delle *situazioni di interesse collettivo*» (cursiva mía).

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 333. «[...] d'altronde, la garanzia della difesa è strumentale al conseguimento della miglior tutela della situazione di cui il terzo è titolare».

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 331. «Tutto ciò risulta evidente se si osserva che uno dei problemi fondamentali che sorgono quando la struttura sostanziale della situazione da tutelare esige un'estensione degli effetti della sentenza, riguarda la garanzia che il terzo (eventualmente titolare di un eguale interesse) non debba subire gli effetti pregiudizievoli di una decisione rispetto alla quale no abbia avuto l'opportunità di difendersi adeguatamente».

<sup>89</sup> CORASANITI A., *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, cit., p. 185. En relación con los conflictos y las diferentes colectividades a las que refieren los IDC, señala que la relevancia del discurso referido a la «[...] relatività delle dimensioni reali della collettività (o formazioni sociali)[...]» que, dependiendo del su medida y consolidación normativa y dependiendo de si el IDC (que el llama superindividuales) hace referencia una exigencia frente a la misma colectividad por parte de uno o varios miembros (es decir, interna) o a una exigencia por parte de todos los miembros de la colectividad frente a otra colectividad, de mayor envergadura (es decir externa), los conflictos que se presentan pueden ser variados. Lo cierto es que «ogni manifestazione di conflittualità all'interno di una collettività abbia, se collegata ad interessi superindividuali, una potenzialità di rottura che può andare oltre l'allargamento della base decisionale della collettività e la sua trasformazione interna, e dar luogo addirittura, eventualmente mediante la coagulazione anche di

las exigencias de los sujetos que la conforman y donde se auto-imputan sus intereses<sup>90</sup>), lo cierto es que para el autor, los IDC son posiciones subjetivas homogéneas de los componentes de una clase de personas, o de una formación social, o de toda la colectividad en general<sup>91</sup>. En otras palabras, la homogeneidad, que para el autor «deriva de la uniformidad de contenido o de la referencia a un hecho de auto-distinción o de auto-organización de grupo»<sup>92</sup>, permite, sin duda, la referencia de la situación de ventaja a los sujetos «reales» que forman el grupo<sup>93</sup>. En estos términos, y aplicando un criterio objetivo, es decir, referido sobre todo al bien objeto de la situación subjetiva homogénea de ventaja<sup>94</sup>, para el autor, los IDC presentan un carácter de *difusión*, sea en el sentido que se trata de interés de un amplio grupo de personas, sea en el sentido de la posibilidad que ciertas actividades afecten contemporáneamente y/o progresivamente un amplio círculo de sujetos<sup>95</sup>.

El aspecto más interesante del enfoque de este autor es que, sobre la base de la premisa apenas evocada (es decir: titularidad individual, si bien homogénea, de los IDC; conflictualidad entre los IDC), señala que la colectividad se auto-presenta entonces como entidad idónea para garantizar los llamados IDC, sea mediante la participación en

interessi esterni, ad una nuova collettività in contrapposizione o in posizione di interferenza con la prima». Así, define los intereses colectivos como «interessi diffusi qualificati aventi un'autonoma rilevanza giuridica quali *interessi di categorie professionali*». p. 186.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 186. «Degli interessi diffusi può dunque dirsi: essi appaiono come le posizioni omogenee dei componenti una classe di persone (o una formazione sociale in via di auto distinzione o di autorganizzazione) nell'ambito di una collettività più ampia o della stessa collettività generale».

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 196

<sup>94</sup> Para el autor se trataría siempre de exigencias sociales que tienen «la loro base in garanzie costituzionali esplicite o implicite, ma in ogni caso inattuete o non adeguatamente attuate; di inerire alla persona umana», *Ibidem*, p. 191. En estos términos, el autor, además de reconocer el carácter individual de dichas exigencias, reconduce los IDC a situaciones subjetivas fundadas sobre normas (en cuanto de origen constitucional) y, en los términos de cuanto aquí propuesto, a derechos subjetivos homogéneos.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 193. «Il carattere di diffusione è, cioè, visto per un verso nel senso della riferibilità di certi interessi ad ampie cerchie di persone, per altro verso nel senso della idoneità di certe attività a ledere, contemporaneamente o secondo un processo di espansione difficilmente contenibile, larghe cerchie di soggetti “sistematicamente” sacrificate».

el debate democrático (técnicas participativas<sup>96</sup>), sea mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción para garantizar la tutela de los derechos subjetivos homogéneos en cuestión (técnicas garantistas<sup>97</sup>). En relación con estas últimas, si bien no es explícita la distinción entre la situación de ventaja y el ejercicio del (meta)derecho de acción, la misma, en realidad, resulta clara: en efecto, el autor precisa como nada impide que los entes exponenciales actúen para hacer efectiva la tutela de los IDC, pero lo importante es que sea clara la conexión entre los sujetos reales y el ente exponencial (no titular de la situación de ventaja) que sirve para anular la inercia y la timidez conectadas con el costo de la justicia<sup>98</sup>. En otras palabras, la colectividad y su actuar (procesal) es un instrumento para robustecer la posición subjetiva de los titulares del IDC.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 187. Las técnicas participativas consisten, para el autor, «nell'attribuzione ai componente la classe o la collettività meno ampia di poteri di incidenza o di reazione rispetto alle operazioni giuridiche di gestione aspettanti agli organi della collettività più ampia».

<sup>97</sup> Las técnicas garantistas consisten, para el autor, «nell'attribuzione ai detti componente di poteri di fruizione di utilità o di svolgimento di attività, da esercitare senza impedimenti, da parte dei terzi o da parte di altri componenti che si comportino o considerino i primi come terzi».

<sup>98</sup> Con relación a la tutela del ambiente (que el autor expresamente re-conduce al individuo y a sus derechos constitucionales), *Ibidem*, p. 196: «Che qui si tratti di posizione attinente alla persona umana discende anzitutto dell'innegabile collegamento fra l'ambiente inteso nel senso sopra indicato e il diritto alla salute, che è, fuori d'ogni dubbio, un diritto della persona. Del resto, a ben vedere, il concetto stesso di ambiente – e ciò in qualunque senso venga assunto – implica un riferimento a ciò rispetto a cui la realtà considerata come ambiente è tale, riferimento dal quale l'ambiente trae la propria rilevanza: orbene, inteso nel senso suindicato (e del resto anche negli altri due sensi) l'ambiente è riferito ad una attività e/o ad un modo di essere dell'uomo»; señala también que «[o]vviamente nulla vieta [...] riconoscere ad organismi esponenziali il potere di sperimentare la tutela – tanto più quella inibitoria – purché risulti anche qui un adeguato collegamento, che al giudice spetta verificare, tra tali organismi ed i soggetti “reali” (il problema, ovviamente, sarebbe di agevole soluzione positiva se si trattasse di associazioni costituite tra quei soggetti reali)».

Sobre la tutela del ambiente, sea, o no, conectado con el derecho a la salud, es interesante la actual afirmación al respecto de LANFRANCHINI V., *Le animulae vagulae blandulae e l'altra faccia della luna en la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., pp. XXXVII, quien señala, contrario claramente y desde siempre a la idea de imputar situaciones de ventaja a la colectividad, que «la maggiore delicatezza di questo profilo problematico non autorizza comunque il recupero del valore dell'autonominazione collettiva attraverso il paradosso, secondo il quale il danno all'integrità dell'ambiente si risolve in una antropomorfa lesione di quest'ultimo e non dei corposi interessi individuali delle persone che lo frequentano».

En la misma línea y, para efectos de cuanto aquí definiendo, se presenta el trabajo de Vigoriti<sup>99</sup> que puede ser identificado como un trabajo que asume una posición concreta (y creo correcta) en relación con la naturaleza de los llamados IDC (dejando, por ahora, a un lado la distinción entre los llamados ‘interés difuso’ y los llamados ‘interés colectivo’ por él propuesta y que, como se verá más adelante, no comparto<sup>100</sup>).

En efecto, el autor, desde un punto de vista descriptivo del ordenamiento jurídico y, además, consciente (en este caso con un enfoque prescriptivo) del eventual carácter contraproducente de la distinción (aquí criticada) entre derecho subjetivo e IDC, precisa claramente que los IDC son derechos subjetivos, es decir, situaciones de ventaja en cabeza de un sujeto visto individualmente<sup>101</sup>. Precisa, en primera instancia (si bien alejándose de cuanto considero sea el concepto de interés) como las diferentes clasificaciones (nociones) de ‘interés’ no denotan nuevas situaciones de ventaja sino, más bien, una *relación* entre determinadas situaciones individuales de ventaja<sup>102</sup>. En segunda instancia, y ya con referencia a los llamados ‘intereses difusos’ e ‘intereses colectivos’, rechaza de plano la idea según la cual conceptualmente estos términos refieran posiciones de ventaja diferentes a las ya conocidas por el ordenamiento jurídico italiano<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, cit.

<sup>100</sup> Ver numeral 10 de este capítulo.

<sup>101</sup> VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, cit., p. 42 «Entrambe formule si riferiscono ad una pluralità di situazioni di vantaggio di carattere individuale».

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 19 «Tutte queste qualifiche dell’interesse (strumentale, finale, incompatibili, comune, ecc.) non designano posizioni di vantaggio autonome di qualifiche particolari, ma designano il tipo di relazione esistente fra le varie posizioni di vantaggio». Es necesario precisar que el significado que el autor atribuye al término ‘relación’ termina por justificar su propuesta de distinción (que, al menos desde mi perspectiva de análisis, no comparto) entre ‘interés difuso’ e ‘interés colectivo’. En otras palabras, comparto la afirmación del autor, pero no todas las consecuencias que de esta afirmación el autor deduce.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 25 «Tutto questo implica altresì il rifiuto delle dottrine che sembrano considerare gli interessi collettivi e quelli diffusi, come un qualcosa del tutto diverso dalle posizioni di vantaggio conosciute, un *tertium genus* ad esse completamente alternativo». Valga en este caso de nuevo la aclaración según la cual no es viable inferir todas las consecuencias que el autor precisa en razón de esta afirmación, es decir, la justificación de una distinción de orden sustancial entre los llamados ‘intereses difusos’ y los llamados ‘intereses colectivos’.

Precisa, en cambio, y reconociendo la carga histórico-ideológica de las diferentes concepciones de las situaciones de ventaja<sup>104</sup> (pero, al mismo tiempo, y contrario de cuanto aquí afirmó, reconociendo consistencia conceptual a construcciones dogmáticas como el interés legítimo<sup>105</sup>), que los IDC son situaciones subjetivas de ventaja<sup>106</sup> que ni siquiera justificaría la distinción entre IDC públicos e IDC privados (relativizando en extremo, si bien no anulando, la distinción entre derecho público y derecho privado<sup>107</sup>).

El autor igualmente resalta la inconsistencia de la distinción sustancial entre el derecho subjetivo y los IDC cuando con ella se pretende justificar una titularidad de dichos derechos subjetivos homogéneos en cabeza de la colectividad, es decir, cuando

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 31. «Tali figure insomma non sono affatto strutturali ad un determinato ordinamento giuridico, ma hanno essenza, natura e contenuto “storico”, e pertanto adattabili alle necessità espresse da ordinamenti con caratteri politico-ideologico diversi». Para sustentar su afirmación -que en cierta medida comparto (no cierto la afirmación según la cual el concepto de derecho subjetivo no es estructural a un ordenamiento jurídico), en cuanto precisamente parte del objetivo de este capítulo es demostrar como determinadas cargas de política del derecho son la causa de una (infundada) distinción sustancial entre el derecho subjetivo y los IDC, así como de una (infundada) distinción de orden sustancial entre el ‘interés difuso’ e el ‘interés colectivo’- el autor reenvía al trabajo de Orestano sobre el derecho subjetivo (ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto (linee di una vicenda concettuale*, en *Ius*, 1960, p. 149 ss., ahora, también y con algunas modificaciones, en *ID.*, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, 1978, pp. 115-189).

<sup>105</sup> Ya en el numeral 4 del capítulo primero precisé como desde un punto de vista teórico, siguiendo fundamentalmente el trabajo teórico al respecto de GUASTINI R. («*Un soggetto, un diritto, un giudice*». *I fondamenti teorici di un giustizia non-amministrativa*, en *Diritto pubblico*, 1, 2008, pp. 41-51), la noción de “interés legítimo” no tiene fundamento, salvo si considerada como una situación de ventaja individual fundada sobre normas, es decir, un derecho subjetivo.

<sup>106</sup> VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, *cit.*, p. 26 ss. «Va invece ribadito che l’unica soluzione sistematicamente corretta è quella di ricondurre gli interessi collettivi nell’ambito delle posizioni di vantaggio riconosciute dal nostro ordinamento, e cioè, adesso, nell’esperienza attuale [italiana], alle figure del diritto soggettivo e dell’interesse legittimo». No es el caso repetir la crítica formulada en relación con la noción de interés legítimo. Sin embargo, insisto sobre el hecho que los intereses legítimos no son otra cosa que derechos subjetivos y, en este orden de ideas, interceptando el trabajo de Vigoriti con mi crítica a la noción de interés legítimo, se puede afirmar que Vigoriti conduce los IDC a los derechos subjetivos.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 35-36. «Il collettivo non è di per sé né pubblico, né privato: è una dimensione delle situazioni individuali e, a seconda della natura di queste, può riguardare ora gli interessi pubblici ora quelli privati, per cui costringerlo per sempre in una di queste due sfere non può che essere arbitrario e sostanzialmente inesatto». Más allá de la distinción de orden didáctico entre el derecho público y el derecho privado, lo cierto es que, dado que los IDC son derechos subjetivos, es decir posiciones de expectativa individuales fundadas sobre normas, distinciones en razón de dicha clasificación didáctica carece de fundamento teórico. Al respecto, pero en relación con Estados Unidos y con el uso de la locución ‘interés general’, ver numeral 3 del capítulo tercero.

se pretende considerar a la colectividad como sujeto de derecho supra-individual<sup>108</sup>. Al respecto precisa, en primer lugar, que la colectividad, en consonancia con la idea aquí presentada en relación con los DC y que constituye el aspecto central de estos capítulos, no es titular (jurídicamente hablando) de las situaciones de ventaja<sup>109</sup>, aún cuando sociológicamente sea posible hablar de colectividad<sup>110</sup>.

Y es precisamente en esta línea de pensamiento que el autor “denuncia” el riesgo de asumir un enfoque de este genere; un riesgo caracterizado, no sólo (i) por un eventual desplazamiento de las prioridades de las construcciones doctrinales y normativas, es decir, un desplazamiento desde el sujeto individual (siempre y único titular de las situaciones de ventaja fundadas sobre normas) hacia una colectividad (aparentemente titular de situaciones de ventaja supraindividuales)<sup>111</sup>, sino ,también, (ii) por una

---

<sup>108</sup> Sobre la (supuesta) titularidad de los llamados IDC en la doctrina del momento, por ejemplo Cappelletti, sin duda propulsor del debate, se genera, como ya precisé, la ambigüedad desde el mismo uso de los términos para englobar las situaciones de ventaja: él habla de derechos sin titular (CAPPELLETTI M., *Vindicating the Public Interest Through the Courts: a Comparativist's Contribution*, en *Buffalo Law Review*, 25, 1976, p. 643 ss.) o de intereses de la colectividad (ID. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en *Le azioni a Tutela di interessi collettivi*, cit., p. 192) o de nuevos derechos de los cuales todos los miembros de una clase, grupo o categoría son titulares pero, al mismo tiempo, ninguno lo es (ID., *Formazioni social e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, cit., p. 367), o de intereses de grupo (*ibidem.*, ver, por ejemplo, el título del artículo).

<sup>109</sup> VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, cit., p.58. «Direi [...] che non sia possibile impostare il problema del rapporto “comunità-interessi collettivi” come se si trattasse di attribuire la titolarità di certi situazioni ad una società semplice o ad una associazione non riconosciuta, e che neppure le sottili elaborazioni della dottrina societaria possano in alcun modo essere utilizzate per fornire sostegno alle affermazioni di quanti attribuiscono la titolarità dell’interesse collettivo al “gruppo”, inteso come un qualcosa di autonomo e distinto dai suoi membri».

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 49. «Ora, in certi casi almeno, si può indubbiamente affermare che quanti si riconoscono in un certo interesse costituiscono una “comunità”, o un “gruppo” differenziato a livello sociologico, ma non credo che, nel nostro ordinamento, gruppi di questo tipo possano essere considerati, in senso tecnico, centri di imputazione normativa»; sin embargo, precisa que «si può anche ammettere che, sul piano sociologico, esista fra coloro che condividono il medesimo interesse quel senso di identificazione reciproca che lega gli appartenenti alle forme sociali definite come “comunità” o “collettività”, ma non si può certo, per questo, arrivare a dire che è la comunità ad essere titolare dell’interesse comuni ai suoi membri”. Ver al respecto también el numeral 6 y 7 del capítulo primero y HARTNEY M., *Some Confusions concerning Collective Rights*, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2, 1991, p. 315).

<sup>111</sup> *Ibidem*, p.58. Precisa como la idea de considerar a la colectividad como titular de la situación de ventaja y al colectivo como «qualcosa del tutto diverso e sovraordinato all’individuo, finisce[e]

regeneración de ideologías con una carga corporativista, fruto de una tradición italiana sedimentada a partir de la segunda década del siglo XX y que, no obstante la desagradable sensación que suscita su mención, consolidó una idea de una titularidad del *interés unitario* en cabeza de la colectividad<sup>112</sup> y, con ella, un riesgo de anulación del individuo<sup>113</sup> y una negación del conflicto entre intereses individuales.

En fin y en términos generales, se puede afirmar que Vigoriti asume una posición respecto a la naturaleza y la titularidad de los llamados ‘IDC’ y, entonces, fija una premisa clara, contrario a la tendencia del momento caracterizada por escritos que divagaban ambiguamente en relación con el concepto de IDC pero que, incluso ignorando al mismo tiempo las propias “definiciones”, terminaban siempre por ocuparse (en un sentido prescriptivo) de la tutela de dichas situaciones de ventaja de referencia habiendo ya, sin embargo, consolidado en la cultura jurídica del momento la idea de una distinción (y jerarquización) entre los derechos subjetivos y los IDC.

Pues bien, a este punto, se puede afirmar que durante los primeros años de consolidación de la idea de una titularidad colectiva (o, al menos, no individual) de los IDC, (algunas de) las excepciones a la tendencia doctrinal apenas enunciadas trataron de evitar la distinción de aquello que no se puede distinguir y la confusión de aquello que debe ser distinguido y, en ese orden de ideas, afirmaron (junto con el resto de la doctrina) la necesidad de prescribir acciones procesales grupales para la garantía del (meta)derecho de acción; pero no compartieron (o, al menos, no de forma expresa) la distinción propuesta por la mayoría de la doctrina entre IDC y el derecho subjetivo en razón de su titularidad, es decir, afirmaron (tácita o expresamente) la titularidad individual de los IDC y su idoneidad para ser tutelados por vía de las acciones grupales.

En otras palabras, pero no en la forma radical como afirmo en este trabajo, se trataba de discursos que veían en la reinterpretación de los significados atribuidos a los

sempre col distogliere l’attenzione dal protagonista effettivo del fenomeno collettivo, e cioè dalla persona, a cui gli interessi, anche se a rilevanza superindividuale, non cessano mai di appartenere».

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 46. «Nonostante gli echi corporativi e la sgradevole sensazione di equivocità che il ricorso alla nozione unitaria di interesse collettivo immediatamente suscita, tale nozione è sopravvissuta all’ordinamento che ne aveva fatto fortuna, ed è stata prima riproposta a livello dottrinale e quindi accolta sul piano positivo».

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 61. «Proprio valendosi di siffatte concezioni “unitarie” dell’interesse collettivo si è arrivati ad attribuire la titolarità dell’interesse superindividuale alla categoria, al gruppo, alla comunità, così “espropriando” i singoli dei loro diritti».



enunciados normativos sobre los principios (derechos) procesales conectados todos con el macro(meta)derecho de acción, el camino para justificar la implementación de acciones colectivas grupales para la tutela de derechos subjetivos homogéneos con, y sin, objeto el disfrute de un bien colectivo.

En esta línea excepcional pero, de todas formas, sin afianzar igualmente raíces en la cultura jurídica del momento, un artículo de Nigro<sup>114</sup> se revela aún más radical. En efecto, el autor resalta con énfasis las consecuencias negativas del enfoque que defiende la idea de que los IDC denotan un interés unitario en cabeza de la colectividad.

Evidencia, criticando, la consecuente negación del conflicto perenne entre los interés de cada uno de los sujetos titulares de los IDC que se concretiza en razón del “esfuerzo” doctrinal por reforzar la consistencia de una idea de un interés objetivo y unitario<sup>115</sup> donde los sujetos interesados parecen funcionar solo como «antenas reveladoras de la misma necesidad»<sup>116</sup>. Un enfoque que no reconoce (que ignora) que de la objetividad de los IDC deriva precisamente una conflictiva y amplia subjetividad<sup>117</sup>. En estos términos los IDC, más que como una unidad estática y compacta en su consistencia objetiva, son

---

<sup>114</sup> NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, cit.*

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 7. «Questa rappresentazione [...] è più semplice e superficiale di quanto non si manifesti nella effettività, essendo l'interesse soggettivo indicato con la formula di interesse diffuso tutt'altro che unitario ed apparendo anzi solcato da contraddizioni e da conflitti (queste contraddizioni degli interessi diffusi sono raramente colte dalla dottrina) [...]».

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ibidem*. «Se anche l'interesse diffuso è nel suo tipo ideale sostanzialmente una realtà oggettiva [...] un profilo soggettivo non può mancare e non viene fatto mancare. Esso è imposto dal fatto che pur sempre di bisogno umano latamente individualizzabile si tratta, cosicché la soggettività è necessariamente l'altra faccia dell'interesse diffuso, per cui proprio dalla tipica oggettività dell'interesse si genera l'ampia soggettività è necessariamente l'altra faccia dell'interesse diffuso, per cui proprio dalla tipica oggettività dell'interesse diffuso, si genera l'ampia soggettività che l'accompagna». Y, en estos términos, p. 15, el conflicto se hace evidente y su negación imposible: «C'è da aggiungere che solo in via di ipotesi si può assumere la posizione dei titolari degli interessi diffusi come assolutamente e fedelmente ripetitiva. In realtà, ciascun soggetto vive e coltiva il proprio interesse in modo diverso dagli altri. Proprio la materia dell'ambiente mostra come riguardo all'assetto da conferire ad un luogo siano possibili e vengano nella realtà assunte le più diverse e talvolta opposte posizioni».

una «entidad con pluralidad matices e, incluso, como un proceso dialéctico»<sup>118</sup>. En estos términos, para el autor el interés difuso está formado por muchas situaciones claramente individuales, homogéneas, separadas las unas de las otras y que, no obstante presenten un alto grado de similitud, cada una, ciertamente, mantiene su naturaleza individual<sup>119</sup>.

Pues bien, es precisamente bajo esta premisa que el autor captura la distinción aquí defendida entre situación jurídica de ventaja (en el caso concreto, una pluralidad de derechos subjetivos homogéneos en candente conflicto) y el ejercicio del (meta)derecho de acción.

En efecto, en una visión crítica de los llamados ‘intereses colectivos’ (mal entendidos como los derechos difusos organizados en entes exponenciales<sup>120</sup>) el autor precisa que la clara tendencia doctrinal (y jurisprudencial) a anular la singularidad del sujeto titular de cada uno de los derechos subjetivos homogéneos<sup>121</sup> -como estrategia dirigida a

<sup>118</sup> Y, en los mismos términos afirma *Ibidem*, p. 16, afirma que «[...] dietro l'apparente uniformità dell'interesse superficialmente considerato come il tutto o il nulla indistintamente si cela una dialettica viva e accessa».

<sup>119</sup> En efecto, señala *Ibidem*, p.15, en un ejercicio metafórico para denotar el carácter claramente individual de cada uno de los DSH que «così come l'esistenza di un'epidemia non significa che non vi siamo malati singoli, ma che ve ne sono troppi di una stessa malattia, la diffusione di un interesse non comporta che non vi siano soggetti che ne hanno la titolarità, ma che ve ne sono troppi».

<sup>120</sup> Sobre el particular dedicaré posteriormente un breve análisis. Baste señalar que la construcción dogmática de los llamados ‘intereses colectivos’ que agruparía, en cada caso, los intereses difusos organizados en un ente exponencial, carece de fundamento conceptual y, en realidad, es el reflejo de la confusión y la “querida” no-distinción entre la situación de ventaja individual y el ejercicio del (meta)derecho de acción para garantizar su tutela. En efecto, como precisaré más adelante (si bien Nigro y otros autores ya resaltan esta particularidad), la organización de situaciones subjetivas individuales de ventaja en entes exponenciales es un mecanismo opcional para garantizar (y eventualmente equilibrar) el ejercicio del (meta)derecho de acción por parte de los titulares de sendas situaciones de ventaja individuales homogéneas y, entonces, nada tiene que ver con la situación objeto de tutela y tanto menos modifica su contenido y su estructura. En otras palabras, los llamados ‘intereses colectivos’ no son, como tampoco los intereses difusos, situaciones de ventaja diferentes al DS.

<sup>121</sup> NIGRO M, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., p. 17. Señala, por el contrario, que «la adeguata considerazione del profilo soggettivo dell'interesse diffuso indirizzerebbe così, in via astratta, verso un modello totalmente diverso da quello individuato all'inizio di questo scritto, modello che ha al suo centro appunto il soggetto (i soggetti) titolare (titolari) dell'interesse, al quale e soltanto al quale l'interesse pertenece come “proprio”, come “personale”. Niente (sempre in via di principio) strutture intermedie e intermediarie, niente interessi sostitutivi (come sono gli interessi collettivi). La “individualità”

garantizar la justiciabilidad de los IDC- se manifiesta en la «subjetivación» del IDC en una colectividad (en una formación social) que induce a presentar a los entes exponenciales, las formaciones sociales, como titulares de IDC. En estos términos, las situaciones de ventaja individuales, y siempre individuales, una vez dotadas de estructura (es decir, agrupadas en un ente exponencial) se presentan como intereses de las formaciones sociales<sup>122</sup>.

Pues bien, para Nigro, la organización, la estructuración, de los IDC es, en cambio, la elección de un camino procesal puesto al servicio de la dimensión personal y, por tanto (esta vez desde una perspectiva prescriptiva) afirma que dicha estructuración no puede constituir un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos de los sujetos en su dimensión individual.

De esta manera, aquello que quiere presentarse como la identificación de nuevos intereses (los intereses organizados en entes exponenciales) es, en realidad, la organización de situaciones subjetivas de ventaja siempre individuales que buscan caminos procesales, entre varios, para hacer efectivo el (meta)derecho de acción, es decir, «la necessità di soddisfare appieno l'esigenza di tutela giurisdizionale»<sup>123</sup>.

## **9. LA DOCTRINA SOBRE LOS IDC HOY: LA MATIZADA CONSOLIDACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA (ERRÓNEA) DISTINCIÓN ENTRE IDC Y LOS DSH O EL FANTASMA DE LA COLECTIVIDAD QUE RONDA**

Ya he precisado que la gestación y consolidación de la fractura entre las acciones procesales para la tutela de los DSHBC y la tutela de los DSH con objeto un bien no-colectivo se formó, en el derecho privado, durante el renacimiento de la idea de la colectividad (pero no necesariamente el ente exponencial) como titular de situaciones de

---

dell'interesse ne fa un interesse legittimo di tipo puro e comporta la tutelabilità piena di esso avanti la giurisprudenza amministrativa».

<sup>122</sup> Se trataría de una tendencia ideológica que asume concepciones que niegan «(consapevolmente o no, esplicitamente o implícitamente) al singolo, assunto cioè nella “solitudine” della sua coscienza e del suo umano rapporto con il bene, la capacità, e se non la capacità, la possibilità di piena esplicazione della propria personalità, e trasferiscono tale possibilità alle formazioni sociali (gruppi, associazioni, ecc.) in cui il singolo troverà ambiente, regole, strumenti – o legittimazioni – di azione». *Ibidem*, p.18.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp.18-19.

ventaja alrededor de la década de los años setenta del siglo pasado. Pues bien, no es posible afirmar que los esporádicos trabajos contrarios a esta idea hayan dejado una huella importante en los trabajos venideros. Por el contrario, la situación no ha cambiado sustancialmente (si bien -como se verá más adelante- para la doctrina la colectividad actualmente se identificaría con objetivos económicos prescritos normativamente por el ordenamiento jurídico<sup>124</sup>), más aún a raíz de intervenciones normativas de carácter comunitario y la recepción de las mismas en el ordenamiento jurídico italiano.

En efecto, la distinción entre IDC y los derechos subjetivos con base en la titularidad de los mismos, el consecuente desdoblamiento del contenido de la situación jurídica de ventaja en función de la acción procesal, la jerarquización entre situaciones de ventaja subjetivas a raíz del empleo de un lenguaje diferenciante, la “querida” no-distinción entre el derecho subjetivo de acción y las situaciones de ventaja objeto de tutela o, en pocas palabras, el resultado de la “elección” de política del derecho hasta el momento descrita, surtió efectos consecuentes en la cultura jurídica italiana que se reflejan en la estructura y la percepción de las acciones procesales grupales para la tutela de los DSH con, y sin, objeto un bien colectivo y, en términos más concretos, en la representación (percepción) de la *class action*.

Como se verá más adelante, dos factores determinaron con el paso del tiempo la consolidación de la “elección” doctrinal aquí analizada. De una parte, (i) la gestación y defensa de una distinción entre los así llamados ‘intereses difusos’ y los así llamados ‘intereses colectivos’ que, sin duda, incentivo la diferencia entre los DSH y los IDC en cuanto, sobre todo los segundos (entendidos por la doctrina como los intereses difusos organizados en entes exponenciales), justificarían una distinción más radical sobre la base de la titularidad del DSH respectivo. De otra parte, (ii) el empleo en el lenguaje legislativo (italiano y comunitario) del sintagma ‘interés colectivo’ que (así como en el caso de los derechos colectivos analizados críticamente en el primer capítulo) ayudaron a fomentar la errada convicción de la distinción entre DSH e IDC (particularmente

---

<sup>124</sup> Ver numeral 10 de este capítulo.

intereses colectivos) justificada sobre la base, precisamente, de una previsión normativa que implicaría, según la doctrina, una necesaria distinción<sup>125</sup>.

Pues bien, en ambos casos, se fomentaron y consolidaron los resultados de la “elección” operada por la doctrina en la “querida” confusión de aquello que no se puede confundir y la “querida” distinción de aquello que no se puede distinguir. Además, en el caso de (i), se trata de una ulterior distinción injustificada y, en el caso de (ii), se trata de previsiones normativas que, no obstante, dada la realidad teórica de las situaciones de ventaja en un sistema normativo legal en los términos ya precisados<sup>126</sup>, sólo mediante apreciaciones conceptuales equivocadas podrían ayudar a consolidar (mediante su interpretación) la idea de que los así llamados ‘intereses colectivos’ son situaciones de ventaja diferentes de los DSH; apreciaciones conceptuales equivocadas que, aún así, se han verificado reflejando, de nuevo, las mismas elecciones de política del derecho que caracterizaron el renacimiento del debate sobre los IDC en la década de los años setenta del siglo XX.

A este respecto, sin embargo, es necesaria una última precisión. En este proceso de consolidación de la fractura denunciada entre las formas de tutela grupal en razón de (supuestas) distinciones entre las situaciones subjetivas objeto de tutela, los matices sobre la supuesta titularidad colectiva de los IDC se hicieron evidentes. En efecto, la ambigüedad que acompañó la justificación de la titularidad de situaciones jurídicas de ventaja en cabeza de la colectividad no logró su auto-justificación definitiva en el discurso doctrinal.

En otras palabras, aunque los efectos en la cultura jurídica del discurso sobre los IDC permearon la doctrina en la forma hasta ahora evidenciada y, entonces, se abrió en la

---

<sup>125</sup> RESCIGNO, P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della «class action» ed i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 2226 quien afirma, confundiendo en el discurso la situación de ventaja y el ejercicio del (meta)derecho de acción, que «l’interesse collettivo proprio dell’intera categoria alla quale di volta in volta le singole leggi si riferiscono non coincide necessariamente con (e non rappresenta la mera sommatoria di) quelli individuali omologhi (ed è questa la differenza sostanziale con il meccanismo di azione e le finalità delle class actions)»; además precisa que «[...] nel nostro ordinamento esiste una marcata distinzione tra interesse individuale del singolo (che può coincidere, ma non necessariamente, con quello della collettività) e interesse ultraindividuale del gruppo organizzato». En una perspectiva similar, en cuanto distingue el interés colectivo del derecho subjetivo en razón del reconocimiento normativo de los primeros, entre otros, ver PETRILLO, C., *La tutela giurisprudenziale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., princ. pp. 43-67.

<sup>126</sup> Ver capítulo primero

mente del operador jurídico la constante referencia a la colectividad mediante la ya indiscutible nominación de los DSH con un lenguaje siempre diferenciante (sintagmas como ‘intereses trans-individuales’, o ‘super-individuales’, o ‘meta-individuales’, o ‘ultra-individuales’, o ‘difusos’, o ‘colectivos’, o ‘derechos subjetivos colectivos’, ‘derechos subjetivos difusos’), lo cierto es que la doctrina “relajo” su discurso y (sin abandonar la ambigüedad en sus construcciones referidas a las situaciones de ventaja objeto de tutela) se comienza a consolidar una voz (sobre todo siguiendo los estudios de derecho procesal civil comparado<sup>127</sup>) que, de una parte, reconocía el carácter subjetivo e individual de dichos IDC al tiempo que, de otra parte, se comienza a distinguir entre la situación de ventaja objeto de tutela y el ejercicio del (meta)derecho de acción.

Sin embargo, *el fantasma de la colectividad ya rondaba* en la doctrina sobre la tutela grupal de los DSH y, aunque se abandona la efusividad con que durante los años setenta de pregonaban discursos con una carga evidentemente colectivista, el lenguaje empleado para designar las situaciones de ventaja potencialmente tutelables por vía de las acciones grupales continuó a diferenciar (con ulteriores distinciones) aquello que no se puede diferenciar, llegando a un resultado equivalente al que se obtuvo al momento del renacimiento de la doctrina de los IDC (años 70 del siglo XX), afirmando y consolidando, incluso a nivel legislativo, una diferencia radical entre los DS y los llamados ‘intereses colectivos’.

En otras palabras, aunque actualmente en la doctrina se puede percibir una tendencia a superar las características propias de la “elección” aquí criticada y, entonces, se puede percibir una tendencia a distinguir aquello que se debe distinguir, es decir, la distinción entre la situación de ventaja objeto de tutela y el ejercicio del (meta)derecho de acción, lo cierto es que en razón del uso de un lenguaje diferenciante (en concreto, el uso del sintagma ‘intereses colectivos’), sumado a la consolidación en la cultura jurídica de la distinción entre el derecho subjetivo de un sujeto visto aisladamente y los ‘intereses colectivos’ como derechos que sólo se concretan en su alcance colectivo, impiden superar definitivamente la herencia del fantasma de la colectividad como detentador de derechos en la cultura jurídica italiana<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Por ejemplo, y entre otros, Andrea Giussani, Angelo Dondi y, por supuesto, Michele Taruffo.

<sup>128</sup> En efecto, aunque GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit. p. 18 afirma que «[d]a molti anni, però, si riconosce prevalentemente che questo genere di situazione di vantaggio [se refiere a los IDC y, en sus términos, a las llamadas situaciones de ventaja

superindividuales] può inquadarsi nello schema dell'obbligazione solidale dal lato attivo, riferita a prestazioni indivisibili di fare o di non fare: anche i diritti soggettivi tutelabili dalla giurisdizione civile possono dunque, come gli interessi legittimi tutelabili dalla giurisdizione amministrativa, assumere portata superindividuale avendo ad oggetto utilità insuscettibile di appropriazione esclusiva» (pero en contra, por ejemplo, CARRATA A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 104, quien sostiene en relación con esta interpretación doctrinal que «è proprio una simile ricostruzione (e conclusione) che non si può plausibilmente utilizzare (e condividere) con riferimento alla struttura degli interessi collettivi e diffusi propriamente intesi [...]»); lo cierto es que este *reconocimiento prevalente* del que habla el A., para efectos de este trabajo, no supera seguramente la ambigüedad que ha caracterizado el lenguaje de la doctrina sobre la tutela grupal de los DSH. En efecto, el mismo autor y a reglón seguido señala que «[c]apita tuttavia sempre più di frequente che il legislatore sostanziale [pero el autor no señala que la misma doctrina también lo hace] protegga situazioni di vantaggio qualificandole esplicitamente come situazioni di vantaggio superindividuali, definiendole, anziché come diritti soggettivi, come interessi collettivi», p. 18. De esta forma, es precisamente el lenguaje diferenciante lo que genera la fractura aquí mencionada con base en una ambigua distinción de aquello que no se puede distinguir. Además, no se trata, como se verá más adelante, sólo del empleo de términos diferentes para designar el mismo fenómeno normativo, sino de una distinción lingüística cargada de fuertes consecuencias sobre el plano de la calificación conceptual de las situaciones de ventaja objeto de tutela.

En relación con la aplicación del esquema de las obligaciones solidarias activas con prestación indivisible al fenómeno de la tutela grupal de los DSH, ver, por ejemplo y recientemente, COSTANTINO G., *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, en *Foro Italiano*, IV, 2007, pp. 140 ss., donde señala precisamente la viabilidad de encuadrarlos IDC (en cuanto se trata de obligaciones cuya «prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non é suscettibile di divisione» queste ipotesi si prestano ad essere inquadrate nello schema delle obbligazioni indivisibili di cui all'art. 1316 c.c. e ad essere regolate dalla disciplina delle obbligazioni solidali, ai sensi dell'art. 1317 c.c.», p. 141. En el mismo sentido, y antes, COSTANTINO G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p.235 ss.; PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per un studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi cit.*, p. 285 ss.

A este respecto señala CAPONI R., *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2007, que este enfoque responde a factores históricos que determinaron una interpretación más flexible de la disciplina de las obligaciones solidarias contemplando, talvez solo después de ejercicio interpretativos amplios, la posibilidad del empleo de la disciplina de las obligaciones del código civil con una aplicación a grupos indeterminados de personas sirviéndose (el intérprete) de la previsión normativa de la legitimación a todos los acreedores en el caso de las obligaciones indivisibles y, además, la previsión de la eficacia *secundum eventum litis* (art. 1306 c.c. italiano) que hace viable el empleo de esta disciplina a los llamados IDC. Sin embargo, señala que en el escenario alemán la situación es muy diferente: precisa que en Alemania «[...] la nozione di obbligazione é difficilmente compatibile con una pluralità, spesso indeterminata, di aventi diritto. Essa ha come tratto

## 10. (SIGUE) LA IRRELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE INTERÉS DIFUSO E INTERÉS COLECTIVO

La sedimentación de la “elección” tantas veces descrita se consolidó en la cultura jurídica italiana también a raíz de la concreción de la (supuesta) distinción entre ‘interés difuso’ e ‘interés colectivo’ alimentada incluso por autores que, sin embargo, afirmaban la titularidad individual de toda situación de ventaja<sup>129</sup>.

Ahora bien. No obstante en este trabajo se considere (además del hecho que es inapropiado el uso del término ‘interés’ para referir situaciones subjetivas de ventaja en un ordenamiento normativo legal<sup>130</sup>) que no existe una diferencia (en términos sustanciales) entre los intereses difusos y colectivos y que, además, ambas categorías denotan siempre derechos subjetivos homogéneos con objeto un bien colectivo (correspondientes siempre con una, o varias, posiciones hohfeldianas), en este aparte me ocuparé de la distinción doctrinal entre ambas categorías con el objetivo de resaltar, precisamente, la inconsistencia conceptual de esta diferenciación, a pesar de la existencia expresa de enunciados normativos (de orden legislativo y jurisprudencial) que mencionan los segundos<sup>131</sup>.

A partir de las premisas teóricas presentadas en este trabajo<sup>132</sup> resulta claro que una distinción entre los intereses difusos y los intereses colectivos no tiene justificación. En efecto, si la distinción que la doctrina quiere justificar es una distinción entre DSH no

caratteristico quello di essere una relazione specifica[...]» (p. 1238), sin contar el hecho que la eficacia *secundum eventum litis* no es prevista en el caso de las obligaciones indivisibles.

<sup>129</sup> En efecto, Vigoriti puede ser identificado como un autor que, en su momento, al tiempo que identifico todos los IDC como situaciones jurídicas de ventaja individuales, afianzo la idea de una distinción entre ‘interés difuso’ e ‘interés colectivo’, VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, cit., pp. 44 ss. Actualmente el autor, sin embargo, sostiene, en ID., *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, en *Contratto e impresa*, 3, 2008, p. 746, contrario a una distinción entre situaciones de ventaja individuales y colectivas, que «anzitutto, per interesse collettivo non si intende una situazione di vantaggio ontologicamente diversa dai diritti (e dagli interessi legittimi), ma solo un insieme di diritti distinti ed autonomi, e tuttavia omogenei. Insomma, il collettivo attiene alla dimensione delle situazioni aggregate, che però conservano la natura iniziale che aspetta loro *singulatim*».

<sup>130</sup> Ver numeral 2 y 4 del capítulo primero.

<sup>131</sup> El ejemplo fundamental para efectos de la segunda parte de este trabajo se encuentra en el código del consumo italiano en cuanto prescribe la *azione di classe*: art. 140bis

<sup>132</sup> Ver capítulo primero



organizados en entes exponenciales (los así llamados ‘intereses difusos’) y DSH organizados en entes exponenciales (los así llamados ‘intereses colectivos’), bastaría señalar que la organización en entes exponenciales de DSH no es más que una opción favorable (o no) al ejercicio del (meta)derecho de acción y que, en estos términos, resulta irrelevante en relación con la estructura conceptual de la situación de ventaja objeto de tutela<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> La doctrina no siempre resulta ajena a este razonamiento y, por el contrario, evidencia como la categoría de los intereses colectivos es el resultado de una elección normativa dirigida a garantizar la tutela de los DSH por vía de la imputación de situaciones de ventaja en cabeza de las asociaciones y no, en cambio, el resultado de la constatación de nuevas situaciones de ventaja diferentes del derecho subjetivo. En efecto, y en esta línea, ver, por ejemplo, GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell’illecito*, en *Rivista di diritto e procedura civile*, 2008, pp. 239-250 (también en ID., *Saggi sulle tutele dell’impresa e dall’impresa*, Giappichelli, Torino, 2007 pp. 231-243) quien presenta la legitimación y, primero, la titularidad de las situaciones de ventaja superindividuales en cabeza de la asociación, como una técnica normativa, una «*tecnica incentivante* [que el autor considera normativamente necesaria desde un punto de vista económico, para evitar «dover fare affidamento su atti di eroismo irrazionale», p. 242] da tempo affermatasi in Europa consistente nel configurare, in presenza di tali fattispecie [tutela de los DSH], una situazione sostanziale di vantaggio di portata superindividuale, concorrente con quelle dei singoli componenti del gruppo degli interessati, imputata *ex lege* ad associazioni rappresentative della categoria [...] tutelabile in via fondamentale inibitoria, e denominata *interesse collettivo*» (cursiva mía) p. 242. Pues bien, con este enfoque el A., si bien no entra directamente a analizar la consistencia conceptual de los llamados ‘intereses colectivos’, claramente presenta (en este caso desde un punto de vista descriptivo del ordenamiento jurídico) dichas situaciones de ventaja como el resultado de una política normativa del derecho encaminada a sortear problemas de eficiencia en la implementación de los recursos judiciales para la tutela de los DSH. De hecho, el mismo autor, en relación con esta política procesal de garantizar estos últimos por vía de una imputación de situaciones de ventaja a los entes exponenciales legitimados por vía, casi siempre, administrativa, presenta algunas críticas a dicha elección, entre las cuales sobresale (para efectos de este aparte del trabajo) aquella dirigida contra la inevitable contraposición (talvez mejor emplear el término ‘conflicto’) entre las situaciones de ventaja de cada uno de los miembros del grupo, es decir, sus DSH, con la situación de ventaja imputada al ente exponencial: «il secondo elemento problematico consiste nella discrepanza tra gli interessi dei componente della categoria di riferimento e quelli propri dell’associazione: i primi sono interessati anzitutto alla soddisfazione delle loro situazioni di vantaggio individuali, mentre alla seconda interessa soprattutto il potenziale impatto mediatico dell’iniziativa giudiziaria, cui dipende il ritorno finanziario in termini di contribuzioni spontanee [...]»; señala que incluso «la loro legittimazione ad agire di rado procura effetti benefici ai componente della categoria di riferimento e spesso determina invece gravi dispersioni delle risorse giurisdizionali», p. 244. Es el momento para recordar, sin embargo, que los conflictos siempre son entre DS incluso si se trata de DSH y nunca entre situaciones de ventaja imputadas a la colectividad. Ver numeral 8 del capítulo primero.

En otras palabras, bastaría señalar que la organización en entes exponenciales de DSH (con, y sin, objeto un bien colectivo) es un aspecto contingente a la definición de la situación de ventaja objeto (eventualmente) de tutela; tutela que siempre se verifica mediante el ejercicio del (meta)derecho subjetivo de acción, y que la organización en entes exponenciales no es más que una *facilitación* (o no) para dicho ejercicio que genera un particular modelo de acciones procesales grupales (en particular, y de origen alemán, la *Verbandsklage*<sup>134</sup>)<sup>135</sup>.

En estos términos, la organización en entes exponenciales de los DSH tiene que ver única y exclusivamente con la forma (procesal) como dichos derechos subjetivos se auto-presentan para su promoción política y su “representación” judicial. Así, sobre la base de este argumento (que considero correcto y que, entonces, demuestra la irrelevancia de la distinción y conduce indiscutiblemente a afirmar que todos los llamados ‘IDC’ denotan siempre y sólo DSH) abordar el argumento resulta relevante sólo porque con base en esta distinción se genera un modelo particular de tutela grupal de los DSH<sup>136</sup>.

Sin embargo, este modelo, al menos en Italia, se construye, no como una distinción entre caminos procesales para la tutela de DSH, sino con base en, para gran parte de la doctrina, una calificación específica de situaciones subjetivas de ventaja (aparentemente) diferentes del derecho subjetivo: es decir, un modelo que se construye con base en la no-distinción entre situación de ventaja y ejercicio del (meta)derecho de acción.

Ahora bien. No obstante nuestro evidente rechazo a la distinción entre ‘interés difuso’ e ‘interés colectivo’, algunas notas al respecto resultan pertinentes. En primer lugar, es necesario señalar que la gestación de esta distinción no se presentó de forma

---

<sup>134</sup> Al respecto ver, por ejemplo, CAPONI R., *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, cit., pp. 1240 ss.; HALFMEIER AXEL, *Populaeklagen im Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen, 2006; RESTA G., *Azioni popolari, azioni nell’interesse collettivo, «class actions»: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, en *Rivista critica di diritto privato*, 2,2007, pp. 31-340.

<sup>135</sup> Entre otros, este particular es señalado por TARUFFO M., *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, LANFRANCHI, L. (ed.), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 53-65.; GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., pp. 100 ss.

<sup>136</sup> En particular y en relación con el objeto de este trabajo, ver la acción inhibitoria del art. 140 del código del consumo italiano.

explícita al inicio del renacimiento del debate sobre los IDC. En efecto, contrario a lo que parece hoy un punto indudable de la doctrina en el discurso sobre los IDC, en el discurso doctrinal del momento, la distinción entre ‘interés difuso’ e ‘interés colectivo’ no parecía tan clara: por el contrario, ambas expresiones se empleaban indistintamente casi como sinónimos<sup>137</sup>.

Esto no significa, sin embargo, la imposibilidad de extraer dicha distinción del discurso doctrinal sino, por el contrario, se puede identificar la intención de la doctrina por diferenciar entre los intereses organizados en un ente exponencial (ahora, intereses colectivos) y los intereses no organizados y, entonces, difícilmente mesurables (ahora, intereses difusos). A este respecto ya desde un principio es posible encontrar autores que llamaban (en diferentes grados de claridad) la atención sobre esta distinción<sup>138</sup>, siempre sobre la base de considerar los intereses colectivos como la organización en entes exponenciales de los intereses difusos, es decir, la *delimitación* (“personificación”, imputación) de estos últimos en un ente exponencial<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Así precisa también CARRATA A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 84. Para un ejemplo del uso de ambos sintagmas con el mismo significado ver CAPPELLETTI M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, cit., pp. 191 ss.

<sup>138</sup> TARELLO G. *Intervento*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 350; GIANNINI M. S., *Intervento*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 354; ID., *La tutela degli interessi collettivi nel procedimento amministrativo*, en *Le azioni a tutela de interessi collettivi*, cit. p. 23, (autor que sobre esta distinción consolidó la idea de los IDC -y en concreto de los intereses difusos- como intereses «adespoti» ya desde 1970, ID., *Diritto amministrativo*, Il Mulino, 1970, pp. 882-885); BRICOLA F., *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, en *Le azioni a tutela de interessi collettivi*, cit., pp. 134 ss.; DE VITA A., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti in tema di protezione degli interessi dei consumatori*, cit, pp. 350 ss.

<sup>139</sup> Incluso se llegó a hablar, aunque minoritariamente (MARUOTTI L., *La tutela degli interessi diffusi e collettivi*, en *Diritto e processo amministrativo*, 1992, p. 255; GIANNINI M. S., *opp. citt.*), de una no-tutela de los intereses difusos en cuanto no-organizados en entes exponenciales. En realidad, la posición mayoritaria no niega la tutela de los llamados ‘intereses difusos’ sino, simplemente, y en términos generales, resalta la dificultad de tutela debido a su carácter no-organizado. VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, cit., pp. 44 ss y, entre muchos otros, ver ALPA G., *Voce, Interessi diffusi*, cit., p. 609 ss.

La consolidación de esta distinción, aunque criticada por pocos<sup>140</sup>, cobra fuerza con el paso del tiempo y es asumida como cierta en los trabajos posteriores, resaltando siempre la relevancia, en última instancia, del aspecto subjetivo caracterizado, en términos generales, por la *voluntad* de organización de los intereses difusos en entes exponenciales para el disfrute de un bien colectivo<sup>141</sup>. Se trata de una valoración del

---

<sup>140</sup> NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., pp.10 ss. Además, seguramente el trabajo al respecto de Taruffo (si bien la lectura que hago no se desprende textualmente de su trabajo pero considero que es correcto cuanto afirmo) de manera más explícita no da valor a la distinción entre 'interés difuso' e 'interés colectivo', como tampoco reconduce la titularidad de los IDC a la colectividad. El concentra sus estudios sobre las acciones grupales vistas como instrumentos procesal para hacer efectivo el macro(meta)derecho de acción y no como acciones procesales que nacen para definir a su vez las situaciones de ventaja objeto de tutela. En esta línea, acorde con cuanto aquí argumento, por ejemplo el autor considera la tutela de los IDC puede verificarse por vía de la legitimación a entes exponenciales que en sentido amplio los "representaría". En estos términos, considero que para el autor la organización en un ente exponencial de los IDC (es decir, de los DSH) es un aspecto claramente procesal que tiene que ver con el tema de la legitimación para, por ejemplo, el ejercicio del (meta)derecho de acción de los sendos titulares de los DSH y que, entonces, no incide sobre la calificación conceptual de la situación de ventaja objeto de tutela. En otras palabras, la organización de los titulares de los IDC en entes exponenciales y la legitimación para actuar jurisdiccionalmente de estos últimos es un modelo de acción grupal y, en tal medida, sería irrelevante para justificar distinciones conceptuales entre las situaciones de ventaja y, tanto menos, para justificar una distinción entre intereses difusos e intereses colectivos. Ver, por ejemplo, TARUFFO M., *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, en *Rivista critica di diritto privato*, 1987, pp. 433 ss.; y recientemente ID. *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit.

<sup>141</sup> Lo cierto es que siempre que se habla de organización de intereses difusos en entes exponenciales para definir los así llamados 'intereses colectivos', dicho acto de organización siempre es reconducido por la doctrina a un acto en sentido *lato* voluntario. Bajo esta premisa, por ejemplo VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, cit., pp.39 ss., sustenta su "definición" de los llamados 'intereses colectivos' como intereses difusos (que para el autor son derechos subjetivos) que, dado el vínculo fruto de la organización del grupo, se puede actuar en nombre de estos, que no son ya la el resultado de su suma, sino que se convierten en la síntesis de los intereses difusos ahora organizados (pp. 19, 40 ss.). Además, dando prioridad al factor organizativo voluntarístico en sentido *lato* el autor señala como una definición en razón del objeto del interés (bien indivisible) no se justifica puesto que un criterio meramente objetivo (posición doctrinal defendida, entre otros, por CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1926, p. 6; PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per un studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali)*, cit. p. 264; COSTANTINO G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, cit. p. 231) no logra definir los intereses difusos puesto que no es suficiente, para significar los 'intereses colectivos', decir que el objeto del interés es un bien indivisible. En pocas palabras, afirma el autor, p.21, que no «conta tanto il carattere del bene o dei beni verso cui si accentrano le aspirazioni di più soggetti quanto piuttosto la consapevolezza nei singoli della relazione

carácter subjetivo pero con varios matices representados, en algunos, en la contemporánea valoración de criterios objetivos, tanto en la “definición” de ‘interés difuso’ (en concreto, las características del bien objeto del interés: bien indivisible), como en la definición de los así llamados ‘intereses colectivos’<sup>142</sup>.

Lo cierto es que en este contexto el interés colectivo se revelaría como una nueva situación de ventaja diferente cualitativamente<sup>143</sup> del interés difuso. A este respecto la doctrina continua a afirmar esta distinción presentando siempre la organización del grupo (de la categoría<sup>144</sup>) como un criterio diferenciante de las situaciones de ventaja, es

che lega i loro interessi. Se anche vi sono più aspirazioni verso un bene indivisibile, ma manca ai soggetti che le nutrono la consapevolezza della dimensione non esclusivamente individuali della loro aspirazione (e manca quindi anche un’organizzazione e un coordinamento della volontà) non esiste ancora, a mio avviso, un interesse collettivo, ma si ha una semplice comunanza di interessi».

<sup>142</sup> En contraste con una “definición” con base en el criterio subjetivo, es decir, una “definición” que, en cambio, da valor al criterio objetivo DENTI V., *Voce, Interessi Diffusi*, en *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1983, p. 307 quien afirma que «caratteristica comune agli interessi che si definiscono *diffusi* è il riferimento ad un bene non suscettibile di appropriazione esclusiva e rispetto al quale il godimento dei singoli, o dei gruppi, non è limitato dal concorrente godimento degli altri membri della collettività». Además, el autor da valor al criterio objetivo en la definición de ‘interés colectivo’ (no sólo en razón del bien sino) en razón de la pertenencia de los miembros del grupo a una categoría, es decir, valoriza el carácter corporativo (obviamente no en el significado atribuido por la doctrina corporativista previa a la constitución del 48) como criterio definitorio: «Il criterio distintivo, quindi, non è dato dalla organizzazione degli interessi, che può essere presente (ma non necessariamente) anche nel perseguimento degli interessi diffusi, ma dal carattere “corporativo”, in senso proprio, degli interessi medesimi», p. 307.

<sup>143</sup> Para una referencia a la evolución de la doctrina sobre el particular y para la calificación de los intereses colectivos como *cualitativamente* diferentes de los intereses difusos sobre la base de la previsión normativa de los mismos y sobre una distinción (que no comparto) en función de la pertenencia a una categoría organizada ver PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffuso*, *cit.*, pp. 43-67. Se trata de un enfoque que siguiendo el trabajo de los años 70 de Vigoriti (VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, *cit.*) reconoce la calidad de derechos subjetivos a los IDC pero, en la misma línea, califica los intereses colectivos como intereses cuya relevancia al interior de una categoría implica su calificación como nueva situación de ventaja y, entonces, diferente cualitativamente de los intereses difusos y de los derechos subjetivos. Sin embargo, como ya he precisado, esta distinción carece de fundamento y, en efecto, de la lectura de las afirmaciones de la autora (como sucede con la mayoría de la doctrina aquí analizada) resulta evidente, si bien “expresamente” no lo señala, que los motivos que justificarían esta distinción se refieren todos al ejercicio del (meta)derecho de acción y no al concepto de la situación de ventaja (siempre individual) objeto de tutela.

<sup>144</sup> El término ‘categoría’ toma relevancia actual en la “definición” de los llamados ‘intereses colectivos’ de DENTI, V., *Voce, Interessi Diffusi*, *cit.* p.306: «Mentre gli interessi diffusi, quindi, sono

decir, el ente exponencial (resultado de la organización del grupo o de la categoría o de colectividad) como elemento que formaría parte de la definición de la situación de ventaja e, incluso, que determinaría radicalmente la nueva calificación y la mutación<sup>145</sup> de los intereses difusos (considerados, sea como derechos subjetivos<sup>146</sup>, sea como intereses en cabeza de la colectividad) en intereses colectivos cuya titularidad trascendería (incluso si abstractamente pueden ser identificados en cabeza de cada uno de) los sujetos individuales en su condición aislada<sup>147</sup>.

---

e restano interessi generali, anche quando interviene una organizzazione per la loro tutela, gli interessi collettivi sono interessi di categoria, necessariamente imputabili ai gruppi o alle associazioni che se no fanno portatori». Se trata de un trabajo que actualmente, junto con ALPA G., *Voce, Interessi Diffusi*, cit., son citadas casi sistemáticamente por la doctrina en los trabajos relativos a los IDC. Por cierto, esto talvez explica la constante difusión de la “elección” de la doctrina sobre los IDC aquí denunciada.

<sup>145</sup> En cuanto a la incidencia negativa del discurso sobre la “definición” de los así llamados ‘intereses colectivos’ y la consecuente (y supuesta) *mutación* de los intereses difusos ver, en línea con la propuesta de este trabajo, NIGRO M., *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit. pp. 10-20. Mutación que se verificaría a raíz de la negación por parte del ordenamiento jurídico (pero particularmente de la doctrina y la jurisprudencia) de la titularidad individual de los intereses difusos y una sobrevaloración del carácter objetivo de dichos intereses. Mutación que negado una *cara* de los intereses difusos no encuentra más remedio que garantizar la justiciabilidad de los mismos reconociendo su titularidad en cabeza de una formación social en la que se ahoga el conflicto y la subjetividad de cada uno de los intereses difusos.

<sup>146</sup> PIRAINO S., *L’interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, en *Rivista di diritto processuale*, 1979, pp. 202-222. En efecto, el autor considera, en relación con los intereses difusos, que se trata siempre de situaciones jurídicas de ventaja individuales homogéneas. Sin embargo (y con un enfoque que aquí se critica en cuanto reconduce todo derecho subjetivo a la fracción del interés general o, de todas formas, de un interés más amplio) afirma que los intereses difusos, si bien siempre divisibles en situaciones subjetivas individuales, «per il peculiare carattere che li contraddistingue, l’ordinamento riconosce un ruolo preminente se globalmente considerati, cioè se unificati nella figura dell’interesse collettivo [...] perché la loro unificazione li rende apprezzabili sotto un’ottica diversa, che spiega la particolare considerazione e tutela ad essi riservate dal diritto [...] La protezione oggettiva di tali interessi, se risponde ad una ben definita finalità dell’ordinamento, che riflette la maggiore rilevanza sociale assunta dalla configurazione unitaria di interessi omogenei, non esclude però che, proprio per la peculiare struttura dell’interesse collettivo, che è la somma di più interessi individuali omogenei, si possa giungere a soggettivare la tutela di questi, o in capo ad enti od organi esponenziali della collettività o in capo a singoli soggetti», pp. 217 ss.

<sup>147</sup> En efecto, la definición de TROCKER N., *Voce. Interessi collettivi e diffusi*, XVII, Roma, 1989, que define los intereses difusos como intereses «che pertengono identicamente ad una pluralità di soggetti più o meno determinata o determinabile, eventualmente unificata più o meno strettamente in una collettività, e che hanno per oggetto beni non suscettibili di appropriazione e godimento

Ahora bien. En el contexto doctrinal descrito, y sobre todo recientemente, el debate sobre la titularidad, o no, del interés colectivo en cabeza, o no, del ente exponencial ha sido objeto de discusión. En efecto, así como cada vez cobran más fuerza afirmaciones ambiguas, o de todas formas diferenciadas principalmente bajo el perfil lingüístico, sobre el carácter individual/colectivo de los intereses colectivos<sup>148</sup>, de la misma manera se discute sobre si el ente exponencial es el titular de un propio derecho subjetivo<sup>149</sup>, o

esclusivo» es complementada por BIANCA M., *Note sugli interessi diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi*, cit., pp. 69-70 señalando que «va però dato atto che l'espressione interessi collettivi ha una tradizionale connotazione legata al mondo delle categorie professionali. Le categorie professionali sono collettività a composizione indeterminata ma gli interessi che vi fanno capo – detti appunto interessi collettivi – sono assunti da enti (ordini e organizzazioni sindacali) che hanno specifiche competenze e funzioni e che appartengono ormai ad un autonomo settore del diritto privato».

<sup>148</sup> Una afirmación ambigua en este sentido sería: «In realtà, pur ammettendo l'innegabile vicinanza strutturale fra la nozione di interesse collettivo e diffuso e quella di diritto plurisoggettivo e pur riconoscendo che, in taluni casi, si parla impropriamente di interesse collettivo o diffuso, mentre in realtà si è in presenza proprio di diritti soggettivi plurisoggettivi (o rilevanza o a struttura collettiva), mi pare si debba anche ammettere che una piena coincidenza fra le due figure non ricorra», CARRATA A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., pp. 103. Y esta afirmación resulta ambigua precisamente en razón de la justificación que presenta como criterio diferenciante: en efecto, afirma que no se podría equiparar (refiriéndose, creo yo, con una interpretación errada el artículo de NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., tantas veces citado en este trabajo) el derecho subjetivo a los IDC porque esto implicaría que «si dovrebbe anche riconoscere che la difesa da parte dei singoli del proprio diritto soggettivo (o porzione del diritto plurisoggettivo) o del proprio interesse legittimo (o porzione del interesse legittimo) sia in grado di esaurire tutte le possibili forme di tutela dell'interesse medesimo». Pues bien, en este razonamiento, el A. confunde evidentemente el ejercicio del (meta)derecho de acción con la situación de ventaja objeto de tutela en los términos ya precisados en este trabajo y que se ha verificado, con diferentes matices, desde la década de los años setenta del siglo pasado.

<sup>149</sup> Esta es una de las lecturas doctrinales que se han esgrimido en relación con el art. 28 del Estatuto de los trabajadores (ver pie de página 56 de este capítulo). También se trata de la posición defendida por Giussani, no sólo respecto del art. 28 apenas mencionado sino, en su momento, respecto del art. 1469bis de c.c. italiano, GIUSSANI, A., *Considerazioni sull'art. 1469-sexies c.c.*, en *Rivista di diritto privato*, 1997, pp. 325 ss. Sin embargo, es necesario señalar que en relación con la tutela de los derechos de los consumidores (en su momento la Ley n. 281 del 30 de julio de 1998, art. 3; ahora en código del consumo italiano) el A. señala en ese entonces (y también ahora en GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 188) en ID., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, en *Danno e responsabilità*, n. 12, 1998, que en este caso, y por precisa indicación normativa, los entes exponenciales por medio del ejercicio de la respectiva acción allí prevista no difienden «un diritto soggettivo proprio ed autonomo ad operare in

si es el titular del intereses colectivo<sup>150</sup>, o si, en fin, sólo es el portador procesal del mismo para efectos de la justiciabilidad del interés colectivo, es decir para el ejercicio del (meta)derecho de acción<sup>151</sup>.

---

un ambiente libero da condotte lesive degli interessi della categoria di riferimento – e cioè l'ipotesi di cui all'art. 1469*sexies* c.c. -[...]»(p. 1064), sino los «interessi collettivi dei consumatori», (p. 1062).

<sup>150</sup> Se trata también, por ejemplo, de una de las interpretaciones doctrinales en relación con el art. 28 del Estatuto de los trabajadores. Ver pie de página 56 de este capítulo.

<sup>151</sup> Bajo este perfil, pero no en relación con el art. 1469*sexies* del c.c., sino en relación con la ley n. 281 del 30 de julio de 1998 (ahora en el código del consumo), GIUSSANI, A., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, p. 1062, reconociendo, pero aparentemente, una consistencia conceptual de los interés colectivos –aparentemente porque el mismo autor (como ya señalé en el pie de página 37 de este capítulo) que la legitimación de las asociaciones para la tutela de los llamados IDC corresponde a un modelo procesal que, siguiendo (la aquí criticada) distinción entre DS e IDC permite superar dificultades de orden normativo que se verificarían, incluso a nivel constitucional, si los derechos en cuestión fuesen considerados como derechos subjetivos de los miembros de la colectividad y, de hecho, en el mismo escrito el autor afirma que la legitimación a las asociaciones se verifica normativamente porque «quando si riconosce la tutelabilità di tali interessi come situazioni soggettive di portata superindividuale [...] spesso si conferisce l'azione ad un ente esponenziale la cui finalità statutaria consista nel reprimere questo genere di condotta, benché esso non ne sia vittima se non che vede frustrata tale sua finalità [...] perché le vittime più dirette non sono in grado di far valere efficientemente i loro diritti», reconociendo así que se trata de una elección de política del derecho que no tiene un alcance conceptual- afirma que los entes exponenciales tutelan los derechos colectivos de los consumidores que «si possono distinguere radicalmente dai veri e propri diritti soggettivi, per un verso perché le utilità pratiche derivanti dalla loro tutela in giudizio ricadono prevalentemente su soggetti diversi da quelli ai quali spetta l'azione (e cioè sui consumatori, e magari sui concorrenti, più che sulle associazioni, le quali profittano dell'iniziativa giudiziaria soprattutto sul piano della promozione della loro immagine) e, per altro verso, perché esse non coincidono con i diritti soggettivi dei maggiori – benché indiretti – beneficiari di tale tutela». En estos términos el A. (así como, p.e., CARRATA A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, en *Giusto processo civile e procedimenti sommari*, LANFRANCHINI L. (ed.), Torino, 1999, pp. 140 ss. o PUNZI C., *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, en *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 647 ss.), claramente contrario a cuanto propuesto en este trabajo, reconoce la idea de una situación de ventaja (palabras más, palabras menos) fuera de la órbita individual del sujeto y, entonces, en cabeza de la colectividad.

También, bajo el mismo perfil, superando en parte (pero sólo aparentemente) la falta de distinción que tradicionalmente, como ya he señalado, ha acompañado el discurso doctrinal entre el ejercicio de (meta)derecho de acción y la situación jurídica de ventaja objeto de tutela, pero igualmente afirmando una (errada) distinción conceptual entre el interés colectivo, de una parte, y el derecho subjetivo. de la otra (considerando en ocasiones los intereses difusos como derechos subjetivos), se encuentra una posición doctrinal según la cual los entes exponenciales son sólo titulares del derecho de acción para la tutela de los interés colectivos que (si bien subjetivos) son colectivos en cuanto sólo se



Pues bien, estas diferentes discusiones en relación con el rol de las asociaciones al interior del debate sobre (la distinción entre los intereses difusos y colectivos, es decir, sobre) los IDC, sin duda relevantes en un plano normativo, carecen de consistencia a la luz de cuanto aquí demostrado en un plano teórico puesto que, más allá de los problemas interpretativos (incluso de orden constitucional) que podría suscitar el afrontar desde un punto de vista descriptivo el análisis del ordenamiento jurídico<sup>152</sup>, lo cierto es que no es posible argumentar la consistencia conceptual de situaciones de ventaja que no correspondan con una, o varias, de las posiciones hohfeldianas (libertad y/o pretensión y/o poder y/o inmunidad)<sup>153</sup>, es decir, que no sean derechos subjetivos. Por este motivo (y con mayor razón), la distinción entre los intereses colectivos y los intereses difusos igualmente pierde relevancia (al tiempo que complica y confunde la interpretación y la comprensión del escenario normativo) en cuanto los entes exponenciales (y su legitimación para actuar procesalmente) no determina (i) ni la titularidad de la situación de ventaja en cabeza del ente exponencial y/o de la colectividad, (ii) ni una alteración en la naturaleza y contenido de dicha situación de ventaja que es siempre un DS.

---

configurarían como situaciones de ventaja si valorizados en su relevancia colectiva. Ver, p. e., PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit. pp. 57, quien afirma que «mentre l'interesse diffuso è un vero e proprio diritto soggettivo individuale seppure a rilevanza superindividuale, l'interesse collettivo è una situazione giuridica diversa tanto dai diritti individuali dei singoli quanto dai diritti propri delle associazioni». De esta forma, afirma que «[l]e associazioni legittimate ad agire in giudizio a tutela dell'interesse collettivo sono, pertanto, esclusivamente titolari del diritto giudiziario di azione, scisso dalla titolarità della situazione sostanziale dedotta in giudizio, che è, invece, l'interesse collettivo». Bajo esta perspectiva (manifestada primero, pero con diferencias sobre la naturaleza de los IDC, por CONSOLO C., DE CRISTOFORO M., *Clausole abusive e proceso*, en *Corriere giuridico*, 1997, p. 479), es decir, diferenciando entre el (meta)derecho de acción y la situación de ventaja objeto de tutela, pero de todas formas haciéndolo previo reconocimiento de una situación de ventaja en cabeza de la colectividad, no se supera el problema aquí denunciado, si bien se manifiesta de una manera matizada.

<sup>152</sup> Desde un punto de vista prescriptivo ya he señalado que dichos problemas de orden interpretativo podrían ser superados si el intérprete renunciara a la intangibilidad interpretativa de ciertos principios (o mejor, de ciertos (meta)derechos correspondientes al macro(meta)derecho de acción) procesales, renunciado, además, a una concepción formalista (normativista) del ordenamiento procesales que contempla la posibilidad de establecer un único (y correcto) significado de un enunciado normativo sobre derechos.

<sup>153</sup> Al respecto ver capítulo primero.

## 11. CONCLUSIONES. EL CONCEPTO DE IDC, LA FRACTURA ENTRE LA TUTELA DE LOS DSHBC Y LA TUTELA DE LOS DSH CON OBJETO UN BIEN NO-COLECTIVO

Si todas las situaciones de ventaja que la doctrina refiere al sintagma IDC pueden ser siempre expresadas en enunciados sobre derechos correspondientes a una (micro-derecho) o varias (macro-derecho) posiciones normativas hohfeldianas, es decir, situaciones de expectativas fundadas sobre normas de carácter siempre individual<sup>154</sup>, resulta entonces evidente que, contrario a cuanto sugiere la doctrina (y los teóricos que defienden y justifican la “existencia” de DC<sup>155</sup>), cualquier tipo de conflicto y relación entre situaciones de ventaja que la doctrina cataloga como IDC es siempre, y sólo, una relación o un conflicto entre derechos subjetivos con, o sin, objeto un bien colectivo, es decir, conflictos entre DSH, aún cuando un enunciado normativo expresamente mencione los IDC, puesto que el respectivo enunciado normativo inevitablemente se puede (y sólo se puede) expresar en la forma en un enunciado sobre derechos subjetivos<sup>156</sup>.

Sin embargo, el discurso doctrinal italiano actual continua a alimentar la “elección” de política del derecho ya descrita que se sedimenta, a su vez, en previsiones normativas que la legitiman mediante el uso de lenguaje diferenciante (particularmente la locución ‘interés colectivo’<sup>157</sup>) y que surte (y surtió) efectos al interior del discurso sobre la tutela grupal de los consumidores y usuarios y, en particular, en relación con la *azione di*

---

<sup>154</sup> Si se trata, en cambio, de intereses aún no relevantes para el ordenamiento, en caso que lo llegaran a ser en cuanto justificados y, entonces, se pudiese identificar un enunciado normativo que denote una situación jurídica de ventaja, esta sería necesariamente expresada en una o varias posiciones hohfeldianas. Ver numeral 2 y 4 del capítulo primero.

<sup>155</sup> Ver capítulo primero

<sup>156</sup> Ver numeral 2 del capítulo primero.

<sup>157</sup> Para efectos de este trabajo, en cuanto reflejo de la consecuencia de la aquí denunciada “elección” doctrinal y posteriormente legislativa que consolidó la fractura, en términos sustanciales y no procesales, entre los modelos de acciones grupales para la tutela de los DSH, ver el artículo 140 del código del consumo italiano: «procedura: 1. I soggetti di cui all’articolo 139 [se refiere, entre otros, a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas a nivel nacional] sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; [...]».

*classe*, es decir, el resultado normativo italiano de la representación (percepción) de la *class action* en la cultura jurídica local<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Por el momento basta señalar que la distinción en Italia entre acción inhibitoria y acción resarcitoria grupales sobre la base de una (infundada) distinción entre los llamados ‘intereses colectivos’ y los DS en el escenario normativo de la *class action* estadounidense no se verifica, al menos no en los mismos términos. (Para un análisis aún actual sobre la conexión estrecha entre acción inhibitoria y acción resarcitoria para la tutela, siempre, de DS, en cuanto dicha tutela se presentaría -contrario a cuanto aquí afirmo puesto que distingo entre definición y justiciabilidad del derecho subjetivo- como elemento definitorio del ‘derecho subjetivo’ ver MATTEI U., *Tutela inhibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Giuffrè, Milano, 1987, *passim*. Para una referencia sobre la conexión entre la amenaza y el riesgo con el daño, ver HENAO J.C., *De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés*, en *Daño ambiental*, II, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 187-222. Con particular referencia al escenario de las acciones grupales italianas ver PAGNI I., *Azione inhibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, en *Analisi giuridica della economia*, 1, 2008, pp. 127 ss.).

Esto no quiere decir que en el escenario normativo estadounidense se haya siempre optado por el mecanismo procesal de la CA como única opción procesal para la tutela grupal de los DSH y, entonces, que siempre se haya optado por una acción grupal que adelanta uno de los titulares de uno de los DSH en cuestión (ver sobre este particular ampliamente GIUSSANI A. *Studi sulla “class action”*, Cedam, Padova, 1996, pp. 175 ss.; *Developments in the Law, Class actions*, Harvard Law Review, 89, 1976, pp. 1466 ss; también ver, p.e., ZANUTTIGH L., *Processo e tutela dell’ambiente nell’esperienza nordamericana*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, cit., 389-438); sin embargo, no cabe duda que en el caso de la CA las diferentes elecciones se consolidan normativamente (si bien la doctrina presenta una tendencia minoritaria a consolidar la idea de situaciones de ventaja que desbordarían la esfera individual sobre la base del llamado ‘*Entity Model*’: al respecto ver la biografía citada en el pie de página 21 de este capítulo y, pies de página 88 y 92 del capítulo cuarto) no sobre la base de una distinción conceptual entre las diferentes situaciones subjetivas de ventaja objeto de tutela o sobre la titularidad de la misma, sino sobre la base de una distinción entre (i) quien ejercita la acción procesal como (un) titular del derecho o, en cambio, quien la ejercita como no-titular de uno de los DSH en cuestión y/o (ii) con base en la característica del bien objeto del DSH. Es decir, la distinción no se hace en razón de una distinción conceptual entre las situaciones de ventaja objeto de tutela, sino con base en una relectura de principios procesales dirigidos a consolidar la posibilidad de ejercitar el (meta)derecho de acción por un sujeto no titular ni siquiera de uno de los DSH respectivos. Sin embargo, es necesario resaltar desde ya que a nivel general (en el escenario del proceso civil estadounidense) los discursos relativos al llamado ‘*Private Attorney General*’ (PAG) y sus discursos justificativos con base en el así llamado ‘interés general’ caracterizado, incluso normativamente, como una situación de ventaja eventualmente no individual, genera efectos equivalentes (pero en contextos diferentes) a los denunciados en este capítulo: al respecto ver en profundidad el capítulo segundo (ver capítulo tercero y cuarto).

La situación italiana, en cambio, es muy diferente. Por ahora, talvez la siguiente frase, relativa a la introducción de la acción grupal (*azione di classe*, art. 140bis código del consumo italiano) para la

En este caso, sin embargo, la política del derecho alimentada por la “elección” de la doctrina (que se concreta principalmente en el consumidor<sup>159</sup>, como en su momento lo hizo principalmente con el trabajador) sigue precisamente la senda de una política normativa concreta a nivel europeo correspondiente (i) con una nueva reformulación de la colectividad como la protectora de precisos objetivos de política económica y de

---

tutela de los DSH con objeto un bien no-colectivo, es muy explicativa: «L'azione collettiva risarcitoria prevista dall'art. 140bis del código del consumo è stata introdotta, almeno nelle intenzioni del legislatore, per colmare il vuoto di tutela lasciato dalle altre azioni collettive previste dallo stesso codice (arts. 37 e 140), le quali sono idonee a tutelare interessi collettive di consumatori ed utenti e non diritti soggettive omogenei». MARINUCCI E, *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, en *Corriere giuridico*, 7, 2008, p. 1024. En estos términos resulta evidente como existe una diferencia en considerar las funciones del proceso grupal en términos normativos para garantizar el ejercicio del (meta)derecho de acción para la tutela siempre de DS o, en cambio, con base en una supuesta ontología estática y diferenciante entre las situaciones de ventaja objeto de tutela que implicaría, al menos en Italia, la imposibilidad (o al menos la gran dificultad) de contemplar un mecanismo procesal para la tutela de los DSH que cumpla al mismo tiempo todas las funciones tradicionalmente adscritas a la CA en el sistema federal estadounidense: acceso a la justicia, *deterrence* y la economía procesal. Sobre el particular ver, por ahora, GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., *passim.*; NAGAREDA R., *Mass torts in a world of Settlement*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.

Pues bien, es precisamente esta diferencia la que determina una representación-percepción particular de la CA estadounidense en el escenario normativo italiano, más aún ahora en razón de la distinción nuevamente terminológica del art. 140bis n. 1 del código del consumo italiano que hace referencia expresa a los “diritti omogenei dei consumatori”, pero deja estática la referencia lingüística en el mismo código a los derechos colectivos de los consumidores con el significado adscrito ya desde hace varios años por la doctrina. De este y otros particulares me ocuparé en profundidad en el capítulo terceroy cuarto de este trabajo, siguiendo el camino hacia la especificación de la «antesala conceptual» de la *azione di classe*.

<sup>159</sup> Talvez en razón de la consideración: consumidor=ciudadano. Desde un punto crítico a esta concepción de ciudadanía, ver, SOMMA A., *La cittadinanza nella società del diritto privato*, en *Politica del diritto*, 3, 2008, *passim*. Particularmente señala como «vi sono invero numerosi riscontri del fatto che, nella prospettiva ordoliberal, la cittadinanza sia definita attraverso una nozione mercantile di consumatore e che ciò rappresenti un arretramento rispetto ai contenuti tipici del patrimonio costituzionale europeo» (p. 520).

Ahora bien, propio en esta referencia exclusiva al consumidor en el discurso relativo a la *azione di classe* del código del consumo italiano se consolida un nueva característica del resultado de la representación (percepción) de la CA en la cultura jurídica italiana, es decir, a la restricción sobre el contenido del derecho (solo resarcitorio) y sobre la naturaleza de la situación subjetiva objeto de tutela (sólo DSH con objeto un bien no-colectivo), se suma la restricción a los derechos subjetivos de los consumidores.

estabilidad del mercado comunitario<sup>160</sup>, y (ii) con una definición del así llamado ‘interés colectivo’<sup>161</sup> que, negando el conflicto<sup>162</sup> y la subjetividad<sup>163</sup>, al igual que durante el

---

<sup>160</sup> Con este enfoque, por ejemplo, afirma SATURNO A. *Le associazioni dei consumatori e le azioni collettive*, en *La Tutela del consumatore*, STANZIONE P., MUSIO A. (eds.), Giappichelli, Torino, 2009, p. 705 que «la tutela del consumatore e lo sviluppo del sistema dell’associazionismo consumerista non rappresentano obiettivi estranei allo sviluppo del sistema economico-produttivo, da perseguire semmai per finalità caritatevoli di semplice giustizia ed equità sociale, bensì, sono considerati fattori essenziali per una crescita equilibrata del sistema economico-produttivo, perché capaci di favorire un costante miglioramento della qualità dei beni e servizi, l’equità dei beni e dei servizi, l’equità dei prezzi e delle tariffe, la correttezza e trasparenza tra imprese. *La tutela del consumatore e lo sviluppo dell’associazionismo consumerista costituiscono, quindi, non soltanto interessi generali di progresso sociale della collettività, ma anche elementi creatori di sviluppo del sistema economico nel suo complesso*» (cursivas mías). Y, en efecto, “difícil” llegar a una conclusión diferente cuando el mismo elenco de derechos de los consumidores, colectivos o no –sobre la especificación de los derechos colectivos de los consumidores a la luz de las directivas nominadas en la directiva 98/27 ver: PAGNI I, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull’art. 3, 1, 30 luglio 1998, n. 282)*, en *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, BARBA (ed.), Napoli, 1999, pp. 132; PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 85 afirma que «in ogni caso sembra potersi preliminarmente affermare che li interessi collettivi coincidano almeno parzialmente, quanto al contenuto od oggetto, con i diritti fondamentali dei consumatori»- exaltados con el adjetivo ‘*fundamentale*’ (art. 2 código del consumo italiano) se revelan como un elenco no terminado de previsiones macro-económicas favorables a la estabilidad y equilibrio de las reglas más tradicionales de la macro-economía liberal. En efecto, el considerando 4 de la directiva 27/98 EU prescribe que la violación de los derechos colectivos «nuocciono al corretto funzionamento del mercato interno[...]».

<sup>161</sup> Se trata de una distinción que ha sido fortalecida con base en un enunciado normativo al que se le ha dado un alcance interpretativo justificativo de la (supuesta) distinción entre derecho subjetivo y derecho colectivo del consumidor. En efecto, el considerando 2 de la directiva 27/98 CE prescribe que «considerando che [...] per interessi collettivi si intendono gli interessi che non ricomprendono la somma degli interessi di individui lesi da una violazione; che ciò non pregiudica i ricorsi e le azioni individuali proposti da privati lesi da una violazione [...]». Pues bien, sobre la base de este enunciado normativo la doctrina ha formulado sus interpretaciones justificativas de la distinción entre intereses colectivos y derechos subjetivos (sin percatarse, por cierto, que la misma, y esta vez lo digo desde un punto de vista normativo, podría ser interpretada en el sentido de que dicha norma prescribe una distinción entre la tutela inhibitoria y la tutela resarcitoria; pero no una distinción entre derechos subjetivos; en otras palabras, desde un punto de vista normativo se podría afirmar que dicha disposición prevé la tutela de los derechos subjetivos sea antes (pero frente a un inminente incumplimiento) de los deberes correlativos).

<sup>162</sup> Si bien no con particular referencia al ‘interés colectivo’ aquí analizado (y talvez es un aspecto que haría falta en su discurso), pero seguramente con una visión crítica del fenómeno aquí descrito, SOMMA A., *Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoralistico nell’economia sociale di mercato*, en *Diritto e lavoro nell’Italia repubblicana*, BALANDI G.; CAZZETTA G. (eds.), Giuffrè, 2009, y no sólo recientemente, precisa que «l’avventura comunitaria si

debate sobre los IDC de los años setenta del siglo XX, se construye sobre la idea de la “existencia” de un bien (de una cosa, o estado de cosas) cuyo disfrute sólo puede ser garantizado con base en presupuestos de política económica a nivel general protegidos precisamente (aunque no sólo) por el manto del discurso del interés (bienestar) colectivo<sup>164</sup> (e incluso general<sup>165</sup>) que se eleva a rango de situación de ventaja unitaria en cabeza, no del sujeto como individuo, sino de la colectividad<sup>166</sup>.

---

é sviluppata e continua a svilupparsi attorno ad un attacco ai diritti sociali ed all’edificazione di un ordine del mercato incentrato sul tema della cooperazione», construido primero sobre la base del binomio «cittadino lavoratore» y, ahora, «cittadino consumatore». Señala el A., (también en ID., *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell’Europa dei mercati e nella distribuzione dell’Europa dei diritti*, en *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2008, p.466 y *passim*) desde un punto de vista prescriptivo, que el binomio «cittadino essere umano é possibile unicamente nell’ambito della riscoperta di modelli conflittuali di convivenza sociale e nella loro contestuale combinazione con valori solidaristici» (propuesta que por cierto ha acompañado sus escritos, por ejemplo, relativos al ámbito contractual: ver, en relación con la buena fe solidaria-conflitual, ID, *La buona fede contrattuale: modelli ordoliberali e modelli solidali a confronto*, en *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 501-542). En efecto, señala Somma que la «riscoperta del conflitto appare indispensabile per contrastare la forza attrattiva e conformante delle tecniche di disciplinamento tipiche dei paradigmi scientifici imperanti nelle scienze economiche» que han conducido a la «desocializzazione dell’economia: l’isolamento del fenomeno economico dai restante fenomeni sociali, e soprattutto la subordinazione dei secondi al primo».

Pues bien, seguramente en este enfoque se percibe una posición crítica, que bien podría ser formulada en contra de cuanto (consciente o inconscientemente) la doctrina relativa a los IDC y su “elección” de política del derecho descrita en este capítulo consolidaron en la cultura jurídica italiana ya desde la idea de “interés unitario” (anulador del conflicto), construido a raíz de las lecturas interpretativas del art. 28 del Estatuto de los trabajadores y que ahora se concreta con mayor nitidez en el discurso sobre la tutela colectiva de los llamados ‘intereses colectivos de los consumidores’. Construcción que sin duda condicionó, como señalaré más adelante, la representación (percepción) de la CA en la cultura jurídica italiana y que justifica, entonces, la necesaria elaboración del presente estudio sobre la «antesala» conceptual de la *azione di classe*.

<sup>163</sup> Así, precisa SOMMA A., *La cittadinanza nella società del diritto privato, cit.*, p. 519: «Il diritto dei consumatori – in un tutt’uno con la disciplina dell’impresa – alimenta logiche di sistema che non coincidono affatto con le logiche perseguite dai singoli operatori componenti l’insieme dell’offerta e della domanda di beni e servizio».

<sup>164</sup> En su momento precisaba ALPA G., *Tutela del consumatore e controlli sull’impresa*, Milano, 1978, p. 23 que eran «falsificanti quelle analisi che pongono sullo stesso piano tutti i consumatori, o elevano l’interesse collettivo dei consumatori ad oggetto precipuo della loro tutela. I consumatori in quanto tali non possono costituire una categoria uniforme ed omogenea, e tanto meno “una classe”». Pues bien, no obstante la advertencia, de la mano del discurso colectivista aquí analizado y con la ayuda de la política económica y normativa comunitaria, es precisamente cuanto se verifica

Así, y en pocas palabras, *el fantasma de la colectividad que ronda* encuentra su propio sostén en el respaldo de previsiones normativas concretas dirigidas a justificar todo un andamiaje dogmático a favor de presupuestos teórico-económicos de cuya “veracidad” y corrección no se duda (intangibilidad interpretativa) y que la doctrina se encarga de favorecer mediante, primero, la justificación de la noción de interés colectivo como “concepto” diferente del derecho subjetivo y, segundo, mediante la precisión de un único significado de la locución ‘interés colectivo’ según la política dictada en sede normativo-legislativa<sup>167</sup>.

---

actualmente en relación con los llamados ‘intereses colectivos’ y el significado a adscrito a dicha locución por la doctrina relativa a la tutela de los llamados IDC.

<sup>165</sup> Sobre el particular ver capítulo tercero, principalmente el numeral 3.

<sup>166</sup> Sería, en pocas palabras, «[...]ricondere così ad unità interessi generali e interessi particolari[...]». Se trata, en efecto, de un fenómeno que SOMMA A., *Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoralistico nell'economia sociale di mercato*, cit., conecta directamente con el ordoliberalismo: la economía social de mercado, es decir, el andamiaje teórico donde se desarrolla «una visione cooperativa delle relazioni di mercato, per cui il comportamento dei suoi operatori viene conformato in vista di obbiettivi concernenti l'equilibrio del sistema economico dato e non anche dei loro specifici interessi: costituisce, potremmo dire, esercizio delegato di funzioni di polizia economica. In particolari i consumatori e i produttori sono visti come selezionatori e come moltiplicatori efficienti dell'offerta dei beni e servizi».

<sup>167</sup> En efecto, precisa, por ejemplo, CAPONI R., *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2007 (si bien se trata de una posición que, como ya señalé, no está libre de ambigüedad en el discurso doctrinal italiano) en relación con los llamados ‘derechos fundamentales de los consumidores’ prescritos pero el art. 2 del código del consumo, que «il diritto alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali in generale é una situazione giuridica collettiva, non individuale, che può essere suscettibile di lesione o di pericolo di lesione attraverso condotte anti-giuridiche che esplicano il loro effetto lesivo non nei confronti di sfere individuali di consumatori o utenti determinati, bensì nei confronti di una pluralità di soggetti tendenzialmente indeterminata» (p. 1248). Bajo esta premisa, y reconociendo además la figura dogmática del derecho subjetivo colectivo, es decir, en cabeza de la colectividad de los consumidores (cuya titularidad también correspondería a la asociación puesto que, según el A., entre la colectividad y el ente exponencial «corre non già un rapporto di legittimazione straordinaria, bensì di immedesimazione organica», p. 1249) el autor asume una definición de ‘interés colectivo’ consonante con las definiciones que han recorrido la historia de la cultura jurídica italiana. Así, asume igualmente una posición sobre el alcance de la tutela de los intereses colectivos que de forma totalmente evidente (en consonancia con al elección ahora descrita) trascendería la esfera individual y se erguiría como una tutela protectora de estándares económicos precisados normativamente. Así, señala que «lo scopo del processo civile non é evidentemente la tutela dei diritti soggettivi individuali, non é la pace giuridica, non é la (giusta) composizione della controversia, bensì é immediatamente *l'attuazione delle norme giuridiche dirette*

Ahora bien, a este punto es necesario precisar que la afirmación según la cual todo ‘enunciado normativo en el que se use la locución ‘interés colectivo’ denota siempre un derecho subjetivo’ no corresponde a un ejercicio interpretativo (normativo). Es sólo la precisión descriptiva del ordenamiento jurídico según la cual, e inevitablemente, todo enunciado sobre situaciones de ventaja denota siempre una situación de expectativa fundada sobre normas correspondiente a una, o varias, de las posiciones hohfeldianas descritas. Obviamente se trata de una aserción sujeta a verificación (en cuanto descriptiva) pero que al momento considero no ha sido objeto de un juicio de falsedad<sup>168</sup>.

Lo anterior no significa negar que existan diferencias incluso conceptualmente relevantes entre los diferentes DSH puesto que el objeto de algunos de estos derechos es un bien colectivo y, en esta medida, cuando se verifica el incumplimiento del deber correlativo al derecho subjetivo con objeto un bien colectivo, las previsión normativas al respecto seguramente tendrán que tomar en cuenta este factor para lograr el efectivo ejercicio del (meta)derecho de acción para garantizar el cumplimiento de dicho deber patológicamente incumplido.

Es en este contexto (y lo afirmo desde un punto de vista prescriptivo, valorativo) que cualquier previsión normativa dirigida a prescribir las acciones grupales debe tomar en cuenta las características propias del objeto del derecho y, así, prescribir el modelo procesal adecuado para garantizar la tutela del específico derecho subjetivo vulnerado (o en vía de vulneración). De este modo, y sólo así, normativamente se justificaría una distinción entre los diferentes mecanismos procesales grupales para la tutela de los diferentes derechos subjetivos. En otras palabras, sólo en razón del objeto del derecho

---

*alla regolazione del mercato, che altrimenti non sarebbero giustiziabili nella prospettiva del processo civile come strumento di tutela dei diritti soggettivi individuali”* (cursiva mía), p. 1249. En estos términos, y en razón de una específica concepción de los así llamados ‘intereses colectivos’, incluso la función del proceso civil se especificaría en una actuación de las reglas dirigidas a estabilizar el mercado resaltando la inédita idea de “la tutela procesal del mercado”. Así, el mercado (entendido como bien y no como institución) se convertiría en el receptor último de la tutela jurisdiccional por vía de las acciones grupales. Por ahora se puede señalar que este fenómeno se verifica igualmente (y primero) en el escenario jurídico estadounidense de la mano de la tutela, por vía (no sólo) de la CA, de las normas del mercado relativas a la *antitrust (litigation)* y a la *securities (litigation)*: para las razones de este último fenómeno y con particular atención a las “funciones” del Private Attorney General y su reflejo en el discurso justificativo de la CA ver el capítulo tercero.

<sup>168</sup> Ver numeral 2, 4 y 7 del capítulo primero.



subjetivo es posible justificar uno (entre varios) específico modelo procesal que se considera en ese preciso momento histórico apto para garantizar la tutela de los derechos subjetivos homogéneos.

Cosa muy diferente es afirmar (erradamente) que, en cuanto los DSHBC no son derechos subjetivos, sino derechos cuya titularidad trasciende las fronteras individuales y se consolida como un derecho de la colectividad, resulta imprescindible conceder su tutela a estamentos organizativos e institucionales colectivos y que, del mismo modo, no resulta viable, en cuanto no (justificado) titular del derecho, conceder el ejercicio de la tutela al sujeto individual.

En efecto, resulta errado (aunque los efectos normativamente podrían ser los mismos) en cuanto, si bien es cierto que las propiedades del bien objeto del DSH justifican, en el escenario patológico del incumplimiento del deber correlativo, específicos modelos de acciones grupales (y, entonces, una fractura funcional entre las acciones grupales para la tutela de los DSH), esto no implica negar la siempre titularidad individual de la situación de ventaja. Al máximo justifica la previsión normativa de instrumentos y remedios procesales específicos (en la forma de micro o macro derechos relativos al (meta)derecho de acción) que favorezcan la tutela del derecho subjetivo, pero sin considerar en ningún momento que estos factores modifiquen la naturaleza, el contenido y la titularidad del derecho subjetivo y sin afirmar que dichas previsiones encuentran su justificación en razón de la no titularidad individual de la situación de ventaja objeto de tutela.

Pues bien, en el escenario normativo italiano la fractura entre ambos tipos de acciones no es guiada por la anterior premisa (y precisamente por este motivo se justifica el presente trabajo dirigido a precisar la «antesala» conceptual de la *azione di classe*). En efecto, en relación con los DSH, la fractura no se consolida en la cultura jurídica en razón de “elecciones” normativas abiertamente dirigidas a garantizar el ejercicio del (meta)derecho de acción, sino se verifica dependiendo de la situación de ventaja que se trate. Así, de un lado, en relación con los DSHBC, la previsión normativa de acciones grupales se construye sobre (i) la convicción alimentada desde hace más de treinta años según la cual se trataría de situaciones de ventaja que escapan a la orbita de titularidad individual (principalmente en razón del objeto de la situación de ventaja) y, entonces, (ii) respecto de las cuales se considera la previsión de la acción grupal

mediante un camino interpretativo que no requeriría poner en entredicho las tradicionales interpretaciones de los enunciados sobre principios procesales (a partir del artículo 24 de la constitución) sedimentadas (e intangibles) en la cultura jurídica constitucional y procesal<sup>169</sup>. En sentido contrario, y de otro lado, cuando se trata de los DSH con objeto un bien no-colectivo, el ejercicio de la doctrina italiana es opuesto. En efecto, (i) en cuanto derechos subjetivos su titularidad es siempre individual y, por tal motivo, (ii) la previsión de acciones grupales se revela más compleja a los ojos de la doctrina puesto que, en razón de los límites previstos por los mismos principios procesales y que según la doctrina gobiernan el proceso judicial construido para los derechos subjetivos (en la concepción tradicional y formalista asumida por la doctrina), existirían problemas de orden constitucional y legislativo contrarios a las acciones grupales y, de esta manera (al menos en el escenario italiano) incluso la previsión normativa de las acciones grupales resarcitorias encontrarían dificultades de orden constitucional superables sólo mediante un constante “dialogo” entre la tradición procesal y la justificación de la, ahora, *azione di classe*.

Cierto, se podría afirmar que ambas “elecciones” de política del derecho (es decir, considerar todas las situaciones de ventaja como derechos subjetivos *vs.* considerar, como hace la doctrina y la legislación italiana, sólo algunas de las situaciones de ventaja como derechos subjetivos y otras como situaciones de ventaja no subjetivas sino, eventualmente y por diferentes razones, colectivas) generan en el plano normativo los mismos resultados. En otras palabras, se podría pensar que los modelos de acciones grupales para la tutela de los DSHBC y para la tutela de los DSH con objeto un bien no-colectivo pueden coincidir, sea que se considere que todos son DS, o, en cambio, sea

---

<sup>169</sup> Es necesario precisar que este fenómeno no es ajeno, si bien se diferencia en aspectos fundamentales (sobre todo en sus efectos al interior del discurso justificativo de la CA) a la cultura jurídica procesal estadounidense donde precisamente, a raíz de los límites impuestos por las interpretaciones consolidadas del art. III de la constitución y su exigencia del llamado ‘*case-or-controversy*’, se inició un proceso (que, sin embargo, actualmente no goza de mucha favorabilidad por parte de la *Supreme Court*) según el cual, en la tutela grupal de situaciones de ventaja (realmente DSH) presentadas con el manto de locuciones como ‘interés general o ‘public interest’ y mediante acciones ejercidas por parte del llamado ‘*Private Attorney General*’, dicho requisito, dada la naturaleza (supuestamente diferente) de la situación de ventaja, se podrían obviar a favor de la consolidación de mecanismos procesales favorables al *enforcement* de las políticas públicas y a la *deterrence* de conductas potencialmente violadoras de dichas políticas. Sobre el particular ver capítulo tercero y cuarto (de este último capítulo ver especialmente en numeral 6).

que se considere que sólo algunos lo son y que los otros son situaciones de ventaja colectiva, es decir, no individuales.

Sin embargo, esta conclusión no es correcta si se toma en cuenta, no el resultado normativo, sino los efectos en la cultura jurídica respectiva. En efecto, la diferencia radica en que (i) en el primer caso se parte de la realidad del ordenamiento jurídico para proveer la tutela grupal de los DS, mientras que en segundo caso no; (ii) en el primero no se pone en entredicho la titularidad siempre individual de las situaciones de ventaja, mientras que en segundo caso sí; (iii) en el primer caso necesariamente se debe poner en entredicho, para lograr la previsión normativa de las acciones grupales, la interpretación de los enunciados sobre principios procesales tradicionalmente a ellos adscrita, sea que se trate de DSH con, o sin, objeto un bien colectivo, mientras que en el segundo caso sólo se ponen en entredicho en relación con la tutela de los DSH con objeto un bien no-colectivo, y se dejan intocables en el segundo caso en cuanto se hace énfasis en la distinción entre las situaciones de ventaja; (iv) en el primer caso siempre está presente el conflicto latente y efectivo entre los diferentes titulares de derechos subjetivos, sin importar que el objeto del derecho sea, o no, un bien colectivo, mientras que el segundo caso se anula el conflicto que se reabsorbe en la etérea “definición” de colectividad cuando se trata de DSHBC; (v) en el primer caso el sujeto individual está siempre al centro del debate sobre las acciones grupales, mientras que en segundo caso no y, en cambio, se pone en el centro del debate el ejercicio de políticas económicas que anulan el conflicto y estandarizan al individuo como medio para obtener el equilibrio económico del mercado y (vi) en fin, en el primer caso la locución IDC denotará siempre derechos subjetivos homogéneos, mientras que en segundo caso, de forma variada y ambigua, se pretenderá y se afirmará con un lenguaje descriptivo una evidente prescripción, es decir, que el IDC denotarían (o, mejor, deberían denotar) una situación de ventaja, no individual, sino colectiva.

Es a este punto oportuno señalar (y se entenderá el porqué a lo largo del presente trabajo) en el ordenamiento jurídico italiano, con particular referencia a la *azione di classe* prevista por el art. 140bis del código del consumo, la legislación (también de rango comunitario) y parte de la doctrina optaron por la segunda opción y, en estos términos, radicaron aún más la idea de una colectividad como titular de situaciones jurídicas de ventaja a partir de una representación (percepción) reductiva de la CA

estadunidense de rango federal, es decir, una percepción reductiva caracterizada por una idea de la CA como viable (i) sólo en relación con los derechos de contenido resarcitorios, (ii) sólo en relación con los DSH con objeto un bien no-colectivo y (iii) sólo en relación con los derechos subjetivos de los consumidores (lingüística y talvez estratégicamente nominados fundamentales).



## PARTE SEGUNDA

### DE LA REINTERPRETACIÓN DEL (META)DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN A LA TUTELA DEL ASÍ LLAMADO ‘*PUBLIC INTEREST*’: SOBRE EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LA *CLASS ACTION* (CA) FEDERAL ESTADUNIDENSE

*«Even more significantly, the class action—with its tendency toward settlement at the behest of self-appointed agents for the class—has emerged not simply as a procedural supplement to preexisting law but, rather, as an institutional rival to the ordinary process of lawmaking itself»*

NAGAREDA R., *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action*, en *Columbia Law Review*, 103, 2003, p.152

#### INTRODUCCIÓN

Como ya he precisado en detalle a lo largo de los precedentes dos capítulos de la primer parte de este trabajo, toda situación de ventaja prevista por un ordenamiento jurídico es, desde un punto de vista conceptual, un derecho subjetivo en cuanto correspondiente siempre a situaciones de ventaja individuales fundadas sobre normas<sup>1</sup>. Igualmente he argumentado como el (meta)derecho de acción -entendido en el sentido amplio de derecho funcional a la tutela de un derecho subjetivo patológicamente insatisfecho (o potencialmente insatisfecho) mediante la solicitud a una autoridad judicial para que imponga el cumplimiento del respectivo deber correlativo-, si bien derecho subjetivo, se distingue del derecho subjetivo objeto de tutela<sup>2</sup>. En fin, he precisado como los llamados ‘DC’ y los llamados ‘IDC’ denotan derechos subjetivos homogéneos con objeto el disfrute un bien colectivo y que su titularidad, si bien se puede predicar de un número ilimitado de sujetos, es siempre individual<sup>3</sup>.

Bajo estas premisas he realizado un análisis sobre la “elección” por parte de la doctrina italiana dirigida a consolidar en la cultura jurídica local una imprescindible necesidad de prescribir la tutela grupal de las situaciones de ventaja a partir (y sólo después) de la consolidación de la “creencia” en la “existencia” de situaciones jurídicas de ventaja no-

---

<sup>1</sup> Ver principalmente numeral 2 del capítulo primero.

<sup>2</sup> Ver principalmente numeral 10 del capítulo primero.

<sup>3</sup> Ver principalmente numeral 5 del capítulo primero.

individuales. “Elección” que principalmente se lleva a cabo con el objeto de garantizar el (meta)derecho de acción de los titulares de dichos DSH nominados y caracterizados bajo el manto del sintagma ‘IDC’ y, entonces, potencialmente identificables fuera de los límites (principios) que mayoritariamente se considera son prescritos por el artículo 24 de la constitución italiana cuya interpretación tradicional resulta intangible en el sentir de la doctrina<sup>4</sup>.

La amplitud del escenario que condicionó dicha “elección” doctrinal (basta pensar en la propagación al interior de la cultura jurídica italiana de la “creencia” en la justificación de una “nueva” categoría de situaciones de ventaja) y sus consecuencias en el plano normativo (basta pensar en la consolidación en la legislación y la jurisprudencia italiana del lenguaje diferenciante entre derecho subjetivo y IDC) abre una gran cantidad de opciones de investigación dirigidas a precisar con mayor nitidez sus efectos.

Pues bien, tal vez uno de los efectos más notorios de esta elección doctrinal y, posteriormente, normativa (apoyada en disposiciones de origen comunitario)<sup>5</sup> se puede identificar en la determinación de una específica representación (percepción) del mecanismo procesal de la *class action* (CA) estadounidense en la cultura jurídica italiana y, posteriormente, en la estructura normativa de la reciente *azione di classe* (AC) regulada por el artículo 140*bis* del código del consumo<sup>6</sup>.

Sin embargo, como ya ha sido precisado anteriormente, en este trabajo cobra importancia desde una perspectiva comparatista, no tanto la estructura procesal del instituto (que es, más bien, un presupuesto), cuanto el hecho de establecer si el fenómeno descrito en relación con el escenario jurídico italiano se verifica en la cultura jurídica estadounidense y, de ser así, bajo que modalidad, con que intensidad y con cuales efectos.

Con este objetivo, en esta parte del trabajo me ocuparé de analizar parte del escenario doctrinal y normativo estadounidense relativo al mecanismo procesal de la CA -con

---

<sup>4</sup> Ver principalmente capítulo segundo.

<sup>5</sup> Como ya precisé a lo largo del capítulo segundo, en el escenario italiano (*i*) la distinción de aquello que no se puede distinguir y (*ii*) la confusión de aquello que se debe distinguir, en los discursos sobre las acciones procesales grupales es, primero, el resultado de la labor de la doctrina que sólo en un segundo momento y (para el tema que aquí interesa) recientemente fue recibido a nivel normativo comunitario y local (ver capítulo segundo).

<sup>6</sup> Sobre la manera que los discursos doctrinales y legislativos apoyados sobre la falsa distinción entre situaciones de ventaja colectivas e individuales y la ausencia de distinción entre los derechos subjetivos objeto de tutela y el macro(meta)derecho de acción, ver principalmente los numerales 9-10 del capítulo segundo.

exclusiva referencia a la CA activa federal (*plaintiff* CA<sup>7</sup>)- regulada por la *Rule 23* (R23) de las *Federal Rules of Civil Procedural* (FRCP) a partir de su versión de 1966<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En este trabajo no me ocuparé sólo de la llamada *plaintiff* CA y no de la (poco usada) *defendant* CA. Estas últimas se refieren a los casos en los la CA es adelantada contra un grupo de sujetos (*defendant class*) que han incumplido o están incumpliendo los deberes correlativos al derecho(s) subjetivo(s) de quien(es) adelanta(n) la acción procesal: en otras palabras, se podría hablar de una acción contra sendos titulares de deberes subjetivos homogéneos representados por uno o varios de los miembros de la *Class*. No me ocuparé de esta figura normativa por tres razones: la primera, porque el objeto de este trabajo es en estricto sentido la tutela de los DSH (con, y sin, objeto el disfrute de un bien colectivo) y, en cambio, la *Defendant CA* sólo ocasionalmente (aunque creo con un valor potencial importante) puede proveer este tipo de tutela puesto que sólo potencialmente la parte actora puede ser un grupo de sujetos titulares de sendos DSH (caso en el cual, de todas formas, se trataría, al mismo tiempo, de una *plaintiff* CA); además, en segundo lugar, este trabajo se ocupa de la «antesala» conceptual de la *azione di classe* italiana que, como instrumento normativo, no prevé este tipo de acciones y, en fin, en tercer lugar, porque el énfasis de este estudio se hace en el macro(meta)derecho de acción y no (si bien coincidan en gran parte de su contenido) en el macro(meta)derecho subjetivo de defensa. Sin embargo, hay otro factor que determina la poca relevancia (desde un punto de vista comparatístico) del instituto: en efecto, el «raro unicornio», como COFFE (J., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, en *Columbia Law Review*, 100, 2000, p. 388) lo califica, si bien esta previsto por la R23 ([...] One or more members of a class may [...] be sued as representative parties on behalf of all [...] –cursiva mía-), no es desarrollado normativamente con las diferencias que requeriría esta forma pasiva de CA. En efecto, se prevé que las disposiciones aplicables a la *plaintiff* CA se apliquen indistintamente a la *Defendant CA* sin considerar el hecho de que cada previsión normativa de la R23 requeriría una regulación específica, no sólo en relación con la tutela de los derechos del demandado ausente y en relación con la verificación de los requisitos para su *certification*, sino un razón de *los incentivos* que el actor procesal puede tener para adelantar la acción y/o los incentivos que el miembro ausente demandado necesitaría para no excluirse de la misma, cuya ausencia en el aparato normativo reduce drásticamente la intención de emplear esta acción en cuanto, como bien afirma GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 121 «o si prevede un incentivo correlato al rigetto (anche solo parziale) della domanda, nel qual caso l'interesse dell'attore ad avvalersi dell'istituto è assai ridotto; oppure non lo si prevede e in tal caso in contesti normali il campione rappresentativo del gruppo non ha interesse a investire nella difesa della domanda rispetto agli altri suoi componenti». Dado su poco empleo, como bien precisa MULHERON R., *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2004, p. 45 «[t]herefore, given the dearth of case law in the focus jurisdictions which canvasses the issues associated with an action against defendant classes, a rigorous comparative study of defendant class actions is not possible [...]». No se puede sin embargo desconocer el interesante debate que abriga esta forma de CA poco analizada (se podría decir inevitablemente) por parte de la doctrina foránea. Para un estudio completo sobre el argumento ver HAMDANI A., KEMENT A., *The Class Defense*, en *California Law Review*, 93, 2005, pp. 685-741 donde, por cierto, los autores precisan que «[t]he need for a class defense mechanism will likely increase in the near future». Ver también, entre varios, KLONOFF R., BILICH E., MALVEAUX S., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, 2º Ed., Thomson/West, St. Paul, 2006, pp. 1047-1123.

<sup>8</sup> Dadas las restricciones del objeto de estudio de este trabajo -concentrado particularmente en la *actual* naturaleza conceptual de las situaciones de ventaja objeto de tutela por vía de las acciones



Una versión normativa que se diferencia de las anteriores versiones, como aquella de la *Equity Rule* 48 de 1842<sup>9</sup> inspirada y precedida por los trabajos doctrinales del juez Joseph Story sobre la jurisdicción del *equity*<sup>10</sup>; o de la versión normativa formulada por Dudley Field en su código de procedimiento civil para el estado de New York de 1848<sup>11</sup> que,

---

grupales y la influencia de los discursos falsamente conceptuales de matriz colectivistas en la cultura jurídica- el estudio sobre el origen histórico de la CA y la evolución en la modificación de los discursos justificativos, salvo excepcionales referencias, no hacen parte (aunque si son un presupuesto cognitivo) del objeto de la tesis. Obviamente, para referencias y profundos estudios sobre el argumento remito al clásico trabajo de YEAZELL S. C., *Group Litigation and Social Context: Towards a History of the Class Action*, en *Columbia Law Review*, 77, 1977, pp. 866-896; ID., *Form Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation*, en *UCLA Law Review*, 27, 1979-1980, pp. 514-564; ID., *Form Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation*, en *UCLA Law Review*, 27, 1979-1980, pp. 1067-1121: En una muy interesante posición crítica frente al estudio de Yeazell ver BONE G., *Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation*, en *Boston University Law Review*, 70, 1990, pp. 213-307. Igualmente ver HAZARD G., GEDID J., SOWLE S., *An Historical analysis of the binding effect of class suits*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 1997-1998, pp. 1849-1948; WEINER W., SZYNDROWSKI D., *The Class Action. From the English Bill of Peace to Federal Rule of Civil Procedure* en *Whittier Law Review*, 8, 1986-1987, pp. 935-992; BONE R., *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, en *Columbia Law Review*, 89, 1989, pp. 1-118. En italiano ver GIUSSANI A., *Studi sulle Class Action, cit., passim* (princ. pp. 4-100).

<sup>9</sup> «Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the Court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But, in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties» 42 U.S. publicada también en HOPKINS J., *The New Federal Equity Rules*, W. H. Anderson Co., 1913, pp.103-105.

<sup>10</sup> STORY J., *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Boston, Massachussets, 1836; ID., *Commentaries on equity pleadings*, 1838 (nuevas ediciones en 1840, 1844 y 1848). Sobre la elaboración doctrinal de Story que permitía en casos específicos una excepción a la tradicional *Necessary Parties Rule* de origen anglosajón, HAZARD G., GEDID J., SOWLE S., *An Historical analysis of the binding effect of class suits, cit.*, pp. 1879-1880 la disposición de forma muy clara citando apartes de su obra en la edición de 1940 de la siguiente forma: «[...] Story stated the general rule that “all persons materially interested in the subject-matter [of the suit] ought to be [joined]” with exceptions that joinder will be excused in situations in which it is impracticable, and when “as to parties... where they are exceedingly numerous, and it would be impracticable to join them without almost interminable delays and other inconveniences... In such cases, the Court... will dispense with them... if it can be done without to the persons not actually before the Court”» (pies de página excluidos).

<sup>11</sup> En términos generales se trataba de una norma que permitía las acciones representativas cuando existía un grupo muy numeroso que compartiera cuestiones «comunes» o «generales». Sobre el código de Field ver SUBRIN S., *How Equity conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 135, 1986-1987, pp. 909-1002 (princ. 931 ss.); GIUSSANI A., *Studi sulle Class Action, cit.*, pp. 31 ss.

también, unificaba la jurisdicción del *equity* con aquella del *common law* (*Rule 2*)<sup>12</sup> - unificación que se extendió a nivel federal sólo con la promulgación de las FRCP de 1938<sup>13</sup>; o de la versión reformada de las *equity rules* federales de 1912, particularmente la *Rule 38*<sup>14</sup> precedida, a su vez, entre otras cosas, por decisiones jurisprudenciales como

---

<sup>12</sup> David Dudley Field consideraba menos compleja la *equity* frente al *common law* y en esa medida él mismo reconoce que en la elaboración del código optó por una unificación que favoreciera, de todas formas, el esquema del *equity* (que, por cierto, Story consideraba que debería estar separado del *common law*). En pocas palabras, a la unificación precedía un esfuerzo (no totalmente logrado) por hacer del derecho procesal vigente más acorde con el *equity* y, precisamente, en esto radica también el hecho de la previsión normativa de una acción representativa ya enunciada en su momento por Story. Precisa SUBRIN S., *How Equity conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, *cit.*, p. 933-934: «There are striking similarities between equity practice and the procedural choices made by Field Code [...] There are, however, critical difference between equity and the Field Code». Por eso, de todas formas, el Field Code es sólo un antecedente de la unificación entre las dos jurisdicciones llevada a cabo en 1938 con las FRCP permitida expresamente por el *Enabling Act* de 1934 que dio la autorización a la *Supreme Court* para la elaboración del proyecto: «The court may at any time unite the general rules prescribed by it for cases in equity with those in actions at law so as to secure one form of civil action and procedure [...]» (sobre la discusión en relación con las facultades dadas a la *Supreme Court* y las críticas a la (por algunos considerada falsa) distinción entre derecho sustancial y derecho procesal ver pie de página 9 del capítulo tercero).

<sup>13</sup> FRCP 1938: «These rules govern the procedure in the United States district courts in all suits of a civil nature whether cognizable as cases at law or in equity [...]». De esta forma, después de un largo proceso de modificación de la cultura jurídica estadounidense dirigido a favorecer un esquema que seguía el rastro de la *equity*, en las FRCP se prescribe un derecho procesal a nivel federal aplicable en todos los casos de competencia federal superando, además, la regla del *conformity* (que, en cambio, aún hoy sigue vigente en relación con el derecho sustancial según la decisión *Erie Railroad Co. vs. Tompkins* 304 U. S. 64 (1938), que superó el precedente elaborado por Story en *Swift vs. Tyson* (41 U.S. 1 (1842)). Sobre las FRCP ver el clásico trabajo de BURBANK S., *The Rules Enabling Act of 1934*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1981-1982, pp. 1115-1197. Sobre su formación ver CLARK C., MOORE J., *A New Federal Civil Procedure. I. The Background*, en *Yale Law Journal*, 44, 1935, pp. 387-435. (En relación con Clark es necesario recordar que hacía parte del *Advisory Committee* que redactó la reforma y que Moore era su asistente y fue quien, en sentido práctico, elaboró la versión final de la R23 después de su comentario crítico a las versiones anteriores: al respecto ver sobre este último aspecto MOORE J., *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems raised by the Preliminary Draft* en *Georgetown Law Review*, 25, 1937, pp. 551-576).

<sup>14</sup> «When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole», 226 U.S.C., 627, 659 (1912). El cambio sustancial respecto a la R48 (igualmente contenida en las mismas *Federal Equity Rules* antes de la reforma de 1912) es la eliminación de la protección de los derechos de los miembros ausentes ante un fallo contrario (expresada en la R48 de la siguiente forma: «[...]But, in such cases, the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties»). Sin embargo, el hecho de no hacer referencia a lo que podría ser entendido como un efecto de los fallos *secundum eventum litis* en las acciones representativas, no se revela suficiente

*Smith v. Swormstedt* (que reconoció la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes)<sup>15</sup> y por los trabajos doctrinal de John Pomeroy<sup>16</sup> y Thomas Street<sup>17</sup>;

---

para fijar con claridad un criterio sobre la extensión de los efectos del *giudicato* en cuanto, al no abordar el tema claramente, no se sabe si la extensión de los efectos se verifica en todas las posibles *representative suits* o sólo en algunas de ellas, como por ejemplo en las llamadas por Street ‘*true class suits*’, sobre todo tomando en cuenta el contenido de la R39 de las mismas *Equity Rules* donde el principio de *Necessary Parties* es formulado en los siguientes términos: «In all cases where it shall appear [...] that persons, who might otherwise be deemed proper parties to the suit, cannot be made parties [...] because their joinder would oust the jurisdiction of the court [...] the court may [...] proceed in the cause without making such persons parties; and in such cases the decree shall be without prejudice to the rights of the absent parties».

<sup>15</sup> 57 U.S. 288, 1853, donde la corte precisó (desatendiendo, aunque en realidad sólo excepcionalmente, la rule 48 que ni siquiera cita en la sentencia) que «the decree binds all of them the same as if all were before the court». En efecto, precisa que la acción representativa se puede continuar «where the parties are very numerous, and though they have or may have separate and distinct interests[...] though the rights of the several persons may be separate and distinct, yet there must be *common interest or a common right*, which the bill seeks to establish or enforce» (cursiva mía: se trata de una locución ya expresada por Story y que fue tomada expresamente en la sentencia).

<sup>16</sup> POMEROY J., *Treatise on Equity Jurisprudence*, A. L. Bancroft & Co., San Francisco, 1881 y ID., *Remedies and Remedial Rights by Civil Actions according to the Riformed American Procedure*, Little Brown & Co., Boston, 1894. En términos muy generales se trata de un autor que afrontando los debates que se generaron sobre todo a raíz de la contradicción entre la Rule 48 con *Smith v. Swormstedt*, es decir, sobre la justificación de las *representative suits*, de una parte, y la extensión de los efectos del *giudicato*, de la otra. Para el autor «a number of persons have separate and distinct interest, but still united by *some common tie*, against one determined party, and these interest may perhaps be enforced[...] by one suing on behalf of himself and all the others» (ID., *Treatise on equity jurisprudence*, cit., p. 267). (Como precisan HAZARD G., GEDID J., SOWLE S., *An Historical analysis of the binding effect of class suits*, cit., p. 1919 «[...] he would have allowed and contended that the decisions permitted a class suit in all situations involving numerous parties where modern procedure authorized permissive joinder»). En cuanto a los efectos del *giudicato* frente a los miembros ausentes, el autor opta por una extensión *secundum eventum litis*, es decir (obviamente alejándose de *Smith v. Swormstedt*) cuando el fallo era favorable los miembros ausentes del grupo podrían servirse de sus efectos, mientras que en el fallo negativo «he is not bound unless he was practically a party to the proceeding; the plainest of common justice refuse to hold a man concluded if he has not had “a day in court”. [...] If the subsequent proceeding is a hostile one against the person, the former adjudication cannot be relied upon as an estoppel or as conclusive, unless he had affirmatively taken the steps which made him an actual party [...] or unless, after having had notice, and an opportunity of coming in [...] he had refused or neglected to do so» (ID., *Remedies and remedial rights by civil actions according to the riformed american procedure*, cit., p. 472). En pocas palabras, para el autor, los requisitos para poder adelantar una *representative suit* eran muy flexibles («[it is] enough that the common bond or element consists solely in the fact that all the rights [...] have arisen from the same source [...] event, or [...] transaction, and in the fact that they all involve and depend upon similar questions of fact, and the same questions of law [...]») pero en el tema de la extensión de los efectos de la sentencia a los miembros ausentes, en medio de la discusión en ese momento aún abierta, propone que normativamente sólo los fallos

autores que afrontaron desde un punto de vista justificativo el álgido debate, no sólo sobre la justificación del empleo, o no, de las *representative suit* sino, también, el debate ya gestado a raíz del alcance de los efectos del *giudicato* frente a los miembros ausentes del grupo<sup>18</sup>.

En fin, una R23 que se diferencia, aunque no radicalmente, de su versión original, la llamada *Moore Rule* (R23) de 1938 (promulgada junto con las demás FRCP<sup>19</sup>) no sólo en la estructura procesal del mecanismo<sup>20</sup> sino, y sobre todo (en cuanto interesa a los objetivos

favorables puedan tener una extensión automática de sus efectos a los miembros ausentes. Sobre el punto ver también GIUSSANI A., *Studi sulle "Class Actions"*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>17</sup> STREET T., *Federal Equity Practice*, New York, 1909 (part. pp. 336 ss.). Es otro actor que trata de solucionar las discusiones respecto a las situaciones en las que se justifica la *representative suit* y sobre las situaciones en las que era justificado extender los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes. El autor elabora por primera vez una sistematización de las (por él llamadas) *class suit*. En efecto, distingue (influyendo, pero sólo terminológicamente, la estructura normativa de la primera versión de la R23 de 1938 o la *Moore Rule*) entre las llamadas *true class suit* o *in rem class suit* («[...] it will be found that the subject-matter of the suit is a fund or property over which the court can and does acquire jurisdiction [...]», p. 342) y las llamadas *spurious class suit* («[...] the suit is not concerned with a fund or property at all, but with a personal liability. Here the suit is not a class suit in any proper sense [...] Illustrations of this type [...] are [...] suits by or against involuntary associations [...] or against numerous defendants to enjoin a threatened injury [...]»). El autor precisa que la extensión de los efectos del *giudicato* se verificará sólo en el primer caso, optando por una tercera vía (como también lo hizo Pomeroy) respecto a las contradicciones jurisprudenciales y legislativas existentes al momento. En efecto, como precisan HAZARD G., GEDID J., SOWLE S., *An Historical analysis of the binding effect of class suits*, cit., p. 1923, «This synthesis ignored the fact that in some leading cases which could be said to involve a fund, the decree had been held not binding on absentees, and that the decree had been held binding in some leading cases that did not involve a fund».

<sup>18</sup> Se trata de un debate que sólo en 1938 se puede considerar que fue afrontado (si bien de manera tácita) normativamente con base en el rastro ya dejado por *Smith v. Swormstedt* y confirmado en 1921 por *Supreme Tribe of Ben-Hur vs. Cauble*, 255 U.S., 302 (1853); decisión, esta última, que estableció (en un fallo cuyo aspecto central, sin embargo, no era una discusión expresamente relativa a la *res giudicata* sino, más bien, a la posibilidad de extensión de los efectos ante problemas de jurisdicción) que los miembros ausentes deben ser vinculados con los efectos del fallo, aún cuando sea una decisión contraria a las pretensiones de la demanda: «rights were duly represented by those before the court[...] Being thus represented, we think it must necessarily follow that their rights were concluded by the original decree» (p. 366). *Ben-Hur* es, a su vez, un caso que abre la discusión sobre lo que se convertirá en el criterio justificativo más importante para la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes a partir de 1938, es decir, la así llamada ‘adecuada representación’.

<sup>19</sup> Sobre el inter legislativo para la elaboración de las FRCP y sobre las controversias doctrinales en relación con la distinción entre derecho procesal y derecho sustancial ver pie de página 9 del capítulo tercero.

<sup>20</sup> La estructura fue el resultado final de una elaboración (atribuida sobre todo a Moore: ver al respecto pie de página 13 de esta introducción) que evidentemente tomó en consideración, pero no adopta, salvo

en algunos aspectos, las propuesta de Street ya comentada (ver pie de página 17 de esta introducción). En concreto, en la R23 de 1938 se adopta una estructura tripartida de CA que considera justificado el empleo del instituto procesal: «When the character of the right sought to be enforced for or against the class is (1) Joint, or common, or secondary in the sense that owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it; (2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or (3) several and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief sought». Tres tipos de CA llamadas, respectivamente, «*true*», «*bybrid*» y «*spurious*» *class suits*. La primera referida a los casos en los operaría el litisconsorcio necesario, los casos relativos las acciones de los socios contra las sociedades de capital para la tutela de los así llamados *secondary rights* y las acciones de los miembros de una *unincorporated association* (es decir, por ejemplo, el ya citado caso de *Swormstedt vs. Ben-Hur*); la segunda a los casos en los que estuviese de por medio un *fund* (accione *in rem*) y las terceras un típico caso en el que se permite adelantar un proceso, aún cuando todas las partes (que facultativamente podrían estar presentes) no hacen parte directa del proceso con pretensiones comunes de hecho o de derecho. Esta última, a diferencia de las dos anteriores, no generaba la extensión de los efectos del fallo salvo que los eventuales miembros del grupo decidieran hacer parte del proceso, es decir, que hicieran efectivo el derecho subjetivo (o mejor, el (meta)derecho subjetivo de) *opt-in* para participar como partes en el proceso.

En pocas palabras, es una *Rule* que, además de fijar por primera vez y con efectos para toda la jurisdicción federal el requisito de la adecuada representación como criterio determinante para la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausente («(a) Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate of representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought to be enforced for or against the class is [...]» -cursiva mía-), afronta el tema de la clasificación de los casos en los que era permitida la acción representativa. Además, es un texto normativo que permitió a la doctrina (incluso al mismo Moore) dar indicaciones sobre los criterios necesarios para fijar cuándo y respecto a quién la *res giudicata* tendría efectos. En relación con este último aspecto, es necesario precisar que esta conclusión no se desprende de la R23, sino de trabajos doctrinales, puesto que en su momento el *Advisory Committee* consideró (rechazando en este punto la propuesta de Moore) que los asuntos relativos a la extensión de los efectos del *giudicato* implicaban una modificación del derecho sustancial y que la autorización dada por el Congreso para la elaboración de las FRCP se restringía exclusivamente a las normas procesales, razón por la cual en la R23 no se afronta el argumento (ver pie de página número 9 del capítulo tercero). Sobre la insuficiencia de la clasificación elaborada por Moore en la R23 de 1938 para afrontar el debate que desde el siglo anterior había ocupado la cultura jurídica procesal estadounidense en relación con la naturaleza de la CA y sus efectos frente a los miembros ausentes ver: WEINER W., SZYNDROWSKI D., *The Class Action. From the English Bill of Peace to Federal Rule of Civil Procedure, cit.*, pp. 980-85, quienes precisan (p. 979) que «[t]he rule as adopted was beset with difficulties: (1) obscure and uncertain definitions of categories; (2) the inadequacy of the rule in dealing with the binding effect of judgments; and (3) the failure of the rule to address measures assuring procedural fairness».

La reforma procesal de la R23 de 1966 es el resultado de la constatación por parte de la cultura jurídica se una estructura procesal ambigua y oscura. En efecto, precisa el ADVISORY COMMITTEE que «in practice the terms “joint,” “common,” etc., which were used as the basis of the Rule 23 classification proved obscure and uncertain». En otras palabras, la estructura adoptada en 1938 frente a los

de este estudio), en relación con los discursos justificativos y las concepciones ético-normativas que los sustentan<sup>21</sup>.

Este análisis de la CA contemporánea se llevará a cabo con el concreto objetivo de resaltar la “elección” doctrinal estadounidense mediante la cual actualmente (y con cierta diferencia frente a los discursos justificativos de 1966) se tiende a (o, por ciertos sectores de la doctrina, se querría) justificar las acciones grupales para la tutela de DSH con, y sin, objeto un bien colectivo, todo en medio del perenne conflicto entre autonomía individual y

---

requerimientos de la realidad jurídica de treinta años después no eran satisfactorios. Sobre este punto ver principalmente el capítulo cuarto.

<sup>21</sup> Por ahora es suficiente señalar que la reforma de 1966 y las posteriores reformas (especialmente del 2003) seguramente toma en consideración (frente a la breve enunciación de 1938 y la inexistente mención en las anteriores *representative suit*) una profundización sobre los criterios justificativos en consideración de los miembros ausentes. En efecto el ADVISORY COMMITTEE de 1966 precisa que «[...] the original rule did not squarely address itself to the question of the measures that might be taken during the course of the action to assure procedural fairness, particularly giving notice to members of the class, which may in turn be related in some instances to other extension of the judgment to the class». Es precisamente bajo esta convicción que se percibe igualmente una disminución en la preocupación por abordar directamente el argumento sobre la extensión de los efectos del *giudicato* precisando claramente que si los requisitos de la CA (previstos en la R23(a) y R23(b) de las FRCP reformada) se cumplían, los efectos del *giudicato* se extenderían a los miembros de la *Class*, salvo aquellos que (cuando permitido) ejercieran el derecho de *opt-out* (BONE R., EVANS D., *Class Certification and the Substantive Merits*, en *Duke Law Review*, 51, 2002, pp. 1261-1262: «Class actions under the 1966 revision were all meant to have full res giudicata effect. The 1966 Rule drafters made perfectly clear—and for first time—that the entire point of the class action procedure was to adjudicate individual claims in one proceeding with full binding effect on each and every class members»). Y no podría ser diferente tomando en cuenta la misma reforma a la R19 cuyo título pasó de ser «Necessary Joinder of Parties» a «Joinder of Persons needed for just Adjudication» elimina el litisconsorcio necesario o, mejor, excluye la posibilidad que la ausencia de uno de los sujetos que podrían ser considerados como litisconsorcios necesarios impida necesariamente la posibilidad de pronunciar un fallo (sobre este punto ver GIUSSANI A., *Studi sulle “Class Actions”*, cit., pp. 101-111). En pocas palabras, a partir de 1966, la cultura jurídica estadounidense ya no percibía la representación de miembros ausentes como un fenómeno patológico (aunque si excepcional y, además, aún hoy, difícil de resolver a raíz de otros aspectos aún más complejos -ver al respecto WOLFF T., *Preclusion in Class Action Litigation*, en *Columbia Law Review*, 105, 2005, pp. 717-808- como la tendencia justificativa para la extensión de los efectos del fallo a situaciones futuras, es decir, aún no verificadas) siempre y cuando fuese justificado en beneficio de los derechos de los miembros ausentes mediante una incisiva (y cada vez más intensa) atención a la representación adecuada de los mismos que justificase la reinterpretación de los enunciados normativos contentivos de principios-derechos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción. He aquí la transformación en los criterios justificativos esgrimidos por la doctrina y la legislación en relación con la CA a partir de 1966 cuando, además, el análisis utilitarista, el paternalismo y la valoración del efecto disuasivo ocupan con mayor atención a la doctrina y al operador jurídico. Sobre este punto ver capítulo cuarto.

bienestar general. Una justificación que ha sido acompañada por concepciones ético-normativas (ya no sólo utilitarista, sino también) comunitaristas-moderadas.

Este análisis cerrará, entonces, la exposición de la que he llamado la «antesala conceptual de la *azione di classe*» mediante una exposición fruto, en pocas palabras, del análisis del uso, por parte del operador jurídico, de ciertos sintagmas y términos representativos de cuanto he llamado la ‘ola colectivista’ o el ‘fantasma de la colectividad que ronda’ y que, a su vez, ha determinado un actuar de la doctrina estadounidense (pero también de los jueces y del legislador) que, sobre bases conceptuales erradas, particularmente en relación con la “naturaleza” conceptual de las situaciones de ventaja objeto de tutela, ha conducido a justificaciones doctrinales colectivistas-moderadas de la CA.

En concreto, en esta parte del trabajo me ocupó del uso -en el discurso doctrinal sobre las acciones grupales- del sintagma ‘interés general’ (o ‘*public interest*’)<sup>22</sup> y su consecuencias al interior del discurso doctrinal “definitorio” y justificativo de la CA. Sin embargo, para llevar a cabo este análisis, será necesario realizar un estudio sobre el momento en el cual en el que el discurso doctrinal, y mediante el empleo del sintagma ‘interés general’ (cuyo contenido ha sido delineado por parte de la doctrina en el *enforcement* de las normas-derechos y en la disuasión de las conductas potencialmente violadoras de los derechos mediante el potencial incumplimiento de los deberes correlativos), se verifica la consolidación y la justificación de así llamado ‘*Private Attorney general*’ (PAG) y, en consecuencia, de las llamadas PAG *Actions* en las que, como precisaré más adelante, se incluye por parte de la doctrina precisamente la CA<sup>23</sup>.

Por vía de la explicación de este fenómeno presentaré la *mutación* del discurso justificativo de la CA que deja de operar exclusivamente (o al menos, se pretende que ya no opere exclusivamente) como consecuencia de la justificación *utilitarista* de la re-lectura de los principios-derechos procesales en la forma concebida en 1966 (particularmente respecto al principio dispositivo y el principio del ‘*day in court*’); sino que operaría, además, mediante la previa consolidación de la existencia de situaciones de ventaja (precisamente el *enforcement* de las normas-derechos y la disuasión de la violación de los mismos) que no son consideradas (sólo) individuales, sino que trascenderían la esfera del sujeto y se consolidarían como situaciones de ventaja cuya “imprescindible” tutela

---

<sup>22</sup> Ver especialmente el numerales 3 y 5 del capítulo tercero.

<sup>23</sup> Ver al respecto el capítulo tercero.

justificaría la CA y, entonces, justificaría una ulterior re-interpretación de los enunciados normativos contentivos de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción.

En otras palabras, la re-lectura de los principios-derechos procesales operaría de manera parcialmente análoga a la justificación de las acciones grupales en el escenario italiano (incluso después de la entrada en vigor del art. 140bis del código del consumo), es decir, mediante la previa consolidación de una (falsa) distinción entre situaciones de ventaja o, al menos, mediante, sí una justificación ético normativa utilitarista, pero que ultra-valorizando el efecto disuasivo adscrito a la CA y su aptitud para garantizar el *enforcement* de las políticas públicas, trasciende el escenario intra-procesal y se consolida como un discurso justificativo dirigido a la tutela del interés general.

Los (potenciales) efectos de esta distinción, como se verá más adelante, también tendrían (y, desde un particular punto de vista, han tenido) cierta similitud con aquellos verificados en el escenario italiano, particularmente en relación con la presencia, y la voluntad por parte del doctrina de evadir (pero sin superar), la intangibilidad interpretativa de un artículo constitucional: en el caso estadounidense el artículo III<sup>24</sup>.

Sin embargo, como precisaré a lo largo de esta parte del trabajo, el actuar del operador jurídico (particularmente de los jueces, y en primer lugar de la *Supreme Court*) ha determinado –pero, repito, sin superar la intangibilidad interpretativa- la imposibilidad de desviar la aplicación de los requisitos previstos en el artículo III<sup>25</sup>. De esta forma, el alcance del significado adscrito a la locución ‘interés general’ como situación de ventaja no-individual tiene al momento (pero no desde siempre) una intensidad mucho más baja que aquella que se verifica en el escenario jurídico italiano.

Pues bien, como premisa necesaria de esta parte del trabajo a continuación enunciaré el concepto de *Class Action* (CA) que será analizado con mayor claridad en el capítulo cuarto, pero cuya enunciación se requiere para el análisis de algunos aspectos precisados en el capítulo tercero:

*Por class action (CA) entiendo, en términos muy generales, una acción procesal grupal ejercida por parte de un titular (o varios titulares) de un (o sendos) DSH que es (o son) también normativamente legitimado(s) para el ejercicio del macro(meta)derecho subjetivo*

---

<sup>24</sup> Ver al respecto, además del pie de página 8 del capítulo tercero, ver numeral 6 del capítulo cuarto.

<sup>25</sup> Por ejemplo en *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S., 95 (1983), o *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S., 55 (1992).



*de acción (en calidad de representative plaintiff y por medio de un apoderado técnico o class counsel) en nombre de sí mismo(s) y de los demás sujetos igualmente titulares de homogéneos DS cuyos deberes correlativos han sido (o están siendo, o serán) incumplidos por el (o los) sujeto(s) contra quien(es) se dirige la acción en cuanto titulares de los deberes correlativos. En línea de principio, la sentencia, o el acuerdo conciliativo (settlement), surtirá efectos frente a todos aquellos titulares de sendos DSH que sean considerados por el juez como miembros de la Class por medio del (siempre variable en su contenido) acto judicial de la Certification, y siempre y cuando estos sujetos no sean titulares del (meta)derecho subjetivo de exclusión (opt-out), o siendo titulares de dicho (meta)derecho subjetivo opten por no ejercerlo.*

## CAPÍTULO TERCERO

**LA AUREOLA DE “BUEN SAMARITANO” Y EL *PRIVATE ATTORNEY GENERAL* (PAG).  
 LOS EFECTOS DEL USO DE UNA (IN)NECESARIA LOCUCIÓN Y LA (POTENCIAL)  
 FRACTURA ENTRE ACCIONES PARA LA TUTELA DE DSH EN LA CULTURA JURÍDICA  
 ESTADUNIDENSE**

*A distinction without a difference is a failure even if it is possible for everyone to agree every time on how to make it*

DUNKAN KENNEDY, *The stages of the decline of the public/private distinction*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1981-1982

**1-** PREMISA; **2-** EL CONCEPTO DE *PRIVATE ATTORNEY GENERAL* (PAG); **3-** (SIGUE) EL PAG Y EL INTERÉS GENERAL; **4-** NOTAS SOBRE LA (NO)DISTINCIÓN ENTRE LA PARTE LEGITIMADA PARA ACTUAR Y EL ABOGADO EN EL DISCURSO DOCTRINAL ESTADUNIDENSE SOBRE LAS PAG ACTIONS; **5-** EL PAG COMO LEGITIMADO PARA ACTUAR EN LAS ACCIONES PARA LA TUTELA DE DSH Y LA DISOLUCIÓN DE LA (FALSA) DISTINCIÓN ENTRE EL ESCENARIO PÚBLICO Y EL ESCENARIO PRIVADO EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO (Y LA JUSTIFICACIÓN) DEL PAG; **6-** LAS CONCEPCIONES DE PAG: UN DISCURSO DOCTRINAL SOBRE LOS USOS DE LA LOCUCIÓN PAG. HACIA EL (IN)NECESARIO EMPLEO DE UNA LOCUCIÓN; **7-** (SIGUE) NOTAS SOBRE LA TAXONOMÍA ELABORADA POR RUBENSTEIN; **8-** CONCLUSIONES. LA (IN)UTILIDAD DEL CONCEPTO DE PAG Y SU RELACIÓN CON LA *CLASS ACTION* (CA)

## 1. PREMISA

Considero de fundamental importancia precisar y profundizar sobre el uso de una locución, el ‘*Private Attorney General*’ (PAG), que recorre la literatura<sup>1</sup> sobre la tutela

---

<sup>1</sup> Sólo tratar de enumerar la literatura más sobresaliente sobre el PAG resulta casi imposible. Para efectos de las referencias bibliográficas más sobresalientes ver: JAFFE L. *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological plaintiff*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 116, 1967-1968, pp. 1033-1045; COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, en *Maryland Law Review*, 42, 1983, pp. 215-288; MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, en *The University of Chicago Law*

de los (que aquí son considerados como) DSH<sup>2</sup> y que (aunque a veces sólo de forma tangencial) la doctrina ha conectado con la CA<sup>3</sup>. El imprescindible análisis sobre los usos de esta locución, resulta necesario por tres particulares motivos:

(i) Porque, contrario a cuanto parece, la relación entre la CA y el PAG es mucho más profunda de cuanto se piensa y, precisamente, en la ambigüedad de su conexión

*Review*, 58, 1991, pp. 1-118; RABKIN J., *The Secret Life on The Private Attorney General*, en *Law and Contemporary Problems*, 61, 1998, pp. 179-203; KARLAN P., *Disarming the Private Attorney General*, en *University of Illinois Law Review*, 6, 2003, 183-209; HAZARD, G., *Modeling Class Counsel*, en *Nebraska Law Review*, 81, 2002-2003, pp. 1397-1411; RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 2129-2174; BEISNER J, SHORS M., DAVIDSON MILLER J., *Class Action "Cops": Public Servants or Private Entrepreneurs?*, en *Stanford Law Review*, 57, 2004-2005, pp. 1441-1474.

<sup>2</sup> Como será precisado a lo largo del presente capítulo, en la cultura jurídica estadounidense se percibe el PAG -no obstante las críticas y los defectos formulados en contra de la figura particularmente en el tema de los honorarios y de las recompensas de los abogados- como un sujeto que, en mayor o menor medida, tutela situaciones de ventaja que desbordan la órbita individual. De esta forma, como se verá más adelante, locuciones como 'interés general', funciones como el *enforcement* de las políticas públicas, distinciones como *public/private litigation*, etc., invaden el discurso *justificativo*. Sin embargo, sobre la base de las precisiones conceptuales que he presentado hasta ahora y que también presentaré a continuación, considero que no es posible hacer referencias a situaciones de ventaja diferentes del DS e, igualmente, considero que si es necesario hablar de PAG, no se puede considerar que en el ejercicio de las acciones para las cuales este sujeto es legitimado, se tutelen situaciones de ventaja diferentes del DS o, mejor, diferentes de los aquí llamados 'DSH'.

<sup>3</sup> La conexión entre ambos conceptos (CA – PAG) será profundizada con mayor atención a lo largo del presente (y del siguiente) capítulo. Por ahora, basta señalar que la conexión se verifica en razón de la sobre-valoración "conceptual" de la llamada 'función pública' de la CA como acción procesal "activadora" de la ejecución de las políticas públicas o, en términos general, como resultado del efecto (directo o indirecto) de la tutela del llamado 'interés general'. De esta forma el *representative plaintiff*, pero para ser más preciso el *attorney's plaintiff*, es considerado, por parte de los operadores jurídicos y de la doctrina, como un *ideological plaintiff*, como un actor procesal que, al tiempo que tutela los DSH de sus representados, tutela el llamado 'interés público'. A raíz de esta conexión y del uso del, como se verá más adelante, innecesario concepto de PAG se generan los debates, de orden normativo, sobre la justificación de la legitimación para actuar de dicho sujeto para la tutela de los DSH, con particular atención a la naturaleza de la *class* y la tutela de los derechos relativos al macro(meta)derecho de acción. Ver sobre el particular COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General cit, passim*. En posición abiertamente contraria a los efectos de esta conexión entre la función privada y la función pública y el desenlace de una visión publicista del actor procesal como PAG ver, recientemente, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, Stanford University Press, Stanford, 2009, *passim*, princ. pp. 29 ss., 105 ss., 120 ss. En cambio, a favor ver, por ejemplo, FISS O., *The Political Theory of the Class Action*, en *Washington & Lee Law Review*, 21, 1996, *passim*. y BRONSTEEN J., FISS O., *The Class Action Rule*, en *Notre Dame Law Review*, 78, 2003, pp. 1419 ss.

directa se esconde la respectiva “elección” doctrinal estadounidense relativa a la lectura del (meta)derecho subjetivo de acción sobre la base de

(ii) una “creencia”, así como en Italia sucede con la locución ‘IDC’, que trata de justificar la existencia de situaciones de ventaja no-individuales mediante, precisamente, el empleo de la locución ‘interés general’<sup>4</sup> -empleada como sinónimo (es decir coincidencia denotativa) de la locución ‘interés público’ e, incluso (aunque ya en este trabajo presenté la radical diferencia entre el alcance denotativo del término ‘interés’ y del término ‘bien’<sup>5</sup>) de la locución ‘bien público’<sup>6</sup> - con un objetivo muy similar al que

---

<sup>4</sup> Sobre el concepto de ‘interés general’ y sobre el significado atribuido por la doctrina relativa a la tutela de los DSH ver principalmente numeral 3 de este capítulo

<sup>5</sup> Ver al respecto numeral 9 del capítulo primero. De todas formas es importante recordar que el bien denota sólo una cosa o estado de cosas. El interés, en cambio, es la justificación (en un sistema normativo legal) para la previsión normativa de un derecho subjetivo.

<sup>6</sup> Durante este trabajo, obviando las diferencias definitorias que puedan presentarse y que seguramente cargan de un valor estatalista la locución ‘interés público’ contrario a lo que podría pasar en relación con la locución ‘interés general’ (ver MURA V., *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 197, quien precisa que «è vi è distinzione, forse contrapposizione, fra *interesse comune* e *interesse pubblico*, fra ciò che è costituisce rilevazione empirica (ed, eventualmente, proiezione sul piano normativo) di aspirazioni e aspettative condivise, e ciò che è, nella migliore delle ipotesi, rappresentazione astratta di aspirazioni e aspettative presunte e presuntivamente coordinate con le esigenze di funzionamento e sviluppo dell’apparato statale; e, nella peggiore, una artificiosa e surrettizia sostituzione di soggetti (l’interesse dello Stato al posto di quello dei cittadini)», haré uso indistintamente de ambas locución puesto que, para efectos de este trabajo, los usos pueden ser asimilados en la literatura sobre el PAG y en la literatura sobre la CA: se conectan, como se verá más adelante (ver numeral 5) específicamente con el *enforcement* de las normas-derechos y con el efecto disuasivo de las conductas (activas o omisivas) dirigidas al incumplimiento de los deberes correlativos; todo en consideración de la ejecución de las políticas públicas.

En efecto, la justificación de mi elección lingüística responde al hecho de que, no sólo en la cultura jurídica estadounidense se emplean indistintamente ambas locuciones (aunque talvez con mayor insistencia la locución ‘public interest’ (per ejemplo, ver FREEMAN J., *The Private Role in Public Governace*, en *New York University Law Review*, 75, 2000, p.17: «In a *public interest* model, the agency is obligated to exercise its discretion in implementing statutes with a view to the *national interest* or *general welfare*» (cursiva mía) donde el autor usa, para definir una específica teoría, indistintamente diversas locuciones tratando de significar el mismo alcance denotativo), sino que, más allá de la atribución (ideológica) de un eventual significado más estatalista (que, por cierto, en la cultura jurídica estadounidense no se verifica de forma relevante debido a una tradición cultural enraizada en la identificación del poder en el ciudadano -el lema cultural de «we the people of the United States», la fe en el llamado ‘Adversarial legalism’ y la profunda desconfianza en un estado centralizado y potente- y no en el estado: al respecto ver recientemente KAGAN R., *Adversarial*

presenté en relación con la cultura jurídica italiana (particularmente, respecto a la distinción de aquello que no se puede distinguir, la generación de una errada distinción entre acciones procesales, no en atención al bien objeto de los siempre DSH, sino en razón a una supuesta distinción entre situaciones de ventaja y una ausencia de la necesaria distinción entre el (meta)derecho de acción y las situaciones de ventaja objeto de tutela<sup>7</sup>) pero que, en último análisis, sólo de forma indirecta toma en consideración las cualidades conceptuales de las situaciones de ventaja objeto de tutela y se concentra en cambio, aunque pareciera que no es así, principalmente en superar (justificar) el fenómeno relativo a la legitimación (*standing*) para actuar no obstante algunos límites interpretativos que gobiernan las acciones procesales a la luz del art. III de la Constitución de EU (en particular, los límites impuestos por la exigencia de un *case-or-controversy* para poder interponer una acción)<sup>8</sup> y no obstante los límites que (en el sentir

---

*Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, cit., pp. 79-119) lo cierto es que para efectos de este trabajo, cuanto resulta relevante es la *entificación*, la *personificación*, de cuanto se pretende denotar con estas expresiones: de una parte, la expropiación al individuo de la titularidad de las situaciones de ventaja y, de otra parte (y como consecuencia), la supuesta consistencia conceptual de situaciones de ventaja fuera de la órbita individual de los sujetos. En otras palabras, usaré, salvo expresa aclaración, preferentemente la locución ‘interés general’ bajo el entendido de que, al menos en la cultura jurídica estadounidense, esta locución es sinónima de la locución ‘interés público’ (pero no de la locución bien público).

<sup>7</sup> Con relación al escenario italiano, bajo la premisa teórica presentada en el numeral 13 del capítulo primero, ver princ. numeral 3, 4 y 7 del capítulo segundo.

<sup>8</sup> En efecto, el artículo III, sección 2, de la Constitución de Estados Unidos ha sido interpretado, en relación con la jurisdicción para el ejercicio del poder judicial (el término ‘poder’ en este caso lo entiendo no en término poder-hohfeldiano sino, y esto si en términos hohfeldianos, como un meta-deber a cargo del estado correlativo con meta-derechos subjetivos de los individuos), como la prescripción de la necesaria constatación de un *case-or-controversy* en cabeza de la parte procesal que activa el aparato jurisdiccional. Las discusiones al respecto han sido variadas y la distinción entre el término ‘*case*’ y el término ‘*controversy*’ (distinción que fue resalta y tomada en consideración – pero no aplicada– décadas después de la promulgación de la Constitución: en efecto, como señala REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit. p. 190, pie página 81, sólo hasta 1848 los diccionarios jurídicos tomaron en consideración la distinción–: ver PUSHAW J., *Article III’s Case/Controversy Distinction and the Dual Functions of Federal Courts*, en *Notre Dame Law Review*, 69, 1994, p. 460) no es muy clara: se afirma, por ejemplo, que con el término ‘*controversy*’ se hace referencia sólo a pleitos de naturaleza civil, mientras que el término ‘*case*’ se hace referencia también a los pleitos penales (ver: *Aetna life Insurance Co. v. Haworth*, 300 U.S. 227 (1937)). Sobre el particular ver HARRISON J., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts and the Text of Article III*, en *University of Chicago Law Review*, 64, 1997, p. 222.

de parte de la doctrina, jueces y legislador) restringen la función judicial en la delineación de políticas sociales de carácter normativo por medio de la aplicación de las normas (así llamadas) procesales<sup>9</sup>;

---

Pues bien, para efectos de este trabajo y asumiendo precisamente por este motivo una sinonimia entre los dos términos ('case' y 'controversy') en cuanto este trabajo está restringido sólo al proceso civil, lo cierto es que con ambos términos se quiere resaltar la exigencia de constatar una efectiva contraposición de DS *actuales* (se habla de la exigencia de un *injury in fact*: ver *Lujan v. Defenfers of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1991)) y, en tal medida, permitir la verificación de requisitos conectados con el enfoque ideológico que gobierna el proceso en la cultura jurídica estadounidense, el *adversarial system*, construida sobre la concepción según la cual un proceso sólo se puede adelantar cuando existan derechos sustanciales en juego que constriñan a las partes a jugar con el mayor empeño posible en la búsqueda de su propio beneficio. Sobre el carácter ideológico del *Adversarial System* y sobre las críticas y sus contraproducentes efectos, ver, por ejemplo, recientemente, TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, La Terza, Roma-Bari, 2009, pp. 107 ss.; KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, *cit, passim*. En cambio, y casi con una "fe absoluta" en las bondades del *adversarial system* y con negación de su carácter meramente ideológico ver REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, pp. 188 ss.

En otras palabras, el requisito del art. III se convierte en un (maleable) límite a la legitimación activa procesal para el ejercicio de acciones para la tutela de DSH y para la tutela de DSH-aún-no-vulnerados o cuya vulneración no puede ser verificada; pero sobre todo se convierte en un límite para el ejercicio de acciones para la tutela de DSH cuando el actor no es titular de uno de los DSH en cuestión o cuando el autor alega legitimación (*standing*) para tutelar derechos subjetivos sin permitir (o disminuyendo) la posibilidad del ejercicio de los derechos relativos al macro(meta)derecho de acción de los (titulares) ausentes. Pues bien, precisamente en este matizado horizonte se ubica el debate sobre el PAG y, entonces, también un actual debate sobre la CA (ver, por ahora, FORD M., *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger*, en *Yale Law & Policy Review*, 27, pp. 1-46): en efecto en el mismo escenario se ubica el complejo problema de la naturaleza conceptual de la *Class* y donde se verifica la relectura de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción; es decir, donde se resuelve, o se trata de resolver, por vía normativa el dilema entre la garantía del derecho a participar en el proceso frente a la efectiva garantía del acceso a las cortes, en un contexto donde la *deterrence*, de una parte, y el *enforcement* de las políticas públicas, de la otra, se convierten en la función principal adscrita por los operadores jurídicos a la CA. Este debate, además, se conecta, como será verificado a lo largo del próximo capítulo, con la discusión que guarda relación con la aparente distinción entre IDC y DSH aplicada por parte de la doctrina italiana al escenario jurídico estadounidense. Sobre el art. III de la constitución estadounidense ver numeral 6 del capítulo cuarto.

<sup>9</sup> No es una novedad el intenso debate que se verifica en razón de (y los límites a) la modificación, o no, de los DS (o, según la clásica distinción, de los derechos sustanciales) como consecuencia de la aplicación de las normas procesales según las voces del 28 U.S.C. 2072 (b) que prescribe que las normas prescritas por la *Supreme Court* para regular el procedimiento «shall not a bridge, enlarge or

modify any substantive right. All law in conflict with such rules shall be of no further force or effect after such rules have taken effect» .

Se trata de un debate que tiene su origen más actual en la delegación a (algunos hablan del poder intrínseco de) la *Supreme Court* de los poderes para la aprobación de las normas procesales federales (FRCP) elaboradas (por delegación de esta última) por el *Advisory Committee* (compuesto por jueces, académicos y abogados –sobre la composición del *Advisory Committee* durante ese periodo y actualmente, así como las consecuencias y los posibles efectos de esta composición ver MANCEY R., *Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure*, en *The Journal of Legal Studies*, 23, pp. 627 ss. y, en contra, BURBANK S., *Procedure, Politics and Power: The Role of Congress*, en *Notre Dame Law Review*, 79, pp. 136 ss.-); en particular, se trata de un debate a raíz de la previsión normativa en el *Rules Enabling Act* de 1934 donde expresamente se reconocía el poder de prescribir las normas procesales a la *Supreme Court* en los siguientes términos: «The Supreme Court of the United States shall have the power to prescribe, by general rules, for the district courts of the United States and for the courts of the District of Columbia, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in civil actions at law. Said rules shall neither abridge, enlarge, nor modify the substantive rights of any litigant» (28 U.S.C. 723(b) (1934) – actualmente el 28 U.S.C. 2072 (a) y el ya citado (b))- Para un estudio muy profundo sobre este acto ver: BURBANK S., *The rules Enabling Act of 1934*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1981-1982, pp. 1115-1197; sobre este debate y sobre la ya sin duda declarada constitucionalidad de la delegación ver *Sibbach v. Wilson Co.*, 312 U.S. 1, 9-10 (1941) donde se precisa que «Congress has undoubted power to regulate the practice and procedure of federal courts, and may exercise that power by delegating to this or other federal courts authority to make rules not inconsistent with the statutes or constitution of the United States»; *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989); sobre discusiones en relación con la delegación y sobre el carácter intrínseco, o no, del poder de la rama judicial MULLENIX L., *Judicial Power and Rules Enabling Act*, en *Mercer Law Review*, 46, p. 734, quien afirma que «A judiciary that cannot create its own procedural rules is not an independent judiciary», BURBANK S., *Procedure, Politics and Power: The Role of Congress*, cit. pp. 103-119.

Actualmente se señala, aún cuando de la constitucionalidad del *Rules Enabling Act* de 1934 no se duda, que en ciertas circunstancias se verifica, para algunos, una inapropiada intromisión en el contenido específico de DS a raíz de la aplicación de las reglas procesales debido, sobre todo, a la ficción de la creencia en una posible distinción radical entre derecho procesal y derecho sustancial: REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit., . p. 65, quien precisa que «All concerned appear to have ignored that the Congress that drafted and passed the Act proceeded on a misguided assumption about the completeness and mutual exclusivity of the substance-procedure dichotomy when it imposed the “substantive right” restriction on the Court’s rulemaking power. Its obvious goal was to preserve for the accountable and representative Congress fundamental normative choices of social policy, and Congress mistakenly believed it had achieved this goal by vesting in the Court solely the power to regulate “practice and procedure”».

Obviamente este debate cobra mayor importancia cuando se trata de las acciones grupales, particularmente, de una parte, en relación con la CA, en cuanto entre en consideración sobre todo el hecho de que en algunas circunstancias se verifica la modificación de los derechos de los sujetos-individuales sin que a los mismos se les haya concedido la posibilidad de participar en el proceso, o de excluirse del mismo o, en fin, de intervenir, o no, oponiéndose a decisiones relativas a la

(iii) Porque así como en la dicotomía (distinción) PAG/*attorney general* (AG), en el discurso sobre la CA se verifica igualmente una dicotomía que se conecta con la misma distinción entre función pública/función privada, no ya del actor procesal, sino del mecanismo procesal<sup>10</sup>. En pocas palabras, y como consecuencia de cuanto apenas

disposición sobre el objeto de la *lite* en los acuerdos transativos, sobre todo cuando se pretende que estos últimos surtan efectos hacia el futuro (sobre este punto ver *Amchem Products, Inc., et al. v. Windsor et. al.*, 512 U.S: 591 (1996) y *Ortiz et al. V. Fibreboard Corp. et. al.*, 527 U.S. 815 (1998); ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 2001-2002, pp. 831-897) y, de otra parte, cuando también, tratándose de acciones para la tutela de DSH, se recurre al empleo de locuciones como ‘interés general’ para justificar la modificación de DSH sobre la base de una tutela expansiva de las políticas públicas y del bienestar social.

Sobre el particular el debate aún está vigente y sin duda guarda relación con el tema de la legitimación activa para adelantar dichos procesos y con el límite apenas señalado del art. III de la constitución. La concepción de un proceso cuya función se reduce a construir la paz “social” (ver NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement*, The University of Chicago Press, Chicago, 2009, pp. 95-216) mediante una negociación de los DS bajo una perspectiva de la disminución de la relevancia de la pretensión individual proporcional al aumento de la relevancia de acordar una transacción de los intereses en juego que favorezca el así llamado ‘interés general’, de la mano de una intensificación del efecto disuasivo (*deterrence*) del fallo y la posibilidad de fijar respuestas *ex ante* a los posibles conflictos futuros, amplifica este debate (ver, por ahora, GILLES M., FRIEDMAN G., *Exploding the Class Action agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 2006, p. 107: «we will advance the argument that, in assessing the efficacy or desirability of [CA] practices and reform proposals, any goal of class member compensation must be utterly disregarded in favor of a separate and often competing objective: forcing companies to internalize the social costs of undesirable behavior») que, por parte de la doctrina, es considerado como una “invasión” de las competencias legislativas mediante el discurso de la eventual justiciabilidad, ejecutoriedad (*enforcement*) de las políticas públicas mediante el empleo, como precisaré en este capítulo, de una distinción entre litigios a favor principalmente del ‘interés público’ (gobernado por el PAG) y litigios a favor principalmente de un llamado ‘interés privado’. Sobre este punto ver en general el capítulo cuarto, particularmente (sobre la incidencia de la “definición” de interés general en el discurso justificativo de la CA) remito al numeral 4-6.

De este fenómeno, con particular atención a la CA, me ocuparé en el siguiente capítulo y, en especial, de las estrategias de política del derecho que promueven una re-lectura de los fines de la acción procesal bajo el lenguaje de una (supuesta) dicotomía entre *public rights* y *private rights* y entre reparación-indemnización y disuasión. Donde, por cierto, el ejercicio argumentativo no se sitúa ya, al menos no con la misma intensidad, en la re-lectura de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción, sino que presta más atención a la (modificación de la) naturaleza de las situaciones de ventaja.

<sup>10</sup> Este fenómeno se conecta necesariamente con cuanto ha sido llamado, creo equivocadamente y por las mismas razones esgrimidas en el capítulo segundo en relación con el escenario italiano (del particular me ocuparé en el cuarto capítulo) por la doctrina italiana como la tutela de los IDC en el



señalado en el punto anterior, se verifica en el escenario estadounidense una minoritaria tendencia a “personificar”<sup>11</sup> la *class* como una entidad autónoma titular de derechos y a “cargar” de responsabilidad social los efectos y la justificación de la CA sobre la base de una, así llamada, ‘función pública’. De esta forma, el actor procesal -el legitimado para actuar- actuaría en calidad de PAG y los efectos de la sentencia desbordarían, aparentemente, los límites de la esfera patrimonial de los miembros de la clase y los límites relativos a la constatación de la verificación actual de un daño individual, de un

---

escenario procesal estadounidense. Ver, GIUSSANI A., *Studi sulle “Class Actions”*, cit. pp. 179-182; ID. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., pp. 103-104. Por ahora basta señalar que en el escenario estadounidense la dicotomía entre los llamados ‘publics rights’ y ‘private rights’, más allá de los esfuerzos doctrinales por dar relevancia a específicos significados atribuidos a locuciones como ‘interés general’ e ‘interés público’, lejos están de poder significar (conceptualmente hablando) la dicotomía entre situaciones de ventaja individuales (DS) contra situaciones de ventaja (llamadas) suprarindividuales (IDC). Por el contrario, esta distinción, que el autor conecta con la eventual tutela de IDC por vía de la CA en un periodo particular de la jurisprudencia estadounidense alrededor de la década de los años setentas -haciendo referencia a fallos como *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), o *Flast v. Cohen*, 292 U.S. 83 (1968), o *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972)- y con su respectivo declino en las décadas sucesivas -haciendo referencia a fallos como *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S., 95 (1983), o *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S., 55 (1992)- comporta es un claro problema de legitimación activa (*Standing*) para el ejercicio de acciones grupales para la tutela de DSH. Cosa muy diferente es que los caminos argumentativos hayan tratado de consolidar la idea de la consistencia conceptual de situaciones de ventaja que desbordarían la órbita individual cuando, en realidad, el problema era lograr consolidar la posible tutela de situaciones de ventaja (siempre DSH) no obstante los límites del artículo III de la constitución y los límites procesales establecidos por la legitimación procesal. Tanto es así que precisamente en este escenario -y en el periodo de expansión de esta forma de legitimación procesal- se consolida con mayor fuerza el concepto de PAG (igualmente conectado con el actor procesal de la CA) que, como se verá más adelante, denota siempre y sólo un actor procesal que no hace parte del organigrama estatal legitimado para la tutela de DSH: en otras palabras, en el escenario jurídico estadounidense (así como en el italiano) no pueden ser conceptualmente identificados los así llamados IDC y, en consecuencia, tanto menos se puede hablar de su tutela. Ver sobre el argumento SUNSTEIN C., *What’s Standing After «Lujan»? Of Citizen suits, «injuries», and Article III*, en *Michigan Law Review*, 91, 1992, pp. 163-236; FORD M., *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger*, cit. *passim*).

<sup>11</sup> Con esta perspectiva, ver, principalmente, COOPER H., *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process*, en *New York University Law Review*, 71, 1996 pp. 13-73; SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, en *Notre Dame Law Review*, 73, 1997-1998, pp. 913-961; ISSACHAROFF S., *Preclusion, Due Process, and The Right to Opt Out of Class Actions*, en *Notre Dame Law Review*, 77, 2001-2002, pp. 1057-1082. Fuertemente contrario ver, últimamente, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit. pp. 115-120, 151-156. Para un análisis crítico de ambas posiciones ver aquí capítulo cuarto.

*injury-in-fact*, con potenciales<sup>12</sup> resultados similares al escenario italiano y la superación (por vía de una falsa distinción entre situaciones de ventaja) de los límites interpretativos fijados, en el sentir de la doctrina mayoritaria, por el artículo 24 de la constitución italiana<sup>13</sup>.

Por lo anterior, considero (contrario a cuanto al parecer refleja la doctrina comparatista actual sobre la CA<sup>14</sup>) que no es posible llevar a cabo un análisis sobre los debates contemporáneos que actualmente gobiernan la CA en la cultura jurídica estadounidense sin precisar el concepto y, sobre todos, los efectos, de empleo del sintagma ‘PAG’, no tanto porque sea un argumento que necesariamente es tomado en consideración por parte de la doctrina y la jurisprudencia local cuando se aborda el tema de la CA<sup>15</sup>, sino porque detrás de sus usos y de su aplicación (sobre todo en el valor

---

<sup>12</sup> (Ver numeral 6 del capítulo cuarto). Actualmente sólo potencial porque la jurisprudencia de la *Supreme Court* rechaza la posibilidad de superar los límites (requisitos) del art. III por vía de la justificación de una distinción entre situaciones de ventaja. De esta forma, incluso sobre el plano prescriptivo, actualmente el esfuerzo doctrinal por consolidar la distinción entre acciones mediante una (falsa) distinción entre situaciones de ventaja, al menos normativamente, carece de relevancia. Al respecto ver capítulo 4 y, por ahora, ver SUNSTEIN C., *What's Standing After «Lujan»? Of Citizen suits, «injuries», and Article III, cit.*; FORD M., *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger, cit.* No obstante, la doctrina estadounidense insiste sobre el argumento y, además, en el escenario italiano (ver pie de página 10), como ya he precisado, se presenta la tendencia a identificar el periodo en el que se verificó la aceptación por parte de las cortes de (lo que realmente era) una relajación de los criterios relativos al *standing* y los requisitos para la verificación de la jurisdicción federal, como una prueba de la tutela de los llamados ‘IDC’ en el escenario estadounidense para así argumentar la (errada, digo yo) consistencia conceptual de los mal llamados ‘intereses supra-individuales’ (con esta posición ver, entre otros, GIUSSANI A., *Studi sulle «Class Actions»*, cit. pp. 179-182; ID. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, cit.*, pp. 103-104). Ver numeral 6 del capítulo cuarto.

<sup>13</sup> Al respecto ver el numeral 4, particularmente el pie de página 37, del capítulo segundo.

<sup>14</sup> Sumado a lo precisado en el anterior pie de página número 10, es necesario señalar que en la actual literatura procesal italiana sobre la CA estadounidense (no, en cambio la inicial) la referencia al PAG (si bien, como precisaré más adelante resulta ser un concepto en cierta medida carente de utilidad) es extremadamente escasa, salvo para efectos diferenciadores, precisamente debido a la creencia enraizada en la propia cultura jurídica según la cual existiría una diferencia entre IDC y los DSH; diferencia que, en este trabajo, es rechazada con vehemencia.

<sup>15</sup> Tal vez esta afirmación recientemente puede ser discutida puesto que, si bien las referencias al PAG no siempre son expresas, las referencias en el discurso sobre la CA a la función pública de la misma y a su (ahora con una importancia mayúscula, seguramente justificada a partir de los trabajos que hace algún tiempo y sobre el rastro de los trabajos inspirados en el análisis económico del derecho – POSNER R., *Economy Analysis of Law*, Aspen, New York, 2002, pp. 563-609- y en las

atribuido al *enforcement* de las políticas públicas por vía de la llamada *public litigation* o, mejor, a la función administrativa del sujeto privado) se logra entender la re-lectura de los principios procesales relativos al macro(meta)derecho de acción al momento de justificar la legitimación activa para el ejercicio de la CA y, sobre todo, se logra entender porqué, y cada vez con mayor insistencia, se está optando (pero aún sin lograrlo) por operar una justificación de la CA por vía parcialmente diferente a la ya mencionada re-lectura de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción, optando, en cambio, por operar una justificación que siga la línea de aquellas relativas a la justificación de la legitimación para actuar del PAG en relación con la tutela del llamado ‘interés general’.

En fin, es necesario señalar que la relevancia aquí dada a este argumento dista mucho del enfoque que en su momento quiso darle Cappelletti en sus trabajos sobre el PAG<sup>16</sup> y la relevancia, sobre el rastro de la (por él pregonada) consistencia conceptual

críticas a la visión “ingenua” del PAG como “el buen samaritano” redentor de los “desfavorecidos”) función disuasiva (*deterrence*) y reguladora de las políticas sociales han puesto nuevamente al centro del debate doctrinal las discusiones sobre la función del ciudadano como colaborador (esta vez mucho más fiscalizado y controlado a raíz de las críticas que datan de los trabajos de COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, *cit.* y de MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, *cit.*) en el *enforcement* de las normas-derechos.

Sin embargo, la atención prestada al PAG en el discurso sobre la CA se concentra sobre todo en los que en la cultura jurídica italiana son considerados como IDC, donde se considera al mercado, sobre la base del empleo de la locución ‘interés general’, no sólo como eventual vehículo para garantizar el bienestar sino, incluso, como si fuese un sujeto de derechos (ver sobre este punto el pie de página número 57, 79, 85 y 162): me refiero a la *Antitrust litigation* y *Security Litigation*. Ver, entre muchos, COFFEE J., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, en *Columbia Law Review*, 106, 2006, pp.1534-1586; BUXBAUM H., *The private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation*, en *The Yale Journal of International Law*, 26, 2001, pp. 219-263.

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, CAPPELLETTI M., *Vindicating The Public Interest Through the Courts: A comparativist’s Contribution*, *cit.*, pp. 660-675. Sobre la carga prescriptiva del discurso (aparentemente descriptivo) de Cappelletti y sobre la elección de política del derecho que alimentó con su discurso ver capítulo segundo numerales 4, 5 y 6. Pues bien, para efectos de esta parte del trabajo cobra relevancia, de una parte la conexión entre la CA y el PAG y, de otra parte, el empleo de la locución ‘PAG’ como argumento justificativo de la (falsa) distinción entre DS e IDC (ver CAPELLETTI M., GARTH B., *Access to Justice: The Newest wave in The Worldwide Movement to Make Rights Effective*, *cit.*, pp. 209-222; particularmente el autor, dentro de lo que llama «The “organizational private attorney general” approach» (p. 214) incluye la CA en el aparte relativo a «(i.)

de los IDC como situaciones de ventaja en cabeza (ambiguamente) de la colectividad, en cuanto precisamente el objetivo de este capítulo es resaltar como dichos enfoques (como precisamente el enfoque de Cappelletti) alimentan un específico enfoque de política del derecho cuyo arraigamiento en la cultura jurídica requiere la consolidación de una “creencia” fortificada por el empleo de un lenguaje prescriptivo (pero maquillado de descripción) que consolida distinciones sobre la base de una errónea lectura de los usos del lenguaje sobre los derechos en un sistema normativo legal.

## 2. EL CONCEPTO DE *PRIVATE ATTORNEY GENERAL* (PAG)

*El PAG en el escenario del proceso civil es el sujeto no-perteneciente a la organigrama gubernamental legitimado normativamente para actuar a favor de la tutela de DSH (principalmente, pero no sólo) con objeto el disfrute de un bien colectivo vulnerados o en vía de vulneración; mientras que el AG es el sujeto perteneciente a la burocracia estatal legitimado normativamente para actuar a favor de la tutela de DSH (principalmente, pero no sólo) con objeto el disfrute de un bien colectivo vulnerados o en vía de vulneración<sup>17</sup>.*

Esta definición de ‘PAG’ resulta a primera vista demasiado amplia en cuanto incluye incluso al *representative plaintiff* (y el *counsel plaintiff* cuando no coincide con el primero<sup>18</sup>) de una CA para la tutela de DSH con objeto un bien no-colectivo (como

Class actions, public interest actions, and the public interest law firms» (p. 217), todo dentro del discurso relativo a la «b. The second wave: Representation of Diffuse Interests» (p. 209)) sobre la base de un uso ideológico de la locución ‘interés general’ o ‘interés público’. En otras palabras, si bien Cappelletti percibe la conexión, los argumentos justificativos y las bases conceptuales para resaltarla resultan opuestos a cuanto argumento en este, y el siguiente, capítulo.

<sup>17</sup> Es evidente que mi definición de PAG (y, además de AG) dista mucho de las habituales “definiciones” que, por cierto, difícilmente toman en consideración una referencia expresa a los DS. Sin embargo, además del hecho de que, como ya precisé (ver capítulo primero, princ. numeral 2) las situaciones de ventaja (conceptualmente) siempre denotan (y sólo denotan) DS, precisaré a lo largo de este escrito como el empleo de locuciones como ‘interés general’ o ‘interés público’ para definir el PAG no es correcto: en efecto, ambas locuciones no son definitorias sino justificativas (normativas) y, además, lejos están de denotar una distinción respecto a las situaciones de ventaja objeto de tutela.

<sup>18</sup> En relación con esta afirmación ver numeral 4 donde especifico el motivo por el que, dada la particularidad (a los ojos del observador externo) del rol de los abogados en la cultura jurídica estadounidense, lograr percibir la distinción entre sujeto legitimado para actuar y su abogado no es tan simple como en el escenario italiano, sino, por el contrario, sólo puede ser entendida si se asumen

por ejemplo en el caso de la CA (b)(2)<sup>19</sup>). Sin embargo, dados los usos de la locución ‘PAG’ en la cultura estadounidense y previo el análisis conceptual de algunas locuciones que aparentemente definirían el ‘PAG’ según algunas apreciaciones doctrinales, resulta claro que la definición no puede ser formulada en otros términos, al menos si el objetivo es referirse al *qué es* el ‘PAG’ y no al *para qué* (la justificación doctrinal) del ‘PAG’.

La definición igualmente se aleja de las “definiciones” tradicionales dejando a un lado la aureola de “buen samaritano”<sup>20</sup> que acompaña los discursos valorativos y prescriptivos sobre el PAG alimentados principalmente en razón de las afirmaciones que identifican al PAG como un sujeto legitimado para actuar para la tutela del así llamado ‘interés general’ (o ‘interés público’)<sup>21</sup>.

---

como descriptivas de la cultura jurídica estadounidense, tanto una ficción arraigada, como un enfoque realista determinante.

<sup>19</sup> Hago mención de este tipo específico de CA -si bien, como se verá a lo largo de este capítulo y en consideración de la definición de PAG, cualquier tipo de CA es una PAG *action* (es decir, el actor procesal/abogado actúa en calidad de PAG)- porque en este caso entra en consideración, además, el apelativo que a las acciones de la R23 (b)(2) le ha sido adjudicado (no porque se reduzcan necesariamente sólo a ello): ‘*Civil rights CA*’. En efecto, fallos como *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) difícilmente se podrían alejar de los discursos relativos a la función (justificación) de *enforcement* de las normas-derechos conectadas por la cultura jurídica a la tutela del ‘interés general’ o del ‘interés público’ como justificación (si bien se presenta como característica definitoria) del ‘PAG’; sobre todo tomando en cuenta que precisamente fue la NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), en evidente calidad de PAG (si se considera necesario el uso de la locución), la que reclutó, impulsó y patrocinó la famosa CA que condujo, como es bien sabido, a la finalización de la ya tradicional doctrina segregativa de «separate but equal» defendida por la *Supreme Court* desde *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S., 537 (1896). En otras palabras, la amplitud de la definición de PAG aquí propuesta (incluso bajo los ojos de las doctrinas justificativas propias de la cultura jurídica en estudio) resulta, en realidad, adecuada (si bien innecesaria y peligrosamente ideológica).

<sup>20</sup> Sobre la incidencia de los términos ‘bondad’ o ‘maldad’ en los discursos doctrinales (maquillados con lenguaje descriptivo) sobre el PAG y el empleo de estos términos, o sus sinónimos, para realizar un aparente (y errado) análisis “conceptual” me ocuparé en diferentes apartes de este trabajo. Sin embargo, desde ya es necesario precisar que estos términos denotan valoraciones doctrinales por parte del intérprete y, por tanto, no definen sino, y al máximo, justifican, o no justifican, las previsiones normativas sobre el PAG sobre la base de específicas concepciones ético-normativas. Ahora bien, sobre el carácter eminentemente valorativo de la distinción entre *evil* and *good* y sobre su carácter no definitorio sino relativo a la justificación de elecciones normativas ver, en relación con la supuesta y falsa distinción intrínseca entre *public good* y *public evil* el numeral 9 del capítulo primero y en este capítulo el pie de página 76.

<sup>21</sup> No son pocos los autores (no sólo a nivel de la cultura jurídica estadounidense) que definen en estos términos el PAG. Ya el juez Jerome Frank, quien acuñó el término en *Associated Industries of*

Se trata de una aureola de “buen samaritano” que consolida una “definición” de PAG que, sin embargo, no corresponde con los usos del término<sup>22</sup> en la cultura jurídica estadounidense, al tiempo que atribuye desde un punto de vista conceptual un alcance errado al espacio semántico la locución ‘interés general’<sup>23</sup>.

---

*New York State, Inc., v. Ickes, Secretary of the Interior, et. Al.*, 134 F.2d. 694 (1943), precisó que el congreso puede legitimar a cualquier ciudadano para actuar incluso cuando su pretensión sea sólo tutelar el «public interest». Y, precisamente bajo esta línea, con diferentes variaciones en relación con los límites relativos a las incentivos, casi todos los autores definen el PAG como quien por medio de una acción civil tutela el ‘interés general’ (o ‘interés público’) reconducido, sustancialmente, al interés (“de todos”) en el cumplimiento de la ley (entendida en sentido amplio). De esta forma, se afirma, por ejemplo, que «a Private litigant acts as a private attorney general if the litigant asserts a cause of action not only to obtain compensation, but also to vindicate important public interests», BUXBAUM H., *The private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation*, en *The Yale Journal of International Law*, cit., p. 222 (quien, además, se refiere a la sentencia de Jerome Frank antes mencionada en los siguientes términos: «In the case giving rise to the phrase, the judge noted that as Congress could authorize the Attorney General to sue on behalf of the public, it could also, by statute, authorize suits by non-official persons “to vindicate the public interest”»). En el mismo sentido y con una evidente carga ideológica a raíz de la creencia en la distinción entre la esfera pública y la esfera privada, cargando de contenido descriptivo una visión de “buen samaritano”, no del PAG, sino el AG, y con particular referencia a la CA, BEISNER J, SHORS M., DAVIDSON MILLER J., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, cit., p. 1451, quienes señalan, en relación con la atribución de la calidad de PAG a la CA, que «This new rationale –that class action lawyers effectively serve as “private attorney general”–is only appropriate if class action lawyers act like, and achieve the same results as, public servants». De esta forma los autores condicionan la calidad de PAG a aspectos claramente valorativos y, en tal medida, no conceptuales, sino de carácter prescriptivo.

<sup>22</sup> En efecto, y sobre la base de las aclaraciones teóricas formuladas en el capítulo primero, desde ya es importante señalar que lo que he llamado “aureola de buen samaritano”, así como los apelativos contrarios, como “caza recompensas” (locución empleada con éxito por parte COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit.) o “free rider de la labor pública de investigación estatal”, acuñado en razón de las llamadas ‘coattail lawsuits’ o ‘copycat lawsuits’ (ver pies de página 30, 87, 95 y 125 y 140), con que ha sido calificado el ‘PAG’, más allá de la corrección valorativa de la una y/o de las otras, hacen referencia necesariamente a aspectos de carácter justificativo elaborados a lo largo de la historia del uso de la locución ‘PAG’ con la fallida pretensión de definirla: fallida precisamente porque se refieren al *para qué* del PAG (su justificación, o no, normativa) y a las eventuales políticas que *deben ser* implementadas para regular su actividad en atención al (siempre variable y contingente) contenido atribuido a la locución ‘interés general’ por parte de la cultura jurídica sobre la base de una discriminación axiológica entre el “bueno” y del “malo” PAG (ver pie de página 20 y 76 de este capítulo).

<sup>23</sup> Sobre este aspecto ver 3 y 5 de este capítulo.

Se trata entonces, como precisaré con detenimiento más adelante, de una aureola que, *recargando* el significado de la locución ‘PAG’, y abrazando su función con el manto de la locución ‘interés general’, justifica la atribución de la legitimación para actuar por una vía diferente a la elección normativa propia, al menos en principio, de la CA (es decir, no se hace mediante la relajación de los criterios procesales para la tutela grupal de los DSH)<sup>24</sup>. En efecto, la vía elegida para justificar la elección que legitima a un sujeto para que actúe procesalmente por medio de una acción civil en defensa de (los que conceptualmente son, y sólo son) DSH (principalmente, pero no sólo, con objeto el disfrute de un bien colectivo), se verifica en el caso de PAG mediante la atribución de

---

<sup>24</sup> De acuerdo con el concepto de CA presentado en la introducción a la segunda parte de este trabajo y desarrollado a lo largo del capítulo cuarto, y no obstante el hecho de que (si se considera necesario el empleo de la locución ‘PAG’) el actor procesal y/o abogado de la CA es siempre un PAG, la justificación de la CA opera casi siempre en razón de una aducida necesaria re-electura de principios procesales tradicionales con el objetivo de garantizar el cumplimiento de deberes insatisfechos correlativos a sendos DS de sujetos considerados individualmente y, entonces, en una nueva consolidación de determinadas interpretaciones (normas) de enunciados normativos: emblemático en este sentido, por ejemplo, el (ya citado) famoso fallo *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940), p. 40 cuando precisa que «It is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment *in personam* in a litigating in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process» pero al mismo tiempo precisa que «To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a “class” or “representative” suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were made parties to it» [...] pero precisando que es necesario que «It is familiar doctrine of federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present [...] in all such cases, so far as it can be said that the members of the class who are present are, by generally recognized rules of law, entitled to stand in judgment for those who are not, we may assume for present purposes that such procedure affords a protection to the parties who are represented though absent, which would satisfy the requirements of due process and full faith and credit». Este fallo -que ha impregnado la literatura y la jurisprudencia sobre la CA en cuanto expresamente exige a nivel federal la adecuada representación de los miembros ausentes y la posibilidad de que estos miembros ausentes no sean vinculados por el fallo de una CA cuando no se verifica el cumplimiento no conflictual de la representación adecuada en cuanto no se representaron bien sus intereses- refleja, sobre todo, y para lo que aquí quiero especificar, la re-lectura de principios-derechos procesales correspondientes al macro(meta)derecho de acción. En otras palabras, no se presta atención (en principio) a una nueva calificación de las situaciones de ventaja haciendo referencia, como en el caso del PAG, a locuciones como ‘interés general’, sino se procede a una reinterpretación de enunciados normativos (de origen legal o jurisprudencial) para legitimar el ejercicio de la CA. Así, el *day in court* es re-formulado sin necesidad de hacer una re-formulación de la naturaleza de las situaciones de ventaja objeto de tutela.

una ulterior importancia al interés relevante para el sistema normativo legal que justifica la previsión normativa de los derechos subjetivos objeto de tutela a raíz del alcance (y con base en el impacto) del empleo y de la re-nominación de los DSH objeto de tutela con la locución ‘interés público’<sup>25</sup>.

Esta aureola, como consecuencia de esta “ulterior justificación”<sup>26</sup> de determinados derechos subjetivos, justifica a su vez la previsión de particulares incentivos<sup>27</sup> para el

---

<sup>25</sup> Sólo prestando atención al ya mencionado caso elaborado por el juez Jerome Frank, *Associated Industries of New York State, Inc., v. Ickes, Secretary of the Interior, et. Al.*, 134 F.2d. 694, (2d. Cir. 1943), ya se observa una tendencia a justificar la legitimación para actuar para la tutela de DSH por parte del llamado PAG, si bien hace referencia a principios-derechos procesales (o, para ser más específicos, a meta-normas relativas a los criterios necesarios para la legitimación o *standing*), mediante la referencia a una nueva caracterización de los DSH mediante el empleo de la locución ‘*public interest*’. Pues bien, es esta la elección de política del derecho que genera la aparente distinción entre las PAG *actions* y las demás acciones para la tutela de los DSH: en efecto, en el fallo se precisa, con el claro objetivo de señalar la existencia de un *case-or-controversy* («there is an actual controversy»), que el Congreso puede «constitutionally authorize one of its own officials, such as the Attorney General, to bring a proceeding to prevent another official from acting in violation of his statutory powers; for then an actual controversy exists, and the Attorney General can properly be vested with the authority, in such a controversy, to vindicate the interest of the public or the government». En estos términos, la legitimación para actuar del AG se verifica en razón del “interés público” que se tutela y, precisamente en razón de esta misma justificación normativa, se precisa que «Congress can constitutionally enact a statute conferring on any non-official person, or on a designated group of non-official persons, authority to bring a suit to prevent action by an officer in violation of his statutory powers [...]». Bajo esta premisa, es decir, la justificación de la legitimación para actuar en razón de la tutela del llamado ‘public interest’, se precisa entonces que «there is nothing constitutionally prohibiting Congress from empowering any person, official or not, to institute a proceeding involving such a controversy, even if the sole purpose is to vindicate the public interest. Such persons, so authorized, are so speak, Private Attorney General».

<sup>26</sup> Esta locución se entiende en el sentido de una re-valoración de la relevancia para el ordenamiento de determinados DS aún cuando, por parte de la doctrina, se quiera presentar como una justificación de una distinción conceptual entre situaciones jurídicas de ventaja. En pocas palabras, si un DS se expresa en la siguiente proposición normativa: ‘x tiene el derecho frente a Y al disfrute del bien G’ y por vía de un razonamiento (siempre de naturaleza interpretativa) se considera en un momento determinado que la tutela de dicho DS es de interés general, se verifica entonces una justificación de dicho razonamiento que consiste, realmente, en la misma justificación del DS sólo que cargada de una importancia mayor, precisamente una “ulterior justificación” en razón de una determinada concepción ético-normativa. Sin embargo dicha justificación es la justificación del DS que, como ya he precisado varias veces, es contingente a la definición del DS.

<sup>27</sup> Por ejemplo, diferentes leyes prevén expresamente la regulación sobre los incentivos para los PAG: *Security Exchange Act*, 15 U.S.C. 78(u)(4); *Clayton Act*, 15 (suplement V) U.S.C.; *The Communications Act*, 47 U.S.C. 296 (1976); *The Fair Labor Standards Act*, 29 U.S.C. 216(b) (1981);



ejercicio de la acción en razón, sobre todo, de la imposibilidad para el actor y (cuando no coincide en el mismo sujeto) el abogado de recuperar la inversión de recursos en el respectivo proceso judicial<sup>28</sup>.

---

*The patent Law*, 35 U.S.C: 285 (1976); *The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (“RICO”) 18 U.S.C. 1964(c) (1976) (sobre RICO ver *Manual of Complex Litigation*, cit., pp. 689-724. «The statute further enabled private litigants to act, in effect, as private attorney general to sue for injury to their businesses or property caused by a RICO violation». De este estatuto los comentarios son variados, pero ahora lo importante es precisar que se trata de una previsión que ;*The freedom of Information Act*, 5 U.S.C. 552(a)(4)(E) (1976)); *Clean Air Act*, 42 U.S.C. 7607(f).

<sup>28</sup> Los incentivos (por ejemplo los honorarios) se prevén normativamente con el objetivo de impulsar (bajo el argumento interpretativo, al menos para algunas acciones, de evitar un enriquecimiento sin justa causa por parte de quien reciben el beneficio de la acción procesal: ver en la jurisprudencia ver, *Mills v. Elec. Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970); *Cent R.R. & Banking Co. v. Pettus*, 113 U.S. 116 (1985); *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472 (1980); ver también *Manual of Complex Litigation*, Forth, Federal Judicial Center, 2004, p. 185: «If attorneys’ efforts create or preserve a fund or benefit for others in addition to their own clients, the court is empowered to award fees from the fund. The Award may be made from recoveries obtained by settlement or by trial» precisando que (p. 186) «[t]he common-fund exception to the American Rule is grounded in the equitable powers of the courts under the doctrines of *quantum meruit* and unjust enrichment. The exception applies where a common fund has been created by efforts of a plaintiff attorney and rests on the principle that “persons who obtain the benefit of a lawsuit without contributing to its cost are unjustly enriched at the successful litigant’s expense”», a los potenciales PAG para que ejerzan las respectivas acciones y así lograr los objetivos prefigurados normativamente: en concreto, a los ojos de la cultura jurídica estadounidense, la tutela del así llamado ‘interés general’ (que, sin embargo, denotan, como ya precisaré con mayor claridad, DSH), que se llevaría a cabo por medio de la exigencia del *enforcement* de las normas (exigencia del cumplimiento de los deberes a cargo del estado correlativos siempre, y sólo –no obstante en el discurso jurídico se pretenda presentar diversamente- a DSH); *enforcement* que, para ciertos sectores de la doctrina (sobre todo la doctrina anterior a las críticas formuladas al PAG caza-recompensas) y en relación con particulares PAG *actions* (piénsese por ejemplo en las PAG *actions* para la tutela de los derechos civiles: título VI del *Civil Rights Act* de 1964, 1988(b) y 2000(d)-2000(d)(6), U.S.C.) resultaría justificada en cuanto se presentaría como una opción que supliría las deficiencias de la administración gubernamental. Así, los incentivos normativos y su regulación varía dependiendo de la mirada confiada o desconfiada del legislador que puede considerar (valorativamente hablando) como *bueno* o *malo* al PAG (ver pie de página 20 y 76 y numeral 9 del capítulo primero).

El estudio sobre los honorarios del PAG se concentra, sobre todo a partir de los años setentas, en los incentivos en el ejercicio de las llamadas PAG *actions* que no se reducen sólo a los premios por el valor del dinero *rescatado* por parte del PAG -como se verifica en el caso de la *qui tam action*: 3730(b) U.S.C. (ver numeral 7 de este capítulo)-, sino que se concentra sobre todo en la identificación de los esquemas adecuados para fijar el pago de los honorarios de los abogados (PAG) que lideran (en sentido práctico y/o formal) la acción. En el caso de la CA ver la R23(h): «Attorney Fees Award. In an action certified as a class action, the court may award reasonable attorney fees and

En fin, se trata de una aureola que, sin embargo, ha sido fuertemente redimensionada<sup>29</sup>, desentrañando (por parte de la doctrina) el alcance de “caza recompensas” (“*Bounty Hunter*”) adscrito, en ocasiones, a la labor del PAG quien, además, pero no siempre, desempeñaría su labor sirviéndose como *free rider* de las labores investigativas de carácter gubernamental<sup>30</sup>, para adelantar un proceso disminuyendo los costos de la acción y aumentando los beneficios generados por los incentivos ofrecidos<sup>31</sup>.

---

nontaxable costs authorized by law or agreement of the parties as follows: [...]». Para una mirada general sobre las formas o esquemas para el pago de los honorarios de los abogados ver: *Manual for complex Litigation*, cit. pp. 186-198.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en relación con la CA (que como ya precisé y tendré tiempo de justificar con mayor profundidad) es conceptualmente una *PAG action* se afirma en el discurso doctrinal (pero seguramente tomando como base los discursos teóricos del análisis económico del derecho) que «[I]’dea che alcuni eroi si facciano avanti per tutelare una numerosa classe di cui fanno parte degli sconosciuti non è aderente alla realtà. Mentre, infatti, si è spesso portati ad agire a tutela del proprio interesse, raramente si impiega il proprio tempo, denaro ed energia per aiutare soggetti con i quali non si ha alcun legame concreto o si nutre spirito di solidarietà – in particolare modo, poi, quando non si discute di moralità e ideologie ma piuttosto di una semplice questione economica», MILLER G., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, en *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1, 2008, p. 213-214.

<sup>30</sup> Es el caso de las llamadas ‘*coattail law suits*’. Ver al respecto pies de página 22, 30, 95 y 140 de este capítulo. Tal vez resulta relevante señalar en esta parte del trabajo que así como el tema de los incentivos cobra fuerza con posterioridad a la centralidad que tomo el abogado y sus honorarios en los discursos “conceptuales” sobre el PAG, las críticas a raíz del comportamiento de este último frente a su interés por obtener réditos mediante el ejercicio de acciones para la tutela de DSH abrió el debate sobre la necesidad de regula los incentivos tomando en cuenta el conflicto de intereses entre el PAG y sus representados y, a veces sólo como discurso marginal, el hecho de la evaluación (incluso empírica: ver, por ejemplo, y durante el periodo del nacimiento de la crítica al PAG como el “buen samaritano” ver DU VAL B., *The Class action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience (Part II)*, 1976, A.B. Fund Res. J. 1976, donde el autor encuentra –citado por COFFEE J., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit. p. 221- «a striking correlation between plaintiffs’ success and the existence of governmental proceeding») de la eficacia de la intervención de un sujeto privado como impulsor de las políticas públicas para resaltar, en ciertos casos, como el PAG muchas veces se transforma en un *free-rider* de la labor investigativa (penal y administrativa) de los miembros del gobierno y no en un colaborador, como en cambio el *judge* Jerome Frank sentenció en su momento.

<sup>31</sup> El tema de los incentivos no es marginal en el discurso sobre las acciones para la tutela de los DSH y no lo es tampoco en los discursos teóricos y doctrinales sobre el PAG: *Deposit Guaranty National Bank of Jackson, Mississippi v. Roper et. Al.*, 445 U.S., 326 (1980), p. 338, «For better or worse, the financial incentive that class actions offer to the legal profession is a natural outgrowth of the increasing reliance on the “private attorney general” for vindication of legal rights».

Pues bien, en relación con la “definición” que consolida (o, en cambio, critica) la aureola de “buen samaritano” atribuida al PAG, es necesario señalar, además del hecho que dicha aureola, así como sus antónimos, no son definatorias sino justificativas, que (i) la legitimación para actuar para la defensa de DS ajenos es sin duda la característica principal del PAG, sin que ello signifique que necesariamente el actor procesal debe ser un no-titular de uno de los DSH objeto de tutela<sup>32</sup> y que (ii) la función de tutelar el así

---

En efecto, tomando en cuenta que el actor procesal actúa buscando la tutela de derechos subjetivos ajenos (sea, o no, buscando, también la tutela de un DS propio), dicho sujeto actuará en la medida, o en proporción, de los incentivos que recibe en proporción a los costos y a los riesgos que asume. Este argumento, que entra a acompañar los discursos jurídico procesales a partir de la influencia del análisis económico del derecho, sobre todo de la mano de los (sin duda prescriptivos) trabajos de ROSENBERG (D., *Causal Connection in MASS Exposure Cases: A “Public Law” Vision of the Tort System*, en *Harvard Law Review*, 97, pp. 849-929; ID., *Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases*, *New York University Law Review*, 71, pp. 186-209; ID., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 201, pp. 831-897) y de COFFEE (J., *Understanding the Plaintiff’s Attorney: The Implications of Economic Theory for Private enforcement of Law through Class and Derivate Actions*, en *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 669-727; ID., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, *cit.*) dedicados tanto a la regulación de los honorarios de los abogados, como a las relaciones (en términos económico-analítico) del actuar “colectivo” del sujeto al interior de la grupo (con particular atención a la CA), influencia sustancialmente la doctrina del PAG.

En efecto, contrario a cuanto se verificó durante el nacimiento del empleo de la locución ‘PAG’ y durante los primeros estudios sobre la CA, desde el momento de la conquista por parte del análisis económico del derecho del escenario procesal (no sólo) de la CA y del PAG, justificada sobre todo en algunos análisis empíricos que evidenciaban *fallas* en el actuar del actor procesal, se inicia una concentración en la figura del abogado-empresario y en las discusiones sobre su actuar altruista o, en cambio, egoísta y, entonces - sumado a la centralidad que juega el abogado en estas acciones para la tutela de DSH (sobre todo cuando se trata de *smalls claims* o de la tutela de DSHBC donde la previsión del bien sufre la falla del *free rider*)- el discurso sobre el PAG se concentra con mayor atención en el abogado y en los honorarios; al punto que, no obstante en su origen, y no obstante el hecho de que las expresas previsiones normativas así no lo especifican, el análisis sobre el PAG, aún cuando el actor legitimado, en principio, no deba ser necesariamente un abogado, sino el ciudadano en ejercicio de una *citizen action* (ciudadano que, de todas maneras, necesariamente actuaría en razón de los incentivos ofrecidos), tienden a equiparar el PAG, no ya con un sujeto-ciudadano sino a un sujeto que actúa como *lawyer*.

<sup>32</sup> De acuerdo con la definición de PAG aquí propuesta, la titularidad (o la no-titularidad) de la, o las, situaciones de ventaja objeto de tutela en cabeza del PAG no es relevante: es un factor contingente. Conceptualmente resulta relevante el hecho de que se trate de un sujeto que no hace parte del organigrama estatal y que esté legitimado para actuar para la tutela de DSH. Sin embargo, como ya he señalado, la doctrina sobre el PAG toma en consideración otros factores no definatorios.

llamado ‘interés general’ es, al máximo, la justificación de dicha legitimación y no una propiedad definitoria<sup>33</sup>.

En estos términos, la justificación de la legitimación del PAG opera mediante un re-dimensionamiento de la justificación de DSH<sup>34</sup>, pero que conceptualmente resulta errada si con ella se quiere identificar una situación de ventaja que opera fuera de la

En efecto -si bien, como se verá más adelante (ver numeral 6 del capítulo cuarto) actualmente la identificación del PAG no implica una relajación en los límites para el reconocimiento de la legitimación para actuar en cuanto al doctrina sobre el *case-or-controversy* del art. III actualmente se impone sobre los esfuerzos justificativos para legitimar al PAG para tutelar DSH cuando el sujeto que adelanta la acción no es titular de uno de los DSH y cuando aún no se ha verificado un *daño actual*- la doctrina y la jurisprudencia ha tratado de diferenciar el PAG sobre la base de que se trataría de un sujeto no titular de uno de los DSH puesto que el objeto de tutela *último* sería el así llamado ‘*public interest*’.

A este punto talvez es importante señalar que fuera de la cultura jurídica estadounidense estudios (y manifestaciones normativas) sobre la CA reflejan una idea similar en los discursos doctrinales sobre el llamado ‘PAG’. Por ejemplo MULHERON R., *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2004, pp. 303-309, cuando se pregunta sobre la conveniencia, o inconveniencia, en relación con la CA, de que el actor procesal (en concreto el *Representative Plaintiff*) sea un miembro de la *Class*, aborda el argumento distinguiendo entre el *Class representative as a member* frente al *Ideological plaintiff as representative* empleando, evidentemente, en relación con el segundo grupo, una locución que hace pensar en el PAG en la cultura jurídica estadounidense (ver: JAFFE L. *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological plaintiff*, *cit*: para una crítica en relación con la locución no-hohfeldian ver pie de página número 116). El aspecto interesante de su análisis, sin embargo, es que precisamente, aun cuando hace referencia al *ideological plaintiff*, no considera como factor diferenciante entre la CA y otras acciones, el hecho de que la legitimación para actuar sea concedida a sujetos que no son titulares de los DSH sino que en su análisis se restringe a precisar los posibles beneficios (o no) de optar normativamente por la segunda opción. Lo mismo se verifica en el escenario italiano respecto de las acciones inhibitorias y resarcitorias grupales. Otra referencia al PAG en consideración de la titularidad, o no, de las situaciones de ventaja objeto de tutela, puede ser identificada en JONES C., *Theory of Class Actions*, Irwin Law, Toronto, 2003, 44-45, donde el autor, en línea con el enfoque estadounidense identifica al *Class Counsel* con un *Private Prosecutor* (con un PAG) quien en la búsqueda de la disuasión (*deterrence*) de ciertas conductas, ejercitaría «the public’s right to appropriate deterrence of wrongdoing».

<sup>33</sup> Sobre el particular ver numeral 3 de este capítulo.

<sup>34</sup> La justificación de los DSH, es decir, (las razones para que) el interés sea relevante para el ordenamiento, es valorizada con relevancia particular (superior) en razón de elecciones ético-normativas específicas que, a los ojos del operador jurídico y de la doctrina, justifican el empleo del término ‘interés general’ para referirse a dichos DSH. Sin embargo, como se verá en el próximo numeral, en la cultura jurídica estadounidense, a la locución ‘interés general’ (o ‘public interest’) termina por serle atribuida un significado diferente “creyendo” que la misma denota, en cambio, situaciones de ventaja diferentes de los DS.

órbita individual y con un lenguaje que trascienda (la única posibilidad de situaciones de ventaja que se expresen siempre en términos de) los derechos subjetivos.

En otras palabras, mientras la legitimación para actuar en una CA se verifica, en principio, por vía de una legitimación normativa que opera sobre la base de criterios (doctrinas) ético-normativos utilitaristas (o, mejor, consecuencialistas) que justifican la *relajación* de los criterios tradicionales sobre la legitimación procesal<sup>35</sup>, en el caso de las PAG *actions* la justificación opera sobre la base de una re-nominación lingüística de los DSH atribuyéndoles la carátula de ‘interés general’ y, entonces, así como en el caso de los llamados ‘IDC’, justifica la legitimación procesal sin la necesidad de verificar escrupulosamente la titularidad de los DSH objeto de tutela y sin la necesidad (pero, a fin de cuentas, sólo en teoría), para parte de la doctrina, de constatar rígidamente (dada la previsión normativa que lo legitima par actuar) la existencia de un *case-or-controversy* como requisito normativo desentrañado por vía interpretativa del artículo III de la constitución estadounidense<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> De este punto me ocuparé con mayor atención en el próximo capítulo. Por ahora basta señalar que la elección ético-normativa por parte de los operadores jurídicos para el relajamiento de los criterios sobre la legitimación para actuar en la CA ha sido principalmente conectada con el Utilitarismo (o, en términos más amplios, con el consecuencialismo) como esquema doctrinal justificativo de normas contrarias a las tradicionales interpretaciones de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción y como criterio justificativo de las elecciones paternalistas que involucran una restricción a la libertad de los individuos. Al respecto ver: REDISH M., BERLOW C., *The Class Action as Political Theory*, en *Washington University Law Review*, 85, pp. 770 ss.; REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, pp. 107 ss. Para un enfoque consecuencialista justificativo (en razón de las consecuencias por provisiones normativas que plantean una relectura de principios-derechos procesales) ver, entre muchos, ROSEMBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 201, pp. 831-897.

<sup>36</sup> Es importante señalar nuevamente que esta opción de lograr “ignorar” los requisitos del artículo III de la constitución como han sido interpretados en la cultura jurídica estadounidense actualmente no es viable a nivel jurisprudencial (ver numeral 6 del capítulo cuarto). En otras palabras, no obstante el empleo del sintagma ‘public interest’ para calificar los DSH objeto de tutela, la posición actual de la *Supreme Court* al respecto es restrictiva desde hace ya algún tiempo exigiendo -no obstante los esfuerzos que desde el fallo del juez Frank se han enderezado para lograr la asimilación de una lectura diferente- un *case-or-controversy* en la forma de un *interés actual* en cabeza del actor procesal legitimado. Ver: *city of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983) y *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992). Este enfoque ha sido llamado como la imposición del modelo de *private rights* sobre el modelo de los *public rights*. Por eso, e insisto en esto, es importante aclarar

### 3. (SIGUE) EL PAG Y EL INTERÉS GENERAL

Como ya he precisado, la legitimación procesal del PAG se justificaría (según el operador jurídico, la jurisprudencia y la doctrina) en el ordenamiento normativo legal sobre la base de la constatación del perseguimiento por parte del PAG de la tutela del así llamado ‘interés general’ o (usando como sinónimos locuciones que, en realidad, podrían denotar realidades normativas diferentes<sup>37</sup>) ‘interés público’.

De esta forma, la *justificación* (normativa) de la legitimación para actuar del PAG supone la especificación del concepto de interés general<sup>38</sup>. La dificultad radica en que a la locución ‘interés general’ se le han atribuido innumerables significados y su empleo (de la economía, al derecho, de la ciencia política a la filosofía moral) denota diferentes aspectos que difícilmente pueden ser agrupados<sup>39</sup>. Sin embargo, para efectos de este trabajo, y tomando en consideración las conclusiones teóricas sobre el concepto de

que esta distinción entre derechos (posiciones normativas de expectativas en términos hohfeldianos) es ideológica y se refiere a aspecto justificativos y no a una distinción de orden conceptual.

<sup>37</sup> Ver pie de página número 6 de este capítulo. Ahora bien, si el ‘Public interest’ es equiparado en este trabajo a ‘interés general’ se debe al hecho de que, más allá de ciertas especificaciones, el empleo de estos sintagmas en el lenguaje jurídico abraza, desde el punto de vista que aquí interesa, la misma pretensión “denotativa”: generar (recrear) la idea, mediante el uso de un lenguaje indicativo, de que existen situaciones de ventaja que desbordarían la esfera individual de los sujetos y que la tutela de dichas “nuevas” situaciones de ventaja, en cuanto su contenido explicaría las elecciones adecuadas para asegurar el bienestar de la sociedad, axiológicamente se ubicarían en una posición jerárquica superior frente a los DS negando así la movilidad (el dinamismo) de los conflictos entre situaciones normativas de ventaja (siempre individuales).

<sup>38</sup> Sobre el concepto de interés al interior del lenguaje de los derechos ver el numeral 4 del capítulo primero. Con base en esta premisa conceptual, de antemano aclaro que para efectos de este trabajo interés general y *public interest* denotan, al igual que IDC O DC, siempre (y sólo) DSH. De igual forma preciso que su uso en el lenguaje jurídico estadounidense de las dos primeras locuciones (en relación con el objeto de estudio de este trabajo) resulta alimentado equivalentemente por la misma elección ideológica “denunciada” en el segundo capítulo de este trabajo, es decir, el esfuerzo por generar una creencia al interior de la cultura jurídica según la cual existirían situaciones de ventaja tuteladas por el ordenamiento diferentes de los DS, para así operar específicas “elecciones” interpretativas y de política del derecho.

<sup>39</sup> BOBBIO, N., *Teoria generale della politica*, BOVERO M (ed.), Einaudi, Torino, 1999, p. 415: «tanto ambiguo il concetto di rappresentanza, altrettanto generico il concetto di interesse. Che è concetto d’uso comune in diverse discipline, e quindi rintracciabile in diversi universi linguistici (economia, diritto, politica) e di difficile definizione (tanto che Bentham sosteneva non essere definibile perché non sussumibile in una categoria superiore)».

interés presentadas en el primer capítulo, resulta claro que el término ‘interés’ no define las situaciones de ventaja sino que hace referencia a su justificación<sup>40</sup>: cuando un interés es relevante para el ordenamiento, se *justifica* la previsión normativa (siempre expresable en algunas de las posiciones normativas especificadas por Hohfeld) que prescribe una norma-derecho subjetivo.

Sin embargo, como se ha visto y se verá a lo largo de este capítulo, cuando se emplea la locución ‘interés general’ en el lenguaje jurídico estadounidense en relación con el llamado ‘PAG’ no se hace con el objetivo de resaltar un aspecto justificativo de la valoración de la relevancia de la tutela de determinados DSH sino, en cambio, para consolidar la idea de la consistencia conceptual de una situación de ventaja cuya titularidad no se predica de sujetos vistos individualmente sino que denotaría, principalmente, posiciones normativas en cabeza de la colectividad (o, mejor, a la macro-colectividad) sobre la base de una exaltación de la (aquí criticada) distinción “conceptual” entre escenario privado y escenario público<sup>41</sup>. En otras palabras, de la misma manera que en relación con los llamados IDC (pero talvez con menor intensidad justificativa), el término ‘interés’ es empleado con pretensiones diferenciadoras frente a (las únicas posibles situaciones de ventaja tuteladas por el ordenamiento, es decir) los DS sobre la base de una distinción entre DS, de una parte, y el *enforcement* de las normas-derechos y el efecto disuasivo de la tutela jurisdiccional, de la otra<sup>42</sup>. En efecto, se tiende a consolidar en la cultura jurídica la idea de la existencia de una situación de ventaja que, acompañada del vocablo ‘general’ (y en la cultura jurídica indistintamente intercambiado por el vocablo ‘public’) denotaría situaciones de ventaja cuya titularidad se predicaría de “un-sujeto-visto-como-un-todo” (sin atención a que el bien objeto del derecho sea, o no, un bien colectivo) y que se presentaría en contraste frente los DS vistos individualmente<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Al respecto ver numeral 4 del capítulo primero.

<sup>41</sup> Para referencias bibliográficas en este sentido y para la crítica a la distinción ideológica y no conceptual entre escenario privado y público ver el numeral 5 de este capítulo.

<sup>42</sup> Al respecto ver principalmente el numeral 5 de este capítulo y los pies de página 89 y 155.

<sup>43</sup> La equivalencia con el discurso justificativo de la supuesta consistencia conceptual de la distinción entre IDC y DS en el escenario italiano con el discurso justificativo del ‘interés general’ (‘public interest’) en el escenario estadounidense es evidente. Y es que, en efecto -si no fuese porque la justificación en el escenario italiano sobre la consistencia conceptual de los llamados ‘IDC’ como situaciones diferentes del DS también estaba dirigida (dado el objetivo de política del derecho de

Sin embargo, como ya he precisado tantas veces<sup>44</sup>, conceptualmente no se verifica una distinción entre situación de ventaja sobre la base de su titularidad (en tanto siempre individual) y, de esta forma, el llamado ‘interés general’ conceptualmente denota, a fin de cuentas -y no obstante el previo análisis interpretativo y ponderativo por parte de los jueces y del legislador que llevan a cabo para justificar el empleo de la locución en examen<sup>45</sup>- una posición de expectativas fundada sobre normas correspondiente con, al

---

resaltar la zona gris entre estado e individuo) a justificar la ruptura con las situaciones de ventaja adscritas en la cultura jurídica mediante el sintagma ‘interés general’ tendencialmente al estado- se podría decir que, si de una crítica conceptual se trata, los discursos críticos de este trabajo relativos al ‘IDC’ italiano son aplicables, en todo, a la crítica aquí formulada en relación con el significado adscrito al sintagma ‘interés general’ en el discurso justificativo de las acciones grupales (particularmente de las llamadas ‘PAG actions’) en el escenario estadounidense donde, por cierto, la desconfianza frente al estado ha privado a este último de la posibilidad de “elevarse”, a diferencia del escenario italiano, como detentador de situaciones de ventaja y de poder fuertes frente a la sociedad civil (al respecto ver pie de página 120 de este capítulo) y donde, entonces, la ruptura con el estado no requería la radicalidad que en Italia a los ojos de la doctrina justificativa de los llamados ‘IDC’ se consideró necesaria, es decir, en EU no era necesaria (en principio) la elaboración de una categoría intermedia entre ‘interés general’ y ‘derecho subjetivo’ porque la tutela de toda situación de ventaja se verifica en el escenario judicial y en respecto de las premisas ideológicas del *adversarial legalism*.

De hecho, varios autores en el escenario italiano elaboraron el “concepto” de *interés colectivo* sobre la base del “concepto” de *interés general* distinguiéndolos sólo en razón de la titularidad y de la justiciabilidad: de esta forma, mientras el interés general se consideraba, en último análisis, un interés estatista cuya tutela jurisdiccional (si se verificaba) correspondía al estado, los llamados ‘IDC’, si bien abrigaban el mismo contenido diferenciante frente a los DS (considerados, estos últimos, como situaciones de ventaja privadas y estrictamente individuales) su titularidad escapaba igualmente al Estado y al individuo y se consolidaba en las “sociedades intermedias”, al tiempo que su tutela desbordaba los límites del art. 24 de la constitución en cuanto no era (no podía ser) exclusividad del individuo pero tampoco del estado. Un ejemplo de esta construcción del ‘interés colectivo’ a partir de la noción de ‘interés general’ se puede identificar (no sólo) en la obra de Santoro-Passarelli (por ejemplo, SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 23. (al respecto ver pie de página 62 del capítulo segundo) y, en realidad, en todos los trabajos “definitorios” de los llamados ‘IDC’ que diferenciaban estos últimos del llamado ‘interés general’ sólo con base en un criterio cuantitativo, es decir, la cantidad de sujetos receptores del beneficio de la tutela de la situación de ventaja respectiva: el interés general involucraría a la sociedad como un todo (a la macro-colectividad) mientras que el ‘IDC’, en principio, involucraría sólo específicas colectividades.

<sup>44</sup> Ver principalmente capítulo primero.

<sup>45</sup> El uso del sintagma ‘interés general’ denota siempre DSH cuya justificación en el sistema normativo legal opera necesariamente por vía de la identificación de los respectivos intereses relevantes para el ordenamiento. Ahora bien, el empleo del (valorativo) sintagma ‘interés general’ se verifica en razón de una especie de “ulterior justificación” (ver pie de página 26) del interés relevante para el ordenamiento de los respectivos DSH objeto de tutela con base en criterios cualitativos y



menos, una posición normativa hohfeldiana. La forma como se establezca, previa fijación de la prioridad (cuantitativa y/o cualitativa) entre diferentes situaciones normativas de ventaja no hace parte del concepto sino, más bien, de la justificación del (empleo del sintagma) ‘interés general’; empleo, uso, que, sin embargo, y como precisaré a lo largo de este capítulo (justificado sobre la base de premisas de política del derecho dirigidas a superar los *formalistas* límites a la legitimación para actuar, *standing*, y a la activación de la jurisdicción federal según las interpretaciones del art. III de la constitución<sup>46</sup>) genera la (potencial) ruptura entre acciones procesales para la tutela grupal de DSH sobre la base de falsas distinciones entre situaciones de ventaja.

En estos términos, y aplicando a este análisis los mismos razonamientos esgrimidos en relación con los DC, desde ahora es posible precisar aquello que (conceptualmente) no es el interés general: el interés general no es la objetivación de situaciones de ventaja fuera de la órbita individual de un sujeto o varios sujetos<sup>47</sup>; el interés general no denota situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad o de una macro-colectividad<sup>48</sup>; el interés general no denota, tanto menos, la objetivación del bienestar de

---

cualitativos que dan prioridad mediante ejercicios interpretativos y ponderativos a dichos DSH frente otros en atención a políticas públicas inspiradas en específicas visiones (concepciones) ético-normativas sobre el bienestar de la sociedad. Sin embargo, desde un punto de vista conceptual, dado que en el sistema normativo legal las situaciones de ventaja son siempre, y solo, expresables en posiciones normativas individuales fundadas sobre normas, la justificación de las mismas siempre opera por vía de la identificación de un interés relevante para el ordenamiento respecto al disfrute de un bien (colectivo, o no-colectivo) cuyo disfrute resulta favorable (según la visión ético-normativa del momento) para el bienestar (*well-being*) del sujeto titular del respectivo interés.

<sup>46</sup> Sobre este aspecto ver pie de página número 7 y 90 de este capítulo y el capítulo 4.

<sup>47</sup> Con esta perspectiva doctrinales se presentan las corrientes filosóficas contractualistas iusnaturalistas (de Grozio a Pufendorf, de Hobbes a Locke: Ver sobre estas corrientes y su definición de ‘interés general’ BOBBIO N., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1981, pp. 4-7; MURA V., *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, cit., pp. 318-330; RIPOLI M., *Itinerari della Felicità. La Filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, Jhon Stuart Mill*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 24 ss.

<sup>48</sup> Se trata principalmente de las corrientes comunitaristas (al respecto, ver, numeral primero del capítulo primero) que consideran posible la identificación de situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad entendida como un ente que es más que la suma de sus componentes. Además de la literatura ya citada y para una precisión sobre el debate entre individualismo y organicismo ver *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, PETRONI A., VIALE R., (eds.), Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997, particularmente el ensayo de BOBBIO N., *Organicismo e Individualismo: un’analisi*, en ID., pp. 179-192. Sin embargo, posiciones liberales que defienden la idea de los llamados ‘DC’ optan por un criterio encuadran en este enfoque “definitorio” del ‘interés general’

toda la colectividad ni la anulación del perenne conflicto entre derechos subjetivos<sup>49</sup>; en fin, el interés general no denota una situación de ventaja en cabeza de los órganos gubernamentales ni derechos a ellos adscribibles<sup>50</sup>.

Sin embargo, no obstante las anteriores afirmaciones, no son pocas las tendencias doctrinales que atribuyen alguno de los anteriores significados al sintagma en cuestión “pseudo-expropiando” al individuo, o a un grupo de individuos, de la titularidad de situaciones de ventaja y consolidando la “creencia” según la cual el interés general denotaría una situación ventaja en cabeza de una entidad entendida como “el todo”. Pues bien, bajo estos enfoques doctrinales, cargados ciertamente de una tendencia por desarrollar una “creencia” que justifique la atribución de situaciones de ventaja sustanciales privilegiando, sobre la base de específicos enfoques ético-normativos, determinadas “elecciones” de política del derecho a favor de una ulterior tutela de situaciones de ventaja que son, y sólo pueden ser, derechos subjetivos, se presenta una conceptualmente errada distinción entre situaciones de ventaja mediante una exaltación, aún más radical, del pretendido (y criticado en este trabajo) concepto de DC.

Sin embargo, y para ser más precisos, conceptualmente hablando, el interés general, además de denotar, mediante el empleo de dicho sintagma y desde un punto de vista teórico-político, una auto-legitimación del poder<sup>51</sup>, denota siempre una prioridad

sobre la base de la idea de la imposibilidad de justificar la imposición de deberes correlativos a cargo de muchos individuos pero a favor de uno solo y, en esta medida (como posición que justifica de forma débil la existencia de DC) se tiene a identificar un interés general (aunque funcional al individuo) que desbordaría la esfera individual de los sujetos en cuanto no sería posible identificar un interés en cabeza de un individuo que justifique la previsión normativa de un deberes cuando se trata de bienes colectivos puros: ver al respecto el capítulo primero, princ. numeral 11. Con esta posición, por ejemplo, RAZ J., *Rights and Individual Well-Being*, cit. *passim*.

<sup>49</sup> La idea de la posibilidad de sintetizar *a priori* por vía del empleo de la locución ‘interés general’ como solución de conflictos entre DS se verifica precisamente en el escenario estadounidense en relación con los discursos justificativos del llamado ‘PAG’ (y se verifica igualmente en el escenario italiano mediante la atribución doctrinal de un contenido específico a la locución ‘IDC’).

<sup>50</sup> En este esfuerzo doctrinal se condensa, muchas veces, el empleo de la locución ‘interés público’. Ver MURA V., *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, cit., p. 194 y ORNAGHI L., COTELLESA S., *Interesse*, Il Mulino, Bologna, 2000, capítulo II.

<sup>51</sup> Con diferentes manifestaciones, desde el contractualismo (con el objetivo de auto-fundamentar la legitimación de la autoridad estatal) hasta la teoría política más contemporánea, el concepto de interés general se presenta como la legitimación (pero muchas veces también como la extralimitación autoritaria) del poder político: MURA V., *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, cit., p. 189: «l’interesse generale è uno dei fattori determinanti del processo di legittimazione del

ponderativa de DSH sobre otros DS en razón de criterios cuantitativos y cualitativos. En otras palabras, y en términos más precisos, el interés general denota derechos subjetivos y la justificación de la respectiva previsión normativa radica, no sólo en la relevancia de los respectivos intereses para el ordenamiento jurídico, sino también en la argumentación que otorga prioridad a la garantía y tutela de dichos DS sobre otros.

En efecto, expresiones como ‘el interés general prima sobre el interés particular’<sup>52</sup> denotan la prioridad de ciertos DSH sobre otros derechos<sup>53</sup>; y el contenido específico se consolida sobre la base de criterios argumentativos que siguen (como justificación) una específica línea ético-normativa en un momento histórico específico; una línea ético-normativa que sigue los criterios de una política específica prefijada a nivel gubernamental y que justifica precisamente el acto de ponderación con base en una “ulterior justificación”<sup>54</sup> de los DS en cuestión: el interés relevante para el ordenamiento que justifica la previsión normativa del respectivo derecho *se carga* por parte del intérprete de una relevancia aún mayor consolidándolo (contingentemente y por vía interpretativa) como un interés relevante en cuanto beneficia y favorece, no sólo a los titulares del interés en cuestión, sino “a todos” (paleo-liberalismo), o “a la comunidad como ente ontológicamente autónomo” (comunitarismo), o “al mayor número de personas” (utilitarismo) de la sociedad.

En otras palabras, si en el lenguaje jurídico se emplea la locución ‘interés general’ (o ‘interés público’) dicho locución puede ser siempre expresada con el lenguaje de los derechos aún cuando la justificación del empleo de la locución en el sistema normativo legal no se limita a la constatación de la relevancia del disfrute del bien objeto del

potere, l’elemento che conferisce senso all’obbligazione politica, che, cioè, permette di spiegare e giustificare in termini razionali la necessaria corrispondenza fra diritto di comandare e dovere di ubbidire su cui si imperniano, in ogni società organizzata, le relazioni d’autorità».

<sup>52</sup> Por ejemplo, art. 1º de la Constitución política colombiana de 1991.

<sup>53</sup> No se equivoca BOBBIO, N., *Teoria generale della politica*, BOVERO M (ed.), Einaudi, Torino, 1999, p. 416 cuando precisa que, en último análisis, «la storia del concetto d’interesse [...] è in realtà la storia del contrasto fra un certo tipo d’interessi e un altro, della preferenza data dall’uno all’altro autore a questo o quel tipo d’interesse, del vario modo di superare il contrasto fra determinati interessi ed altri, tanto che nella maggior parte dei contesti la parola “interesse”, sempre usata in modo generico, potrebbe essere sostituita da altre analoghe, come “bene” (bene proprio e bene comune) o “vantaggio” (vantaggio mediato o immediato, presente o futuro) o “utilità” (individuale o collettiva)».

<sup>54</sup> Ver pie de página 26 de este capítulo.

derecho, sino que resulta valorada por el operador jurídico en razón de sus beneficios fuera de la órbita individual del titular del respectivo derecho. En estos términos, el ‘interés general’ denota derechos subjetivos cuyo disfrute y tutela favorecería (según la respetiva premisa ético-normativa) a sujetos no titulares del derecho pero, en último análisis (y si se quiere, por vía de un ejercicio conceptual sin duda “petulante”, pero correcto<sup>55</sup>) un derecho cuya garantía interesa (o, mejor, se cree políticamente que debería interesar) a la sociedad como un todo, o todos los miembros de la sociedad o, al menos, a la gran mayoría de ellos.

En concreto, el ‘interés general’, y no obstante se verifique la “ulterior justificación” de la que he hablado, denota siempre DS y, en particular:: (i) o derechos subjetivos cuya titularidad corresponde sólo a algunos de los miembros de la sociedad; (ii) o DS adscritos a todos los sujetos miembros de la sociedad en general pero cuyo objeto consiste en el disfrute de un bien que admite exclusividad en su disfrute y/o rivalidad en su consumo; (iii) o DSH cuyo objeto es el disfrute de un bien público, es decir, un bien que no admiten exclusión en su disfrute ni rivalidad en su consumo (es decir, DSHBC) y cuya titularidad corresponde a todos, o sólo algunos, de los miembros de la sociedad.

---

<sup>55</sup> Con ‘ejercicio “petulante”’ entiendo el hecho de que conceptualmente, si se quiere “hilar delgado”, la satisfacción de todo DS, sea con, o sin, objeto el disfrute de un bien colectivo, “interesa” a todos, y a cada uno, de los sujetos individualmente considerados de la colectividad. En efecto, como se verá en el numeral 5 de este capítulo, la tutela de todo derecho subjetivo, en el escenario patológico del incumplimiento de los deberes correlativos, o en el escenario patológico del incumplimiento potencial de los deberes correlativos, supone (requiere) la previa (y simultánea) tutela de otros DS, o mejor, de (meta)DS: no sólo el (meta)derecho subjetivo de acción sino (y más conectados con el DS objeto de tutela, pero de todas formas de él distinguidos) el (meta)derecho subjetivo al *enforcement* de las normas-derechos y el (meta)derecho subjetivo a la disuasión de las conductas potencialmente violadoras de los deberes correlativos a los DS. De esta forma, si doctrinariamente se quiere justificar una distinción entre situaciones de ventaja sobre la base de la no-titularidad de algunas de ellas en cabeza de los individuos legitimados para el ejercicio de la acción grupal, este ejercicio “petulante” muestra como, bajo esta óptica, y conceptualmente, no sea posible identificar un DS cuya tutela no interese a todos los miembros de la colectividad y, en estos términos, todo PAG resulta siendo titular de, al menos, dichos (meta)derechos subjetivos dejando de esta forma sin fundamento la distinción entre ‘interés general’ y DS sobre la base de la no-titularidad de la situación de ventaja.

Valga la pena precisar, sin embargo, que no siempre se requiere de este ejercicio “petulante” para afirmar que en un determinado escenario normativo la titularidad de los DSH agrupados bajo el manto de la locución ‘interés general’ se predica de todos los miembros de dicha colectividad: en efecto, piénsese en el caso de los DSHBC donde, en efecto, difícilmente se podrá afirmar que quien actúa en calidad del así llamado ‘PAG’ no es titular de uno de los DSHBC objeto de tutela.

Así, el ‘*interés general*’ se revela como la re-formulación de la justificación de DSH mediante la abstracta consideración de la originaria justificación para el reconocimiento normativo de los derechos subjetivos y, en estos términos, toma inevitablemente en consideración el perenne conflicto entre derechos subjetivos que se resuelve, abstractamente, en la elección normativa de prioridades de DS sobre otros, con base en criterios cuantitativos y cualitativos.

En estos términos, si la justificación de PAG se extiende a impulsar mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción la garantía de las categorías de DS apenas especificadas, no es un error afirmar que la justificación del PAG sería siempre lograr (alcanzar) el objetivo normativo prefigurado en la disposición abstracta de los enunciados normativos sobre derechos mediante una acción procesal dirigida a garantizar el cumplimiento de deberes correlativos a DS y, entonces, buscar la tutela de DSH: *el PAG sería, entonces, también, el “cobrador” privado, mediante una acción civil, de (lo que por vía de interpretación, con base en específicas orientaciones ético-normativas y como resultado de un ejercicio de auto-legitimación del poder político se considera sean) los deberes correlativos a DSH que por vía argumentativa (han sido vestidos con el manto lingüístico de la locución ‘interés general’ y, entonces) han sido cargados de prioridad y relevancia superior a otros DS: se trata entonces de un sujeto “cobrador” de los deberes correlativos a DSH y, entonces, es el actor legitimado para actuar mediante el ejercicio de una acción grupal.*

Así, cuando en la cultura jurídica se asume como correcta (y conceptualmente así es) que el interés general denota (más allá de la particularidad del ejercicio justificativo) siempre DSH, el PAG resulta ser, entonces, un sujeto legitimado para actuar en nombre de otros sujetos titulares de DSH, es decir, un sujeto en una posición normativa de poder<sup>56</sup> (para el ejercicio del (meta)derecho de acción) funcional a la tutela de DSH cuya garantía y tutela cobra una ulterior relevancia, previo ejercicio ponderativo de la autoridad interpretativa.

Si así están las cosas, bajo la premisa de que el PAG podría ser *definido* como un sujeto (i) no perteneciente al organigrama gubernamental que (i) goza de legitimación

---

<sup>56</sup> Es el caso del AG, se trata, en estricto sentido (y en términos hohfeldianos) de un (meta)deber funcional al ejercicio de un deber correlativo a los DSH objeto de tutela. La diferencia, como ya precisé entre el PAG y el AG radica entonces en el hacer parte, o no, del organigrama estatal (al respecto ver numeral 2 y 7 de este capítulo).

activa (*standing*) para actuar procesalmente en defensa de DS ajenos y que la *justificación* de dicha legitimación radica en que respecto a dichos DS se considera en un momento histórico específico y en una determinada cultura jurídica que asegurar su tutela, o mejor (y en términos más amplios) asegurar el cumplimiento de los deberes a ellos correlativos, así como restablecerlos en caso de incumplimiento, conduce, además, al “bienestar general”, resulta evidente que la especificación de los usos del sintagma ‘PAG’ deambula en un amplio espectro de posibilidades matizadas donde el sujeto legitimado difícilmente se puede declarar en estricto sentido privo de titularidad de uno de los DS objeto de tutela (incluso dejando a un lado el análisis “petulante” antes mencionado, como por ejemplo cuando se trata de DSHBC) y donde, desde un punto de vista conceptual, dichos DS en realidad obtienen su justificación, no tanto (y no obstante) en razón de la relevancia ulterior antes señalada (salvo que se considere posible, con una visión ciertamente esencialista, que es posible objetivar un bienestar general que, negando el perenne conflicto entre los intereses individuales, cristaliza prescripciones como si fuesen hechos tangibles), sino en razón del reconocimiento de la relevancia para el bienestar de los sendos titulares de sendos intereses jurídicamente relevantes que conduce a la prescripción de una norma expresada (o siempre expresable) en al menos una de las posiciones normativas hohfeldianas, es decir, posiciones eminentemente individuales (DS).

De esta forma, sólo una especificación de los usos del sintagma ‘PAG’ al interior de este amplio espectro puede conducir a una exhaustiva conceptualización, teniendo bien claro, sin embargo, que la justificación de la previsión normativa que autoriza una PAG *action* no hace parte de la definición de ‘PAG’ en cuanto dicha justificación (el *para qué* del PAG) radica en la justificación de los respectivos DSH objeto de tutela, que a su vez resultan justificados (o no), en un sistema normativo legal, en razón de la constatación (o no) de los respectivos intereses jurídicamente relevantes.

#### 4. NOTAS SOBRE LA (NO)DISTINCIÓN ENTRE LA PARTE LEGITIMADA PARA ACTUAR Y EL ABOGADO EN EL DISCURSO DOCTRINAL ESTADUNIDENSE SOBRE LAS *PAG ACTIONS*

El empleo de la locución ‘PAG’<sup>57</sup> en la cultura jurídica estadounidense es variado<sup>58</sup> y difícilmente puede ser restringido a específicos y estáticos criterios de clasificación que dejarían por fuera los matices más relevantes del empleo de dicho sintagma. Sin embargo, antes de precisar los usos de la locución, considero necesario hacer una especificación en relación con el uso del término ‘*attorney*’ al interior del sintagma ‘PAG’.

---

<sup>57</sup> A este punto es necesario señalar que si bien el empleo de la locución ‘PAG’ se verifica en 1943, el origen de cuanto denota dicha locución puede ser encontrado en el *Sherman Act* de 1890 (15 U.S.C.) y en su sucesor el *Clyton Act* de 1914 (15 U.S.C.). Llama la atención la atención prestada a este fenómeno y la constante preocupación por parte del legislador por incentivar la *public litigation*: en 1976 en el *Antitrust Improvements Act* se crea una nueva acción que legitima al AG para actuar en representación de los ciudadanos al tiempo que autoriza la *treble-damages action* en cabeza de los ciudadanos ante la violación de las normas *antitrust* (15, U.S.C. 1117), precisando los premios a favor del actor procesal y de su abogado que actúan en calidad, esta vez, de PAG (ver *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977)). Llama la atención precisamente por la relevancia reconocida al mercado que recuerda la tendencia actual en relación con los IDC y la valoración de las normas *antritrust* en el escenario italiano y europeo. No le falta razón a SOMMA A, *Razzismo economico e società dei consumi*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2009, p. 473, en su crítica normativa al enfoque ordoliberal asumido en el escenario europeo cuando recuerda que «la disciplina antitrust è la più risalente tra le moderne forme di disciplinamento ordoliberales» (ver al respecto numeral 11 del capítulo segundo y pies de página 79, 85, 94 y 162 de este capítulo).

<sup>58</sup> Su empleo ciertamente no ha sido constante. En la década de los años cuarenta se emplea en la literatura sólo siete veces y en la década de los años cincuenta igualmente siete veces. En la década de los años sesenta, cuando el significado denotado por la locución ‘PAG’ comienza a tomar importancia y a servir para alcanzar eventuales objetivos de política del derecho se emplea setenta veces, para resultar, en la década de los años setenta, cuando, como afirma RABKIN J., *The secret Life of the Private Attorney General*, en *Law and Contemporary Problems*, 61, p. 179, «the “private attorney general” came out of the shadows», empleado setecientos cincuenta y nueve veces a raíz, no tanto de la importancia de la llamada *public litigation*, sino debido a la importancia que tomo la regulación de los honorarios de los abogados. Con posteridad a esta fecha el empleo es variado con una tendencia crítica amplia y con una mengua en su relevancia, ampliando y a veces disminuyendo su empleo (no siempre con comentarios favorables y, de todas formas, amplificando la ambigüedad de la locución). Para una referencia a estos usos ver RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2135, pie de página 32.

En efecto, para lograr precisar los usos del sintagma ‘PAG’ es preciso tener presente que en el caso de las PAG *actions*, y para los efectos del presente trabajo, no obstante el empleo del término ‘*attorney*’, cuyo traducción al lenguaje español se especifica mediante el término ‘apoderado’, el sujeto al que se hace referencia, en una traducción funcional, denota un significado correspondiente a lo que en el lenguaje jurídico tradicional de la así llamada cultura jurídica del *civil law* se expresa en la locución ‘sujeto legitimado para actuar’<sup>59</sup>.

Cosa muy diferente (y que se verifica continuamente en el escenario jurídico estadounidense, sea que se trate de una PAG *action*, o no) es que el *attorney* asuma en sentido práctico, incluso cuando no actúa formalmente como legitimado en el proceso, los costos y riesgos del mismo, gobernando la estrategia y liderando las decisiones fundamentales casi con total independencia de las consideraciones del actor formal<sup>60</sup>. No en vano, en sentido práctico, se habla de *lawyer-driven* y no de *client-driven* respecto al sujeto que gobierna la acción<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Basta considerar que el juez Frank cuando usa por primera vez la locución ‘PAG’ no tomó en consideración al abogado sino el sujeto (ciudadano) legitimado para adelantar la acción. En otras palabras, el uso del término ‘*Attorney*’ no era empleado como sinónimo de ‘abogado’ (‘*lawyer*’) como tal, sino un apoderado de ciertos intereses específicos que, como ya he señalado, han sido prevalentemente conducidos al llamado ‘interés general’ (*public interest*). En efecto Frank en *Associated Industries of New York State, Inc., v. Ickes, Secretary of the Interior, et. Al.*, 134 *F.2d*. 694 (1943) emplea locuciones como «any non-official person» o «group or non-official persons» sin especificar ninguna otra calidad como requisito del sujeto salvo, *al menos*, la pretensión de tutelar el «public interest».

<sup>60</sup> La literatura al respecto es inmensa y sin duda refleja uno de los aspectos normativos más discutidos en relación con las acciones para la tutela de DSH. Como precisa COFFEE J., *The regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, en *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, pp. 882-883, es más adecuado describir, en la CA, al PAG (en otros terminus al *plaintiff's attorney*) como «independent entrepreneur than as a agent of the client»; por su parte MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, *cit.* p. 8, precisan que «these attorneys are not subject to monitoring by their putative clients, operate largely according to their own self-interest, subject only to whatever constraints might be imposed by bar discipline, judicial oversight, and their own sense of ethics and fiduciary responsibilities».

<sup>61</sup> NAGAREDA R., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, Foundation Press, New York, 2009, p. 291-292: «Over time, however, both commentators and courts came to recognize that the class representative often is a mere figurehead who exercises little, if any, supervision over the conduct of the class action. There emerged, in short, a widespread recognition that class are usually lawyer-driven, not client-driven, lawsuits».



De esta forma, se verifica contemporáneamente provisiones normativas que disponen la legitimación para actuar en cabeza de un sujeto (que puede, o no, ser el mismo tiempo abogado)<sup>62</sup> y disposiciones normativas que la misma doctrina conduce a la figura del PAG pero que especifican principalmente los honorarios de los abogados<sup>63</sup> suponiendo (como resultado de una práctica ya consolidada) que el abogado es el mismo titular del (meta)derecho de acción aún cuando, repito, no necesariamente sea así<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Las diferentes *qui tam action* (por ejemplo, *Federal False Claims Act* (FCA), 31 U.S.C. 3729-3733) y las acciones para la tutela de los derechos civiles (título VI del *Civil Rights Act* de 1964, 1988(b) y 2000(d)-2000(d)(6), U.S.C.) son un claro ejemplo (ver numeral 7). Y lo es también la CA donde el actor procesal, el legitimado para actuar, es el *representative's plaintiff*.

<sup>63</sup> Nuevamente en relación con la CA, y a raíz de la reforma del 2003, se dedica un espacio importante al *Class Counsel* (que para efectos de este trabajo y según cuanto precisado en este numeral, es –en la hipótesis que resultase justificado el empleo de la locución- también un PA) en la R23(g) y específicamente a la modalidad y controles relativos a sus honorarios (R23(h)). La importancia del abogado (aún cuando no es titular de uno de los DSH) es muy amplia y por tal motivo en las *Advisory Committee's Note* de la reforma de 2003 se precisa que el nuevo ordinal (g) de la R23 responde «to the reality that the selection and activity of class counsel are often critically important to the successful handling of a Class Action» precisando que hasta ese momento –y he aquí una prueba de la mezcla en los discursos prescriptivos entre ambos sujetos- «courts have scrutinized proposed class counsel as well as the class representative under Rule 23(a)(4)». En estos términos, precisando la distinción y sin considerar evidentemente al legitimado para actuar (al *representative's plaintiff*) como abogado, o viceversa, en la R23 se dedica todo el ordinal (g) a precisar el tema de los honorarios del abogado reconociendo así la importancia que este cumple, incluso sobre la voluntad del (muchas veces desinformado) *representative's plaintiff*: «Fee awards are a powerful influence on the way attorneys initiate, develop, and conclude class actions».

<sup>64</sup> Sólo siguiendo la literatura reciente más relevante sobre el PAG se puede constatar que los autores consideran que el PAG es el abogado, aún cuando en las mismas citas de sus trabajos se hace referencia a enunciados normativos que textualmente emplean términos como ‘ciudadano (citizen)’ para referirse al sujeto legitimado para actuar. Ciertamente, aunque la locución ‘PAG’ ha sido empleada, como señala RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit. 2003, «[...] to refer to plaintiffs, occasionally used to refer to defendants, and typically used to refer to lawyers (What other concept is so malleable that it can be deployed to signify either a plaintiff or a defendant, a lawyer or a client?)», es difícil ignorar, no sólo que en su origen las PAG *actions* referían siempre a un sujeto titular de los DSH objeto de tutela y no específicamente al abogado, sino que el abogado adquiere su importancia y comienza a ser referido en dichas acciones como el PAG puesto el *boom* en el empleo (y la discusión sobre la) locución ‘PAG’ se verifica, no tanto en razón de proveer tutela a DSH desprotegidos, sino porque cobra importancia la necesidad de regular los incentivos para los abogados que, al final, son quienes gobiernan la acción: ID. p. 2136: «The phrase [PAG] explodes in the 1970s not because of public law litigation but because it takes root in new

Más allá de la complejidad normativa apenas delineada, lo cierto es que la doctrina no profundiza sobre el argumento (sobre la contradicción) al momento de referirse a las PAG *actions*, pero deja entrever que se hace referencia al legitimado para actuar y que los incentivos por la labor prestada, en el caso sean aprobados, incluirán también los honorarios de los abogados, sea que actúen en calidad de titulares del (meta)derecho de acción, o no; pero sin dejar de prestar atención, y por el contrario regulando progresivamente con mayor cuidado, al eventual conflicto que (sin duda) se puede presentar entre el legitimado para actuar y el abogado<sup>65</sup> (sin negar también, obviamente, por ejemplo en el caso de las CA, los conflictos entre el *representative's plaintiff* y los miembros de la *class*<sup>66</sup>).

Lo anterior es el resultado, también, de una “armónica” convivencia de dos antagónicas percepciones del fenómeno:

(i) de una parte la “creencia” en una ficción (por cierto extremadamente relevante para parte de aquella doctrina que con base en la misma, como se verá más adelante, justifica en gran parte sus fuertes críticas al instituto de la CA<sup>67</sup>) según la cual el papel

attorney's fees statutes and doctrines. Once loosed as a matter of money, the private attorney general concept's diffusion was limited only by the imagination of lawyers seeking attorneys' fees».

<sup>65</sup> En el caso de la CA, donde la posibilidad de conflictos entre el *Representative's plaintiff* con el *class counsel* son altos dado que los DSH objeto de tutela son identificables con mayor facilidad y los titulares pueden ser oídos en el proceso, se llegó a reformas sobre el particular muy importantes, tanto relativas a la R23 (reforma del 2003 que agregó los literales (h) (g) precisamente con ese objetivo: ver pie de página 63) como la reforma CAFA (*Class Action Fairness act*) de 2005 que se ocupó del argumento con detenimiento, particularmente (pero no sólo) en relación con el control sobre los acuerdos transativos (*settlement*) y en relación con las reglas sobre los *coupon settlements* (sobre la reforma CAFA 2005 ver, en sentido crítico en relación con los efectos sobre las reglas para decidir la jurisdicción -en cuanto CAFA 2005 favorece la jurisdicción federal fijando criterios muy ligeros para el envío a las cortes federales: al menos 5 millones de dólares la suma del valor de las pretensiones y al menos un caso de *diversity jurisdiction*- ver , BURBANK S., *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2008, pp. 1439-1529).

<sup>66</sup> Por ahora resulta conveniente señalar que estos problemas se pueden presentar muchas veces a raíz de la colusión entre el *class counsel* y el *representative's plaintiff* quienes acuerdan *settlements* favorables a los intereses de ambos pero contrarios a los intereses de la *Class*, pero también se puede presentar cuando los intereses del representante son diferentes a los intereses de los representados contrariando así los requisitos previstos por la R23 sobre las calidades que son exigidas al representante. Ver *Manual of Complex Litigation*, cit., p. 279 ss.

<sup>67</sup> Uno de los actuales críticos más fuertes de la CA, al menos en su versión actual y de las derivas que ha tomado la jurisprudencia y la doctrina en relación con la no-justificación del derecho de *opt-*

del representante de los titulares de los DSH objeto de tutela -sea, o no, titular de uno de los DSH- es siempre (y sigue siendo) fundamental en una acción grupal, incluso cuando el representante no es el defensor técnico; esto en consonancia con la necesidad de seguir consolidando con fuerza los argumentos normativo-constitucionales que justificarían la adopción de acciones donde se tutelan derechos subjetivos ajenos, sobre la *fe* en el ojo vigilante de un juez siempre activo y de un representante adecuado y libre de conflictos de interés<sup>68</sup>;

(ii) de otra parte, el enfoque pragmático que caracteriza, al mismo tiempo, la cultura jurídica estadounidense que, mientras refuerza la “creencia” en ciertas ficciones, aborda las soluciones normativas en relación con un fenómeno evidente<sup>69</sup>: el abogado (el

*out* y la negación de (las que el autor considera) bases fundamentales del ordenamiento estadounidense, particularmente del *adversarial system* y de los principios democráticos es REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit. passim.* (sobre el particular ver el próximo capítulo). En contra de la relevancia conceptual (y no ideológica) dada al *adversarial legalism* ver pie de página número 8.

<sup>68</sup> ‘Ficción’ es el término que emplea, en relación con la CA, por ejemplo, por MILLER G., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, *cit.*, p. 214 cuando afirma que «[l]a disciplina americana della class action è costruita su una *finzione* secondo la quale l’azione giudiziale viene promossa da un’intraprendente e coinvolto rappresentante della classe che prende le decisioni essenziali nell’interesse di tutti»; y por GIUSSANI A., *Azioni Collettive risarcitorie nel porcesso civile*, *cit.*, 127-128 cuando, criticando dicha ficción, señala que «[l]a principale finzione del sistema concerne la legittimazione a proporre l’azione collettiva: formalmente essa [...] aspetta, per qualsiasi genere di contenzioso seriale, a un campione rappresentativo della categoria dei titolari dei diritti individuali omogenei dedotti in giudizio; in realtà la selezione del legittimato avviene tramite un provvedimento endoprocessuale, ai fini della concessione del quale il requisito della rappresentatività del c.d. *class representative* come esponente tipico della categoria costituisce l’eredità di una concezione obsoleta della funzione dell’istituto, e svolge un ruolo marginale rispetto a quello dell’idoneità dell’avvocato a sostenere l’impegno tecnico e finanziario della lite, soprattutto quando l’azione collettiva sia olistica, e ancor di più quando essa sia anche fluida o virtuale». Pues bien aquí asumo como correcta la identificación de esta ficción bajo el entendido que, contrario a cuanto considera Giussani, creo que el papel de los IDC en el discurso sobre las acciones grupales es totalmente neutro desde un punto de vista conceptual (en cuanto denotan siempre DSH) y considero que precisamente su empleo responde a específicas ideologías ya criticadas en el segundo capítulo de este trabajo y, en esta medida, este discurso se aplica necesariamente a las acciones que el autor considera como acción para la tutela de los derechos supra-individuales (al respecto ver el próximo capítulo).

<sup>69</sup> MILLER G., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, *ci.* p. 214: «Come in altri settori della prassi legale americana, l’ordinamento soprassiede sulle violazioni di carattere formale in vista del perseguimento di un risultato utile. Se agli avvocati [afirma el autor] non fosse permesso di dominare il processo, le class actions difficilmente potrebbero esistere».

defensor técnico), como (potencial) experto en la toma de decisiones, es quien cuenta incluso con la facultad normativa para seleccionar el representante del grupo (cuando permitido, y si se trata de acciones procesales que, como se verá en seguida, presentan características propias de la PAG *actions* pero que reivindica, al mismo tiempo, derechos individuales: es decir, por ejemplo, la CA<sup>70</sup>) y, a su vez, quien asume los riesgos propios de la acción<sup>71</sup> a la espera de los incentivos que contempla el ejercicio de la acción procesal, es, en último análisis, el destinatario de las normas de control que regulan el ejercicio de la PAG *action* vigiladas (e incluso en ocasiones establecidas discrecionalmente) por el juez quien, a su vez, fiscaliza (junto con el representante, no obstante su precario poder, debido también a la deficiente información sobre el litigio), tanto el conflicto de intereses de dicho defensor técnico con los titulares de los DSH tutelados (incluido el representante-legitimado), como la adjudicación de honorarios y las decisiones donde se transija y/o se proceda a una reformulación del *petitum* del proceso a favor de una terminación alternativa de la *lite*<sup>72</sup>.

Ahora bien. La “armónica” convivencia de estas dos realidades normativas podrían inducir al “lector externo” a recluir al PAG en alguna de las dos opciones: o se trataría de un sujeto que es el titular del (meta)derecho de acción (el legitimado para actuar) pero no el abogado (salvo que coincidan en el mismo sujeto ambas calidades) o, en cambio, el PAG haría referencia sólo al abogado, aún cuando no sea titular del

---

<sup>70</sup> FISH J.E., *Class Action Reform, qui tam, and the Role of the Plaintiff*, en *Law and Contemporary Problems*, 60, 1997, *cit.*, p. 171: «As a practical matter, class suits are often initiated by lawyers who identify a cause of action and then search for a suitable individual to meet the requirements of Rule 23». Se trata de la llamada ‘reclutación’ prohibida en principio en cualquier acción procesal. En la CA esta *solicitation* no es prohibida salvo casos taxativos previstos, por ejemplo, en la *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLR) que, entre otras cosas, prevén la prohibición de *solicitation* y prescribe métodos específicos para la designación del *Representative’s plaintiff* en las *Securities CA* mediante la prohibición expresa de pagos (premios) por parte del abogado al “representante” y métodos específicos para la designación de este último por parte del juez, así como la tarea adjudicada a dicho “representante” de seleccionar al respectivo abogado.

<sup>71</sup> Como precisa FISH J.E., *Class Action Reform, qui tam, and the Role of the Plaintiff*, *cit.*, p. 172, «In exchange for this loss of control, plaintiff class members typically receive a corresponding benefit: freedom from responsibility for legal fees if the suit is unsuccessful».

<sup>72</sup> MILLER G., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, *cit.*, p. 214: «Generalmente l’avvocato accerta le violazioni di legge, individua il soggetto che vuole assumere la veste del *named plaintiff*, e controlla tutte le fasi del processo – incluse anche le questioni inerenti la conciliazione della controversia e la determinazione della sua parcella».

(meta)derecho de acción. Pues bien, ambas restricciones resultan inapropiadas: el PAG, a los ojos del “lector externo” y según los usos por parte de la doctrina y los jueces es, *camaleónicamente*, tanto el abogado del legitimado, como el legitimado-cliente del abogado (coincidan, o no, ambas calidades en el mismo sujeto).

Esto porque, además, y sólo así, para efectos de una comparación jurídica, es posible deducir que, no obstante en cierto escenarios no se verifique por parte del abogado la asunción de los riesgos del proceso y/o no obstante el abogado no pueda ser el promotor del proceso y/o no obstante el abogado no pueda seleccionar el representante más idóneo y confiar en el pago de honorarios en razón su adecuada actividad profesional, esto no significa que en otras realidades jurídicas no sea posible encontrar el equivalente semántico de una PAG *action* (en tanto, como ya precisé, conceptualmente hablando son acciones para la tutela de DSH y el PAG es el actor/abogado legitimado para actuar que no hace parte del organigrama gubernamental), aún cuando la legitimación, además de ser muchas veces establecida de forma *a priori* y por vía administrativa<sup>73</sup>, se conceda, en la gran mayoría de los casos, a entes exponenciales “representativos” de los DSH objeto de tutela (sean, o no, DSHBC) y excepcionalmente al individuo sin más atributos.

Y, precisamente, este fenómeno igualmente se desvanece en la misma cultura jurídica estadounidense, donde la doctrina y los jueces optan por hacer referencia, en respeto de la ficción precisada (y cuando se refiere al PAG), al ‘sujeto legitimado para actuar’ (resaltando incluso que el legitimado puede ser un ente exponencial)<sup>74</sup> y, en el momento de referirse a abogado, conectan el fenómeno precisando, sea que el abogado, aún cuando no está legitimado, es quien dirige en términos prácticos la *lite*, sea sólo

---

<sup>73</sup> Un ejemplo en este sentido es el relativo a la legitimación para actuar de los entes exponenciales para la tutela de los así llamados ‘derechos colectivos’ de los consumidores. Ver arts. 137 y 139 C. Cons. Italiano.

<sup>74</sup> Por ejemplo PACE N.M., *Groups and Aggregate Litigation in the United States*, en *The Globalization of Class Actions*, HENSLER R., HODGES C., TULIBANCKA M. (eds.), en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 622, 2009, p. 36. Afirma que, dentro de las acciones grupales, se identifican en Estados Unidos las «Representative Litigation by Associations» respecto de las cuales se señala que «[t]he closest analogue would be the so-called *private attorneys general* suits that can be brought by any individual or organization to enforce certain state and federal statutes on behalf of groups of citizens, the public at large, or even the government itself».

haciendo referencia a sus honorarios de acuerdo a las previsiones normativas previstas para este objetivo<sup>75</sup>.

En fin, esta precisión resulta justificada al interior de este trabajo y particularmente en relación con un análisis sobre los usos de la locución ‘PAG’ porque, como ya precisé, en razón, tanto de la aureola de “buen samaritano” que ha rodeado los discursos sobre el PAG<sup>76</sup>, como en las críticas mediante la atribución a este último de la calidad

---

<sup>75</sup> Es suficiente leer la definición del *BLACK'S LAW DICTIONARY*, 129 (6ta ed. 1990), que en la definición de la locución ‘PAG’ precisa, entre varias cosas, que: «The “private attorney general” concept holds that a *successful private party* plaintiff is entitled to recovery of his legal expenses, including *attorneys fees*, if he has advanced the policy inherent in public interest legislation on behalf of a significant class of persons». Pues bien, en este caso resulta evidente como sea posible establecer una diferencia entre el PAG y el abogado sin que esto signifique que el tema de los honorarios de este último dejen de ser relevantes. Sin embargo, llama la atención que, por ejemplo, a esta definición recurra un autor (RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2149) que considera al PAG como el abogado (de la misma manera que gran parte de la literatura reciente, como por ejemplo el famoso trabajo de HENSLER D. N., DOMBEY-MOORE B., GIDDENS B., GROSS J., MOLLER E., *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand, Santa Monica, 2000, p. 71), sea o no el legitimado para actuar. Además, el autor hace referencia a normativas que expresamente reconocen la legitimación *a any citizen* sin que se especifique en dicha normativa la exigencia de ser un abogado (por ejemplo en las *qui tam actions*, la *Federal False Claim* no hacen referencia expresa al requisito de que el PAG tenga que ser un abogado). La razón es la ya precisada: en el acuerdo tácito entre una ficción ya sedimentada y la conciencia práctica de la relevancia (del poder y de la función) del abogado se produce una contradicción que, sin embargo y para efectos de este trabajo, se resuelve en la referencia a ambos sujetos (cuando el abogado no es el legitimado) o sólo al abogado (cuando, en cambio, es el sujeto legitimado).

<sup>76</sup> Preciso de nuevo que la dicotomía entre el *bueno* y el *malo* PAG es de naturaleza valorativa y, entonces, imposible de describir con discursos de verdad y falsedad (ver numeral 9 del capítulo primero y ver pie de página 20 de este capítulo): apreciaciones en este sentido, contrarias evidentemente al (aquí no compartido) objetivismo ético, se encuentran en los discursos sobre la filosofía moral de Hume (p.e. ver al respecto, p.e., CASTIGNONE S., *Giustizia e bene comune in David Hume*, Giuffrè, Milano, 1964) y, entre otros, en los postulados teórico-filosóficos del realismo escandinavo y del positivismo del círculo de Viena (al respecto ver, p.e., VERGARA O., *El derecho como fenómeno psicosocial. Un estudio sobre el pensamiento de Karl Olivercrona*, Comares, Granada, 2004) . En estos términos la “bondad” o “maldad” del PAG no es un aspecto conceptual (¿que es el PAG?) sino justificativo (¿para qué sirve su previsión normativa?) y, entonces, valorativo.

Sin embargo, no son pocos los esfuerzos de conceptualización que bajo premisas ideológicas (muchas veces contradictorias) tratan de describir la PAG como un sujeto altruista o, en cambio, aquellos que niegan dicha posibilidad para el ser humano quien actuaría, a fin de cuentas, siempre a favor de sus propios intereses de forma egoísta. Estos postulados seguramente toman fuerza al interior de los estudios sobre el PAG con los trabajos ya citados de Coffee y de Rosemberg quienes

de “caza recompensas”, los honorarios de los abogados juegan un papel fundamental, no sólo porque se refieren a los incentivos que (valorativamente) son considerados en el escenario estadounidense como necesarios para incentivar el ejercicio de las PAG *actions*<sup>77</sup>, sino porque precisamente en razón de esta necesidad y como justificación de su regulación (e implementación) -que por cierto cada vez más estricta y continuamente objeto de inquisitivos exámenes que han conducido a reformas relevantes al respecto- cobra fuerza el discurso relativo a la (supuesta) justificación de la legitimación para actuar del PAG sobre la base de una especie de función “altruista” del abogado quien

---

siguen la línea del análisis económico del derecho con particular atención al fenómeno de los incentivos y su regulación (ver pies de página 28, 29 y 31 de este capítulo). Sin embargo los estudios en relación con la dicotomía altruismo/egoísmo datan incluso de los estudios de David Hume (ver, p.e., LONG D.G., «*Utility*» and «*Utility Principle*»: *Hume, Smith, Bentham, Mill*, en *Utilitas*, 2, 1990, pp. 16 ss.) y, sin duda alguna, de J. Bentham (ver BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, LECALDANO E.(ed.), Utet, Torino, 1998, p.88 y *passim.*) y sus postulados normativos que entran a regular a favor de la felicidad común una (inevitable) condición humana: «Bentham afferma che l'intero comportamento umano è ridicibile ad una predisposizione di base egoista, che spinge ciascun individuo a perseguire sempre il piacere (o, in altri termini, il proprio vantaggio) e respingere sempre il dolore (o, in altri termini, il proprio svantaggio)», RIPOLI M., *Itinerari della Felicità. LA Filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, Jhon Stuart Mill*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 34. En la doctrina, para una posición “teórica” que asume el egoísmo como característica del ser humano ver, sobre la CA, el trabajo de Giussani, principal y recientemente GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, *cit.*, pp. 29-68 y *passim.*

Más allá de una valoración sobre el actuar “bondadoso” o “malvado” del PAG lo cierto es que los estudios que siguen estas líneas de análisis (a veces descriptivas y otras tantas normativas) traen al descubierto fenómenos reales del actuar humano, como es el caso de la identificación del fenómeno del *free riding* que evidencia tendencias que podrían compaginar valorativamente con el actuar siempre egoísta del ser humano y cuyo estudio conduce a propuestas normativas interesantes en relación (además de con la CA y con la tutela de los DSHBC) con el PAG y la necesidad de, al tiempo que se fomenta su previsión, regular su actuar para lograr compaginarlo con (cuanto de considera sea) el bienestar de los titulares de los DSH objeto de tutela. Con esta perspectiva normativa (alimentada por la descripción de la naturaleza humana en términos de egoísmo) se desarrolla en efecto la justificación de los incentivos para el PAG: «It should be apparent by now that designing the “investor incentives” in the form of plaintiffs’ counsel fee structure can be of the most important policy decisions made by legislatures or courts. Too little incentive, and neither the social interest in deterrence nor the class interest in compensation will be satisfied», JONES C., *Theory of Class Actions*, *cit.*, p. 44.

<sup>77</sup> Sobre los incentivos ver principalmente pies de página 27, 28, 29 y 31 de este capítulo.

buscaría la tutela del así llamado ‘interés general’ pero que, de todas formas, necesita de incentivos que justifiquen su actuar<sup>78</sup>.

Ahora bien, tomando en cuenta la definición de PAG aquí formulada, es decir - además de la exclusión del criterio de “sujeto garantizador de la tutela del interés general” como criterio definitorio del PAG puesto que, realmente, constituye la justificación de la disposición normativa que le concede la situación de poder hohfeldiana para el ejercicio del (meta)derecho de acción en nombre de otros sujetos- *que el PAG en el escenario del proceso civil es el sujeto no-perteneciente a la burocracia gubernamental legitimado normativamente para actuar a favor de la tutela de DSH (principalmente, pero no sólo) con objeto el disfrute de un bien colectivo vulnerados o en vía de vulneración*, resulta evidente, como ya he señalado, que el rasgo característico y distintivo del PAG respecto a otros actores legitimados que hacen parte del organigrama estatal se traduce en la (contingente) previsión normativa de incentivos para adelantar la acción.

En efecto, el PAG adelanta acciones procesales para garantizar la tutela de DSH cuya tutela normativamente corresponde, también, a la función de un sujeto miembro del aparato gubernamental cuya legitimación normalmente opera sobre la base de la legitimación de dicho sujeto (el AG) por vía legislativa (como también sucede y se exige cada vez con mayor fuerza para el PAG restringiendo su legitimación por vía jurisprudencial sin expresa previsión normativa por parte del legislador) como deber definitorio de su labor gubernamental (muchas veces “pseudo-expropiando” los DSH a los individuos y entregándolos, mediante el empleo de la locución ‘interés general’, al estado)<sup>79</sup>. No obstante lo anterior, y tomando en cuenta que conceptualmente el ‘interés

---

<sup>78</sup> Como ya precise anteriormente, la locución ‘interés general’ denota siempre, y sólo, DSH y, en tal medida, la justificación de la legitimación para actuar coincide con la justificación de la legitimación para actuar para la tutela grupal de DSH. Los demás “ornamentos” que tratan de presentar al PAG como protector altruista de situaciones de ventaja que desbordan la órbita individual, o en cambio como un ávido empresario, son el resultado de elecciones ideológicas (escondidas) detrás de aparentes discursos conceptuales.

<sup>79</sup> Es necesario señalar que dicha “pseudo-expropiación” se verifica sólo sobre el plano de las “creencias” en la cultura jurídica estadounidense donde se genera una falsa distinción (como, por ejemplo, sucede en el caso de las PAG *action* en el área de la *antitrust litigation*) entre los DSH tutelados, de una parte, y una situación de ventaja no individual, de otra parte. En efecto la doctrina no es ajena a esta percepción y de esta forma se llega a afirmación (que recuerdan cuanto se verifica en el escenario italiano a raíz del reiterado empleo del sintagma ‘IDC’) como que «[b]y initiating



general' denota siempre DS, la única diferencia entre ambos tipos de actores, tradicionalmente distinguidos con base en la falsa dicotomía entre escenario público y escenario privado<sup>80</sup>, radica en su pertenencia, o no, al aparato gubernamental; situación que a su vez genera una (si bien contingente<sup>81</sup>) relevante distinción normativa en la fijación de los incentivos que, en el caso de las PAG *actions* (y no en el caso de las acciones civiles adelantadas por un funcionario estatal<sup>82</sup>), corresponden a los honorarios del abogado y/o a los premios por la labor prestada.

De esta forma, el discurso sobre los incentivos en el caso del PAG cobra una sustancial relevancia en los discursos normativos y, precisamente por este motivo, los discursos “definitorios” del PAG por parte de la doctrina necesariamente toman en consideración al abogado del proceso quien, como ya señale, la mayoría de las veces gobierna la estrategia procesal y percibe los incentivos respectivos, al tiempo que corre el riesgo de las sanciones y de la pérdida del proceso, incluso cuando no actúa en calidad de titular del (meta)derecho de acción.

---

such an action [acciones civiles para el *enforcement* de las normas *antitrust*], however, the litigant also vindicates the public interest for which the statute was enacted», BUXBAUM H., *The private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation*, *cit.*, p. 223. Se trata de afirmación que, además de construidas sobre una distinción no justificable entre un escenario privado y uno público con criterios funcionalistas, se construye sobre dos ideas aquí criticadas. (i) Que el *enforcement* de las normas no sea un derecho subjetivo de cada uno de los individuos: como ya precisaré (ver numeral 5 de este capítulo) el cumplimiento de las normas es el correlativo deber a uno de los principales (meta)derechos subjetivos en cuanto funcional para la tutela de todos y cada uno de los DS; (ii) la idea, consecuencia de la anterior imprecisión conceptual, según la cual el llamado ‘interés general’ no denota DSH sino una situación de ventaja que, en el caso particular del *antitrust*, se conecta con la idea (aquí ciertamente criticada) de un mercado como sujeto de derecho (al respecto ver numeral 11 del capítulo segundo y pies de página 57, 79, 85 y 162 de este capítulo).

<sup>80</sup> Al respecto ver numeral 5 de este capítulo.

<sup>81</sup> En efecto, es irrelevante desde un punto de vista conceptual si normativamente se prescribe (o no) que el PAG reciba honorarios de una manera diferente a la previstas tradicionalmente para las acciones para la tutela de los DSH.

<sup>82</sup> Sobre los incentivos para el actor procesal que hace parte del organigrama estatal y que actúa (en cumplimiento del (meta)deber a su cargo) para la tutela de los DSH ver, BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, *cit.*, pp. 1443 ss.

## 5. EL PAG COMO LEGITIMADO PARA ACTUAR EN LAS ACCIONES PARA LA TUTELA DE DSH Y LA DISOLUCIÓN DE LA (FALSA) DISTINCIÓN ENTRE EL ESCENARIO PÚBLICO Y EL ESCENARIO PRIVADO EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO (Y LA JUSTIFICACIÓN) DEL PAG

Hecha la anterior aclaración sobre la (para efectos metodológicos) (no)distinción entre sujeto legitimado para actuar y el abogado correspondiente, es necesario precisar que las acciones que conceptualmente pueden ser consideradas como PAG *actions* son varias y cierto no se limitan a los casos ya enunciados correspondientes con las acciones que en el escenario italiano serían consideradas como acciones para la tutela IDC, sino que, si se “toma en serio” el contexto matizado entre los dos posibles extremos que gobernarían el ámbito conceptual del PAG, se puede constatar que el número de acciones se extiende, en diferentes grados de titularidad de los DSH objeto de tutela en cabeza del legitimado, desde acciones en representación de organismos estatales (pero, a fin de cuentas, acciones para la tutela de DSH<sup>83</sup>) hasta acciones para la tutela de (tradicionales<sup>84</sup> y no tradicionales<sup>85</sup>) DS cuya relevancia, en relación con cuanto se

---

<sup>83</sup> Esto precisamente porque las únicas situaciones de ventaja objeto de tutela son los DS.

<sup>84</sup> En efecto, nada impide (y de hecho sucede a menudo) que al interior del discurso ético-normativo alimentado por el legislador y/o los jueces y/o la administración se considere (mediante un ejercicio argumentativo de priorización abstracta en términos cuantitativos y/o cualitativos) que, por ejemplo, la tutela de los derechos individuales de los trabajadores o la tutela del derecho a la salud de cada ciudadano sea considerada de interés general. Sin embargo esto no implica que se trate de situaciones de ventaja diferentes del DS sino simplemente se verifica lo que he llamado una “ulterior justificación” de los intereses relevantes (ver pie de página 26). Sobre la tutela de los derechos individuales de los trabajadores de forma grupal (es decir, por vía de PAG *actions*) ver *Manual for Complex Litigation*, *cit.*, pp. 561-597; para la tutela del derecho a la salud con particular atención al discurso de la relación entre las llamadas espera pública y esfera privada ver, por ejemplo, FREEMAN J. *The Private Role in Public Governace*, *cit.*, pp. 594-624.

<sup>85</sup> En efecto, como ya he precisado, en la cultura jurídica estadounidense se consolida la idea según la cual, por ejemplo, las situaciones de ventaja tuteladas por las normas *antitrust* y las normas sobre los *securities* correspondan, no sólo a derechos subjetivos sino, además, a otras situaciones de ventaja de interés general (*public interest*): sobre la *antitrust litigation* ver, para todo, *Manual for Complex Litigation*, *cit.*, pp. 519-524, y, sobre la *securities litigation* ver recientemente COFFEE J., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, *cit.*, *passim*. Pues bien, las acciones procesales para la tutela de estas situaciones de ventaja, que en ambos casos son, y sólo son, DSH, son adelantadas, según la definición aquí presentada y defendida, por un PAG, cuando ejercidas por un sujeto que no pertenece al organigrama estatal, sea o no, que dichos DSH sean

considera por parte del intérprete sea el llamado ‘interés general’, se considera prioritaria. Situación que, como precisaré, amplía a tal punto el ámbito denotativo del concepto de PAG que lo priva de valor diferenciante.

Se trata de acciones con estructuras diferentes caracterizadas y diferenciadas normativamente (en ocasiones sólo como consecuencia de una simple distinción lingüística innecesaria, si se considera que el objeto de la acción, a la luz de las premisas teóricas esgrimidas, es siempre la tutela grupal de DSH) que giran alrededor precisamente del así llamado ‘PAG’<sup>86</sup> y se sus eventuales “colaboraciones” con al menos dos fundamentales objetivos que encuadrarían la justificación (normativa) de su legitimación para actuar:

(i) de una parte, exigir el cumplimiento (*enforcement*) de los deberes correlativos a la posición activa de los titulares de los DS, con particular atención a las políticas públicas<sup>87</sup> y

considerados en la cultura jurídica como de interés general (sobre este argumento ver pies de página 57, 79 y 162 de este capítulo).

<sup>86</sup> El origen de la locución se encuentra en la sentencia del juez Jerome Frank, *Associated Industries of New York State, Inc., v. Ickes, Secretary of the Interior, et. Al.*, 134 F.2d. 694, (2d. Cir. 1943) citada casi siempre que se toca el tema del PAG. Fue usada por primera vez por parte de la *Supreme Court* en un salvamento de voto (*disenting opinión*) del juez Douglas en *Federal Communications Commission v. National Broadcasting Co., Inc. (HOA) et. Al.* 319 U.S. 239 (1942)

<sup>87</sup> A este objetivo normativo de las PAG *actions* se hace constante referencia en la literatura jurídica: *J.I. Case Co. v. Borak*, 377 U.S. 426 (1964): «private enforcement of the proxy rules provides a necessary supplement to SEC actions, and thus deters future wrongdoing»; BUXBAUM H., *The private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation*, *cit.* p. 220: «The private attorney general is a creature of domestic law, designed to assist government agencies in enforcing various statutes through private causes of action»; KARLAN P., *Disarming the Private Attorney General*, *cit.*, p. 186: «The idea behind the “private attorney general” can be stated relatively simply: Congress can vindicate important public policy goals by empowering private individuals to bring suit»; RABKIN J., *The Secret Life on The Private Attorney General*, *cit.*, 190: «Citizen suits, authorized under the environmental protection legislation of the 1970s, exemplify the private attorney general at work. The power to enforce a new environmental protection policy standard would seem to be the most dramatic instance of an environmental entitlement»; SUNSTEIN C., *What’s Standing After «Lujan»? Of Citizen suits, «injuries», and Article III*, *cit.*, p. 175: «The most important development was the widespread early congressional creation of the *qui tam action*. The purpose of its action is to give citizens a right to bring civil suits to help in the enforcement of the federal criminal law [...] The *qui tam action* was accompanied by the informers’ action. Through this action, people can bring suit to enforce public duties [...]»; FISH J.E., *Class Action Reform, qui tam, and the Role of the Plaintiff*, *cit.*, p. 184: «The private attorney general model of class actions similarly draws support from the perception that class suits can supplement or substitute for

(ii) de otra parte, la disuasión (*deterrence*) de conductas futuras potencialmente violadoras de dichos deberes correlativos<sup>88</sup>.

---

government enforcement efforts. Such suits may be described as privatizing the enforcement of laws against corporate wrongdoing». Incluso los críticos del instituto (algunos ya citados) del PAG, sobre todo en razón de la regulación de los honorarios de los abogados y de su actuar, hacen referencia al *enforcement* privado de las normas por vía de las llamadas ‘PAG actions’ y se ocupan, en sus críticas, de perfeccionar la regulación sobre el PAG o de resaltar como el PAG en realidad no sirve para cumplir esa función: BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, cit, p. 1453: «According to proponents of the analogy [respecto de la CA entre el AG y el PAG], class action lawyers are needed to fill the enforcement gap left by inadequately funded state attorney general offices and to punish and deter misconduct that would otherwise go undetected or unpunished», precisando, sin embargo, que «[t]he “gap-filler” argument is thus both theoretically and empirically unsound. When class action lawyers file “coattail” or “copycat” lawsuits, they do not fill an enforcement gap. To the contrary, the act only to increase the potential penalty beyond-well beyond- the limits established by law and greed to by state officials» (p. 1455).

Pues bien, esta constante referencia al *enforcement* de las normas para activar políticas públicas (no ejecutadas por incumplimiento de normas específicas) se verifica de forma innumerable en los discursos sobre el PAG. Como precisaré más adelante, sin embargo, pareciera que dicha referencia se verifica como el reflejo de un esfuerzo por parte del operador jurídico y de la doctrina para legitimar por una vía diferente la tutela de lo que claramente son DSH. Tal vez porque el empleo del lenguaje jurídico sin la activación de este mecanismo doctrinal generaría una percepción sobre el PAG como un actor a favor de intereses individuales y como un actor legitimado para ejercitar una acción fuera de los límites previstos por el art. III de la constitución estadounidense (ver numeral 6 del capítulo cuarto).

<sup>88</sup> (Ver en general el capítulo cuarto y, particularmente, pies de página número 30, 54, 58, 68, 86-100) Tal vez el momento de la valorización de la importancia dada a la disuasión (*deterrence*) en el discurso jurídico sobre la PAG (y, claro está, sobre la CA) se puede identificar en el ingreso de los discursos sobre el análisis económico en el área derecho procesal estadounidense principalmente liderada, en ese caso particular, por Rosemberg (ver la bibliografía citada del autor en el pie de página 31 de este capítulo) quien expresamente reconoce la influencia es sus trabajos: ROSEMBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 2001, pp. 831, pie de página 1: «My work has also built upon major contributions by others. I acknowledge general reliance on theories of deterrence insurance, law enforcement, rational choice analysis, and welfare economics as developed and applied in GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970); A. MICHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMIC ANALYSIS (1970); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (5<sup>th</sup> ed. 1998); Steven Shavell, economic analysis of accident law (1987); AND Louis kaplow & Steven Shavell, *Fairness, Versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961 (2001)».

Siguiendo la línea de la valoración de la disuasión como “función” del PAG se inicia un proceso justificativo de la legitimación para actuar por fuera, no sólo de los criterios tradicionales (interpretación de los enunciados normativos contentivos de los principios-derechos procesales

---

relativos al macro(meta)derecho de acción) que gobernaban el proceso civil y que precisamente por vía (no sólo) de la CA fueron re-leídos en clave utilitarista, sino incluso releendo precisamente los postulados que tradicionalmente gobernaban la CA: así, la valorización de la *deterrence* a nivel teórico y normativo revoluciona entonces, nuevamente, el escenario procesal de las acciones grupales para la tutela de los DSH: piénsese sólo en la famosa, pero no tanto compartida, propuesta de ROSEMBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, *cit.*, pp. 831-897 que en líneas generales (aunque del tema me ocuparé en el próximo capítulo), valorizando tanto la relevancia del efecto disuasivo de la CA, como la racionalidad del sujeto antes (*ex ante*) de sufrir un daño, al tiempo que afirma la poca relevancia que tendrían, por ejemplo, las *small claims* para sus titulares, propone que las mass torts CA sean *Mandatory*, es decir, que no se permita el derecho de exclusión (*opt-out*): «[...] mandatory-litigation class action best deters accidents and insures against accident risks, thus securing maximum individual welfare ex ante» (p. 839) (en contra ver, por ahora, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.* pp. 106-115; a favor, por ejemplo, el trabajo canadiense de JONES C., *Theory of Class Actions*, *cit.*, *passim*).

En este contexto la doctrina sobre el PAG hace continua mención, junto con la función de *enforcement* de las normas, a la función de disuasión del PAG, presentándola muchas veces, sin embargo, como si no se tratase de un (meta)derecho subjetivo funcional (entonces) a la tutela de los DSH objeto de tutela, sino empleada para justificar nuevamente la legitimación activa del actor procesal mediante una conexión con la tutela resarcitoria y contemporáneamente disuasiva de DSH y, también, mediante el llamado ‘interés general’, justificando de esta forma las sanciones ulteriores no conectadas estrictamente con el resarcimiento como, por ejemplo, los *punitives damages* cuya imposición pareciera que difícilmente (aún cuando no es así puesto que evidentemente se trata de un (meta)DS relativo al DS objeto de tutela) puede ser justificada en la forma de DS.

Sobre referencias a la disuasión al interior del discurso sobre el PAG ver, entre muchos otros, COFFEE J., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, *cit.*, p. 1536: respecto a la *securities* CA señala que «[d]eterrence [...] is the only rationale that can justify the significant costs—both public and private—that securities class actions impose on investors and the judiciary». Se trata de un enfoque que supone que «deterrence works best when it is focused on the culpable [...]»; RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, quien sin contradecir la idea de una distinción posible entre disuasión y resarcimiento como pretensiones de las acciones, reconoce que ambas se presentan en las PAG *actions*: «in reality, both public and private lawyers pursue both deterrence and compensation» (p. 2140); en el mismo sentido HITTINGE C., BONA J., *The Diminishing Role of the Private Attorney General in and Securities Class Action Cases Aided by the Supreme Court*, en *Journal of Business Technology Law*, 4, 2009, p. 169: «[PAG] lawsuits can both compensate deserving plaintiffs and deter illegal conduct. Conventionally, compensation is considered a private goal, and deterrence a public goal, but in reality, actions by both private and public attorneys can lead to both compensation and deterrence»; FISH J.E., *Class Action Reform, qui tam, and the Role of the Plaintiff*, *cit.*, p. 202: «[...] the *qui tam* provision demonstrates the possibility of a more flexible regulatory process in which we are not forced to choose between the relative advantages of public and private enforcement, or between the pursuit of compensation and deterrence» .

Conceptualmente hablando, sin embargo, ambas funciones denotan (meta)DSH (que se concretan en el reconocimiento normativo de una situación hohfeldiana de poder)<sup>89</sup> para cuya tutela se legitima a sujetos “privados”, quienes actúan en un proceso civil para hacer cumplir, dentro del alcance probable de contexto factual de la controversia<sup>90</sup>, normas (derechos) cuya protección, por expresa disposición normativa, también incumbe a sujetos “públicos” (si por tal se entiende sujetos pertenecientes al organigrama estatal): el cumplimiento de las normas-derechos y la disuasión de las conductas violadoras de los deberes correlativos a DS es un deber (correlativo a derechos subjetivos) a cargo, no sólo, de los entes gubernamentales.

De esta forma, la legitimación procesal para actuar por medio de acciones civil para la tutela de DSH (PAG *actions*) implicaría, por razones conceptuales y no de política del derecho, la relación (la mezcla) entre los criterios distintivos de la acción civil y la acción estatal, en cuanto la demanda civil, mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción para la tutela de DSH implica *necesariamente*, si bien en grados diferentes, la pretensión del cumplimiento (*enforcement*) de la normatividad y el efecto disuasivo

---

<sup>89</sup> Sea este el momento para insistir sobre el hecho de que conceptualmente, tanto la exigencia (la expectativa del) cumplimiento, *enforcement*, de las normas sobre (deberes correlativos a) DS, como la disuasión de las conductas potencialmente violadoras de los mismos pueden, y sólo pueden, ser expresados en la forma de DS. Cualquier conexión de ambos tipos de DS con situaciones de ventaja diferentes es el resultado de un ejercicio ideológico conceptualmente errado. El enunciado ‘la administración pública tiene el deber de cumplir las normas’ puede ser expresado en la forma de ‘x,y,z, tiene el derecho subjetivo frente a E al cumplimiento de las normas’, que es lo mismo que decir que ‘E tiene el deber correlativo frente a x,y,z, de cumplir las normas’; igualmente, el enunciado ‘se deben disuadir las conductas violadoras de los deberes correlativos a los DS’ es lo mismo que decir que ‘x,y,z (titulares de sendos DS) tienen el derecho subjetivo a que E disuada las conductas violadoras de los DS’. En efecto, si ambas posiciones normativas no se pudiesen expresar con el lenguaje de los DS, no se entiende entonces como cualquier otra situación normativa podría, en cambio, ser expresada en dicho lenguaje.

<sup>90</sup> Esto resulta relevante dadas las ambivalentes posiciones de la *Supreme Court* sobre la legitimación para actuar del PAG y sobre el cumplimiento de los (que la *Supreme Court* considera sean los) requisitos para la legitimación (*standing*) y para la verificación de la *case-or-controversy* del art. III de la constitución estadounidense como requisito para la activación de la jurisdicción federal. Sobre el particular ver SUNSTEIN C., *What’s Standing After «Lujan»? Of Citizen suits, «injuries», and Article III, cit., passim.*; FORD M., *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger, cit., passim.* (ver también pie de página número 8 de este capítulo, los pies de página 21 y 169 del capítulo segundo y, en relación específica con la CA, el siguiente capítulo).

(*deterrence*) de las futuras y eventuales conductas violatorias de los deberes correlativos al los sendos DSH<sup>91</sup>.

En efecto, de una parte, exigir el cumplimiento de deberes correlativos a las situaciones individuales de expectativas fundadas sobre normas correspondientes con al menos una posición hohflediana (DS) es, al mismo tiempo, la ejecución de aquellas funciones (deberes) adscritos normativamente (también) a los organismos estatales (también de forma específica y no sólo abstracta, sobre todo, pero no exclusivamente, si se trata de los así llamados derechos sociales) y, entonces, la búsqueda del objetivo abstracto prefigurado con base en el “cálculo” (prescriptivo) sobre el llamado ‘interés general’<sup>92</sup>; así como, de otra parte, el efecto disuasivo se revela como una posible, en cuanto no expresable en términos de causa-efecto, consecuencia (si bien en grados diferentes) de las pretensiones dirigidas a exigir (imponer) el cumplimiento, *enforcement*, de los deberes correlativos.

Cosa muy diferente son:

(i) tanto la regulación (prescriptiva) mediante normas restrictivas<sup>93</sup> –dada la discreta relevancia de los efectos de la sentencia a favor de los valores inspiradores de la síntesis interpretativa y abstracta de los DSH en juego como impulsores de lo que se considera sea el interés general- o expansivas<sup>94</sup> –dado el fuerte impacto de los efectos de la

---

<sup>91</sup> Como ya precisé, la justiciabilidad de un DS implica, necesariamente (también) la justiciabilidad de ambos (meta)derechos subjetivos aquí discutidos (ver pie de página 89 de este capítulo).

<sup>92</sup> Ver al respecto numeral 3 de este capítulo. Es necesario repetir que dicho cálculo no implica una modificación conceptual de la situación de ventaja objeto de tutela que, entonces, siguen siendo expresables en el lenguaje de los DS.

<sup>93</sup> Una restricción al *enforcement* y al efecto disuasivo en relación con las PAG *actions* se ha verificado, por ejemplo, en el caso de las PAG *actions* para la tutela de los *Civil Rights*: ver KARLAN P., *Disarming the Private Attorney General*, *cit.*, *passim.*; DUBINSKY P., *Justice fot the Collective: the Limits of the Human Rights Class Action*, en *Michigan Law Review*, 102, 2003-2004, pp. 1152-1190.

<sup>94</sup> Las previsiones normativas dirigidas a fomentar el *enforcement* de las normas-derechos y la disuasión mediante las PAG *actions* se conectan principalmente con la tutela de DSH cuyo objeto es el disfrute de un bien referido en términos generales al mercado, particularmente la *antitrust litigation* y la *securities litigation*. Basta constar, por ejemplo, en el tema de la *antitrust litigation*, la temprana regulación del instituto a finales del siglo XIX (*Sherman Act*) y su posterior reforma en 1914 (*Clyton Act*) reformada a su vez en particular para la previsión específica de la PAG *action* en 1976 (ver pie de página 49 de este capítulo), para corroborar la centralidad del argumento en la cultura jurídica estadounidense respecto del cual se verifica con intensidad un llamado al ‘*public interest*’ como criterio legitimador, pero también diferenciante, de la legitimación activa del PAG (ver, por ejemplo, para corroborar el discurso que distingue entre DS y situaciones de ventaja a favor

sentencia a favor de los valores inspiradores de la síntesis interpretativa y abstracta de los DSH en juego como impulsores de lo que se considera sea el interés general-, sea en concreto y por vía judicial, sea en abstracto, y previamente, por vía administrativa, de dichos posibles resultados de la tutela por vía de una acción civil de los (meta)derechos subjetivos en comento, es decir, del *enforcement* de las leyes (normas-derechos) y del efecto disuasivo;

(ii) como la previsión normativa de incentivos y de disposiciones amplificantes en valor económico de dichas consecuencias a favor de un impacto más relevante del *enforcement* de las normas sobre derechos subjetivos y del efecto disuasivo de la sentencia (norma) que lo impone<sup>95</sup>.

---

del mercado, *Timberlane Lumber v. Bank of Am.*, 549 F.2d. 597 (9th Cir. 1976) y *Laker Airways v. Sabena*, 731 F.2d, 1297 (3d. Cir. 1979)). En el tema de las *Securities Litigation* la centralidad del *enforcement* de las normas-derechos y de la disuasión es amplia y siempre se conecta con la tutela del mercado diferenciado (extrañamente casi como sujeto de derecho) de otros DSH también objeto de tutela y refleja igualmente una temprana regulación justificada con la locución ‘public interest’: Piénsese en el *Securities Act* de 1933 (15 U.S.C. 77(a)) o en el *Securities Exchange Act* de 1934 (15 U.S.C. 78(a)) y, obviamente, la *Securities Exchange Commission* (SEC) Rule 10b-5 (17 C.F.R. 240.10j(b)) y el *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 (ver al respecto, recientemente, si bien en un sentido restrictivo en cuanto a los requisitos probatorios que en PAG debe presentar en el *pleading*, por ejemplo, *Tellabs, Inc, et. Al. v. Makor Issues & Tights, Ltd., et. Al.*, 551 U.S. i (2006), donde se precisa, que «This Court has long recognized the meritorious private actions to enforce federal antifraud securities laws are an essential supplement to criminal prosecutions and civil enforcement actions brought, respectively, by the Department of Justice and the Securities and Exchange Commission (SEC)». Sobre la importancia del *enforcement* y de la disuasión en la *securities litigation* recientemente COFFEE J., *Law and Market: The impact of enforcement*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2007-2008, pp. 229-311 donde el autor precisa, como aspecto diferenciante de la realidad normativa estadounidense relacionada con el *securities market*, que «[t]he United States is exceptional in other ways as well. In the United States, public enforcement of law is supplemented by vigorous, arguably even hyperactive, system of private enforcement. Relying on class actions and an entrepreneurial plaintiffs’ bar motivated by contingent fees, the U.S. system of private “enforcement by bounty hunter” appears in fact to exact greater annual aggregate sanctions than do its public enforcers» (p. 245).

En ambos escenarios (*antitrust* y *securities litigations*) se trata de normas que impulsan -muchas veces bajo la premisa ideológica de que el derecho de la competencia y el derecho del mercado de valores corresponderían, también, a una situación de ventaja que desbordaría la esfera individual y se diferencia de los DSH relacionados- el *enforcement* y la disuasión como políticas públicas que no corresponden a DS. Al respecto ver aquí pies de página 57, 79, y 162 y numeral 11 del capítulo segundo.

<sup>95</sup> En efecto, según parte de la doctrina, la fijación de amplios incentivos para el actor privado pueden (además de evitar el enriquecimiento sin justa causa por parte de quienes se sirve de su labor)



De este modo, se diluye la distinción entre el sujeto legitimado para actuar para la tutela del llamado ‘interés general’ y el sujeto legitimado para actuar para la tutela del así llamado ‘interés privado’, en cuanto en ambos casos los efectos de la exigencia del cumplimiento de los deberes correlativos a DS y el ejercicio de las acciones con objetivos disuasivos, conducen, si bien en grados diferentes, a las mismas consecuencias (salvo contingentes restricciones/amplitudes al respecto)<sup>96</sup>.

En otras palabras, se verifica una *interdependencia* entre dos escenarios que, a su vez, pone en duda la misma distinción entre público y privado<sup>97</sup>, (al menos) si

impulsarlo para que adelante la respectiva PAG *action* y, entonces, necesariamente, el *enforcement* de las normas-derechos incumplidas (en contra de esta relación necesaria entre altos incentivos y mayor *enforcement* de las normas ver, por ejemplo, BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, *cit.*, quienes señalan (como lo hace también COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, *cit.*, o MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, *cit.*) que no necesariamente los incentivos del PAG implica un mayor *enforcement* de las normas a raíz, por ejemplo, del fenómeno de las *coattail actions* con un PAG en calidad de *free rider* (ver pies de página 22, 30, 140)). Sobre los incentivos ver pies de página 27, 28, 29 y 31 de este capítulo.

En relación con las previsiones normativas dirigidas a incrementar la disuasión (*deterrence*) el ejemplo emblemático es el de los *punitive damages* cuyo objetivo en términos muy generales, según la doctrina mayoritaria, no sólo es la sanción sino, sobre todo, la disuasión de las conductas futuras particularmente reprobables. (sobre el argumento, que en este trabajo sólo resulta relevante de forma tangencial ver, p.e., POLINSKY A., SHAVELL S., *Punitive Damages: An Economic Analysis*, en *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 869-962; NAGAREDA R., *Punitive Damage Class Actions and the Baseline of Tort*, en *Wake Forest Law Review*, 36, 2001, pp. 943-978; NAGY A., *Certifying Mandatory Punitive Damages Classes in a Post-Ortiz and State Farm World*, en *Vanderbilt Law Review*, 58, 2005; ALLEN M., *The Supreme Court, Punitive Damages and State Sovereignty*, en *George Mason Law Review*, 13, 2004-2006, pp.1-68) .

<sup>96</sup> De esta forma no sólo, como ya precisé, definir el PAG en razón de su función resulta inapropiado (en cuanto referido a aspectos no conceptuales), sino que la función (la justificación) del PAG resulta siendo la misma de la justificación del AG.

<sup>97</sup> A nivel más general la distinción ha sido seriamente criticada presentándola como el resultado de un ejercicio de política del derecho dirigido a mantener el *status quo* y proveer privilegios a sectores privados de la mano de argumentaciones ideológicas protectoras de la ya superada concepción paleo-liberal que consolida un escenario privado y el escenario público como privo de auto-justificación. En otras palabras, el empleo, incluso sólo lingüístico, de la distinción entre privado y público, necesariamente se convertiría en una legitimación de una estructura axiológica que, vendiéndose como descriptiva de lo que el derecho es, prescribe un *deber ser* del derecho con consecuencias que distorsionan y generar efectos normativos sobre la base de descripciones equivocadas. La literatura sobre el particular es muy amplia. Como corriente teórica (y también

considerada en relación con el PAG. En efecto, esta última distinción (público vs. privado), al menos en lo relevante para este estudio (es decir, los usos de la locución ‘PAG’), resulta conceptualmente errónea en cuanto construida sobre la base de falsas premisas sobre la realidad de lo que el derecho (como objeto de estudio) es<sup>98</sup>. De esta forma, la razón para la negación de esta distinción al interior de un sistema normativo legal no se verifica sólo sobre el plano prescriptivo de su conveniencia, o no, desde un determinado punto de vista ético-normativo<sup>99</sup>, sino, y por diferentes razones, también en el plano conceptual.

Pues bien, de estas razones, tal vez la que más interesa, en relación con el escenario de las situaciones de ventaja objeto de tutela, se verificaría precisamente en razón de (i) la *necesaria e inevitable* expresión (directa o indirecta) de los enunciados normativos adscritos a alguno de ambos escenarios, en posiciones de expectativa individuales fundadas sobre normas, es decir, DS<sup>100</sup> y (ii) el *necesario e inevitable*

normativa) al respecto la escuela de los *Critical Legal Studies* marcaron un momento relevante. Ver, entre muchos, KENNEDY D., *The Structure of Blackstone’s Commentaries*, en *Buffalo Law Review*, 28, 1978-1979, pp. 205-382; ID., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, pp. 1349-1357, OLSEN F., *The Family and the Market: A study of Ideology and Legal Reform* en *Harvard Law Review*, 96, 1983, pp. 1497-1577; KLARE K., *The Public/Private Distinction in Labor Law*, *University of Pennsylvania Law Review*, 130, pp. 1362-1422; en general, los ensayos recopilados en *The Politics of Law. A Progressive Critique*, KAIRYS D. (ed.), 3º ed., Pantheon Books, 1998.

<sup>98</sup> La más evidente es presentar como criterio definitorio del PAG la función (el para qué) del PAG negando la (irremediable) variabilidad de los criterios ético-normativos para fijar el contenido de cuanto se crea sea el llamado ‘interés general’ (‘public interest’)

<sup>99</sup> En este trabajo, no obstante su fundamental importancia, no abordo por motivos sobre todo metodológicos, un estudio doctrinal (ético-normativo) para precisar en mi sentir cuál *debería ser* la ideología (entre la utilitarista, la liberal o la comunitarista) adecuada que se *debería* adoptar al momento de la justificación de la legitimación para actuar del PAG

<sup>100</sup> Sobre el particular ver capítulo primero, numeral segundo. En la expresión asumida en este trabajo (siguiendo, sobre todo, el lenguaje de Guastini: ver principalmente pie de página 29 y numeral 13 del capítulo primero) sobre la base de la expresión conceptual de las situaciones de ventaja mediante el empleo de la locución ‘meta’ para significar una cadena de derechos relacionados entre sí en razón de su funcionalidad para hacer efectivo el DS en cuestión, todos los enunciados normativos relativos a situaciones de ventaja pueden, y sólo pueden, ser expresados en la forma de DS correspondientes a, al menos, una posición de expectativa fundada sobre normas correspondiente con al menos una de las posiciones normativas hohfeldianas. Claro, la funcionalidad de un DS (por ejemplo el (meta)derecho de acción) implica necesariamente un contenido valorativo (justificativo): que un derecho sea un (meta)derecho significa entonces que en un específico ordenamiento normativo (una vez previsto como derecho en alguna posición normativa hohfeldiana –a manera de

redimensionamiento del ámbito conceptual de expresiones como ‘interés legítimo’, ‘interés general’, ‘interés público’, ‘interés colectivo’, ‘derecho colectivo’, etc., que lejos de constituir situaciones de ventaja en cabeza de entidades no individuales, son expresiones lingüísticas que denotan, sea DSHBC, sea la posible síntesis (elaborada en razón de expresas elecciones axiológicas) de la deseada (pero nunca lograda) especificación de la resolución *a priori* del perenne conflicto entre DS (o, en términos más amplios, de pretensiones siempre individuales) con base en criterios cuantitativos y cualitativos<sup>101</sup>.

Bajo esta premisa conceptual, y en relación con el PAG, la distinción normativa entre un escenario público y un escenario privado es siempre *contingente* y, en el caso del PAG, se reduce entonces a la previsión de normas que específicamente (y dependiendo el caso) regulan los procesos, los mecanismos, los sujetos y los incentivos para el actuar procesal dirigidos a tutelar siempre DS<sup>102</sup>. De esta forma, no es en función de la situación de ventaja objeto de tutela, sino en función de la adscripción *contingente* a determinados sujetos de la legitimación para actuar y la especificación de los respectivos procedimientos para hacerlo que se explica la distinción<sup>103</sup>; no es en función de una indiscutible, ontológica y atemporal relevancia de un específico objeto de tutela, sino en función de específicas pero *contingentes* elecciones de política del derecho que

---

fotografía-) su contenido, su justificación, se especifica en un momento determinado en razón de determinados criterios ético-normativos variables.

<sup>101</sup> Ver numeral 3 de este capítulo.

<sup>102</sup> En efecto, respecto de los sujetos legitimados para actuar por vía de acciones procesales para la tutela de los DSH, ninguna de estas previsiones normativas sobre el tipo de acción o, por ejemplo, sobre la regulación específica en relación con la aceptación de la demanda, o sobre el pago de los honorarios o incentivos, o la especificación del “querer” del actor legitimado para actuar, resultan relevante para efectos de la definición de PAG y, entonces, no fija ulteriores distinciones, salvo que se trate de un sujeto que hace parte del organigrama estatal frente a aquellos que no hacen parte.

<sup>103</sup> Por vía de las PAG *actions* siempre se tutelan (o se busca tutelar) DSH. Los IDC, los DC, el interés general, siempre denotan DSH (más allá del hecho que normativamente y por vía doctrinal y jurisprudencial se pretenda justificar una prioridad axiológica de determinados DS sobre otros argumentando una distinción “conceptual” entre las diferentes situaciones de ventaja objeto de tutela) y, en tal medida, por vía de la (supuesta) dicotomía público/privado no se puede especificar una distinción conceptual entre el PAG y cualquier otro actor procesal legitimado para actuar para la tutela de DSH en cuanto el objeto de tutela siempre es el mismo.

“resuelven” *a priori* el conflicto entre los diferentes DS que se explica la distinción<sup>104</sup>; no es, en fin, en función de la premisa de un actuar altruista y desinteresado del sujeto actor, sino en función de la regulación, o no, *contingente* de los incentivos del actor procesal, que se explica la distinción<sup>105</sup>.

Así, en la contingente atribución de legitimación para actuar (a un sujeto perteneciente al organigrama estatal, o no), en la contingente elección de priorización de determinados DS (acompañados del sintagma ‘interés general’, o ‘interés público’, etc.), en la contingente regulación (en forma restrictiva o expansiva) de los incentivos a favor del actor legitimado que acciona con el fin de proveer tutela a dichos DS, se puede desentrañar, en relación con los DS objeto de tutela, alguna de las siguientes dos categorías de DS que la doctrina podría considerar (y ha considerado) como pertenecientes al así llamado ‘escenario público’ con base en tres criterios normativos, pero que evidentemente, y también a nivel normativo, se revelan también como objeto de tutela de las acciones civiles propias de llamado ‘escenario privado’, evidenciando precisamente así la fungibilidad en el uso de la locución PAG, su amplitud denotativa y, en fin, como precisaré al final de este capítulo, su (in)utilidad práctica:

(i) La mayoría de las veces (pero no siempre) se trata de elecciones normativas dirigidas a tutelar DSH al disfrute de un bien que se considera idóneo para el bienestar de los sujetos individuales pero que, dadas las características del bien (bien público), su producción presenta el problema ya enunciado del *free-riding*, es decir, bienes cuyo disfrute se puede verificar sin la necesidad de producción, sin la necesidad de asumir los costos de producción. En efecto, puesto que el *free-rider* es quien, dadas las características del bien, considera que no es una elección económicamente favorable producirlo en cuanto su producción portará beneficios a otros sujetos que no asumirían los costos de producción, el titular del DS renuncia a proveer a la producción, en la

---

<sup>104</sup> Sobre el carácter eminentemente normativo de las nociones de interés general ver numeral 3 de este capítulo.

<sup>105</sup> La distinción entre el *bueno* y el *malo* PAG es una distinción de orden ético-normativo irrelevante desde un punto de vista definitorio. Ver pie de página 20 y 76 de este capítulo y numeral 9 del capítulo primero.

espera que otros lo produzcan para poder disfrutar de dicho bien sin necesidad de asumir los costos<sup>106</sup>.

(ii) En otras ocasiones, se trata de elecciones normativas dirigidas a tutelar el disfrute de un bien no-colectivo, pero considerado relevante (según el juicio evidentemente valorativo del hacedor de leyes y, entonces, según específicas políticas públicas) por parte del ordenamiento jurídico para el bienestar del titular de la expectativa individual fundada sobre normas<sup>107</sup>, cuando dicho titular del DS, (a) o no se encuentra en las condiciones socio-económicas para procurarse el disfrute (es decir, por ejemplo, los llamados derecho sociales o, incluso –dependiendo el contexto– tradicionales DS como el derecho a la vida o a la igualdad o incluso derechos

---

<sup>106</sup> Al respecto ver numeral 10 del primer capítulo. Un ejemplo típico son las acciones para la tutela de ambiente sano. En estas acciones, por ejemplo la *Water Pollution Control Act*, 33 U.S.C.1365, el PAG acciona sobre la idea de la tutela del interés general. Sin embargo, la realidad teórica refleja, como ya he precisado, que el derecho al ambiente sano es un DS con objeto un bien colectivo; un bien colectivo (el ambiente sano) cuyo disfrute (hipotéticamente) se puede verificar sin necesidad de invertir recursos en su producción a la espera de que otros lo hagan y así, disfrutarlo sin asumir los costos. Bajo esta perspectiva, se establecen (normativamente) incentivos a favor de un sujeto legitimado para actuar para la tutela de dichos DSH, que son presentados, junto a los DS estrictamente individuales conectados con el bien ambiente sano, como situaciones de ventaja no individuales sino como situaciones de ventaja de interés general y como situaciones de ventaja objeto de políticas públicas cuyo *enforcement* es requerido con vehemencia y donde la *disuasión* de los futuros atentados a dichos DSH es buscada con énfasis. El mismo mecanismo se verifica, por ejemplo, en el caso de la *Federal False Claims Act* (FCA), 31 U.S.C. 3729-3733 donde la protección al erario público constituye un BC sujeto, entonces (en cuanto no se trata de un bien participativo) al fenómeno del *free rider*. Y, vega la pena señalarlo, en el caso de la CA la tutela de DSHBC es viable aún cuando, a diferencia de las otras dos acciones, se deba verificar la (al menos potencial) identificación de los sujetos titulares de los DS insatisfechos (una más precisa identificación del *case-or-controversy* del art. III de la constitución estadounidense) sobre todo con posterioridad a fallos como *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S., 95 (1983), o *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S., 55 (1992).

Es necesario señalar, aún cuando no es objeto específico de este trabajo, que no son pocos los estudios doctrinales y las manifestaciones normativas que consideran que los derechos subjetivos relativos al derecho de *antitrust* y de los *Securities* son DSHBC, es decir, que son el derecho a un bien que no admite exclusión en su disfrute y rivalidad en su consumo. Sin embargo esta apreciación conceptualmente es incorrecta, o no lo es más que decir que el derecho de propiedad es un DSHBC. Sin embargo, bajo esta premisa, se desarrollan los discursos normativos que justifican la legitimación del PAG en las acciones para la tutela de los DSH en dichos escenarios normativos.

<sup>107</sup> Me refiero entonces a DSH con objeto el disfrute de un bien no-colectivo.

patrimoniales)<sup>108</sup> (b) o, aún cuando podría producirlo, dicha producción económicamente resulta más costosa que los beneficios de su disfrute (es el caso, por ejemplo, de las así llamadas ‘*small claims*’ o de pretensiones que no son pequeñas pero que de todas formas presentan un valor negativo en cuanto su ejercicio supera en costos los beneficios de un fallo favorable)<sup>109</sup>.

En ambas categorías -que vale la pena señalar desde ya, corresponden, entre otros, al objeto de tutela de toda acción grupal, desvirtuando así, tanto una distinción viable en términos de público/privado, como (por ende) una distinción o una restricción en términos excluyentes entre las acciones civiles privadas y las acciones civiles públicas en razón del objeto de tutela- el legislador provee a prescribir, con base en al menos tres criterios (inspirados, como señalaré más adelante en relación con la CA, en

---

<sup>108</sup> Un ejemplo típico es el caso de la segregación racial. El derecho subjetivo de x, y, z puede ser expresado en los siguientes términos: ‘x, y, z tiene la libertad y/o la pretensión y/o el poder y/o la inmunidad frente a E de no sufrir segregación racial. La decisión de la CA *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) (ver pie de página 19) es un ejemplo, cierto no el único (en cuanto lo mismo se predica de cualquier CA dados sus objetivos, su justificación, en razón de proveer, al menos, la satisfacción del (meta)derecho subjetivo de acción cuya garantía es considerada como una política pública en las actuales concepciones ético-normativas imperantes en Estados Unidos, y no sólo), donde se tiende a legitimar a un sujeto para que actúe a favor de la tutela de cada uno de dichos DSH de manera grupal.

<sup>109</sup> La tutela de las *small claims* (en razón de su valor negativo, es decir, que la búsqueda de su tutela por vía jurisdiccional y de forma individual resulta económicamente de mayor valor que que el resarcimiento por el incumplimiento de los deberes correlativos al DS en cuestión) ha sido el arma de batalla justificativa de la CA (no sólo a nivel estadounidense) y, entonces, de la justificación de la legitimación procesal del PAG. Sin embargo, como se verá en el próximo capítulo, de la relevancia dada a las *small claims* como justificación para la relectura de los principios procesales relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción, se pasa, ahora, a una disminución (casi extinción) de su relevancia argumentando la indiferencia presumible del actor procesal en razón del valor negativo de la pretensión, para augurar, sobre la base de la relevancia de la disuasión y de la prevención, la consideración de la *Class* como una entidad (ver principalmente pie de página 88 y 92 del capítulo cuarto y, obviamente, SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, cit., pp. 913-961 y ISSACHAROFF S., *Preclusion, Due Process, and The Right to Opt Out of Class Actions*, cit., pp. 1057-1082) y la negación del derecho de *opt-out* en las *mass torts class actions* (ver ROSEMBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, cit y, ver, entonces, pies de página 93-100). Bajo estas líneas doctrinales la justificación de la legitimación para actuar del PAG se verificaría en la CA por vía de una “pseudo-expropiación” de las situaciones de ventaja del individuo (las *small claims*) y una hiper-valoración de nociones como el ‘interés general’ o, en versión sectorial, de situaciones de ventaja equivalentes a los IDC (cuya titularidad, en este caso, correspondería a la *Class* en su “nueva calidad” de *entity*).

posiciones ético-normativas parcialmente diferentes, pero en general utilitaristas), normas que induzcan y/o restrinjan la producción y distribución del bien objeto del disfrute, abrazándolas con el manto de locuciones como ‘interés público’ o ‘interés general’, etc., pero que conceptualmente denotan siempre situaciones de ventaja individuales tuteladas por vía del ejercicio de una acción para la tutela de DSH. Los tres criterios son:

(a) La conciencia por parte del hacedor de leyes de la necesidad de políticas normativas que incentiven la producción y suministros de bienes aptos para la satisfacción de expectativas individuales dada la imposibilidad y/o la falta de posibilidades socio-económicas y/o la inconveniencia por falta incentivos para su producción y suministro en cabeza del titular del derecho;

(b) La regulación y facilitación/restricción normativa del efecto (como consecuencia inevitable del ejercicio de acciones grupales) disuasivo de las conductas que en un futuro puedan generar nuevamente el incumplimiento de los deberes correlativos a la categoría de DS objeto de tutela;

(c) La legitimación para actuar civilmente<sup>110</sup> a un sujeto que (i) o hace parte del organigrama estatal y cuyos incentivos en el escenario estadounidense no se reflejan en el valor o monto de los honorarios, sino que se concretan en: -la posibilidad de agrandar al electorado; -la posibilidad de agrandar a los jefes jerárquicamente superiores; -la eventualidad de ascender en la pirámide laboral, etc.; (ii) o no-hace parte de organigrama estatal y donde sus incentivos, si bien no necesariamente, se concretan en el monto variable de premios (o recompensas) relacionadas con el valor de las pretensiones y/o en los honorarios que recibe el abogado cuando actúa también, o no, como legitimado para actuar.

Pues bien, de esta forma la “distinción” privado-público en lo relacionado con el ‘PAG’ pierde su amplio y tajante valor diferenciante y se resuelve en la efectividad de móviles prioridades (siempre prescritas con base en criterios cuantitativos y cualitativos) entre DS en conflicto, mientras que, como criterio normativo relevante, se eleva la legitimación para actuar (norma expansiva), o no (norma restrictiva), de sujetos titulares, no-titulares, o quasi-no-titulares, de uno de los DSH objeto de tutela pero (al

---

<sup>110</sup> Debido al objeto de estudio y por razones metodológicas, pero sin restar importancia a la evidente conexión, dejo por fuera las referencias al derecho penal.

menos en el sistema normativo en cuestión) titulares de la expectativa abstracta (pero mejor, del (meta)derecho subjetivo) a la de efectividad de las disposiciones normativas y de la expectativa abstracta (pero mejor del (meta)derecho subjetivo) a la disuasión de las violaciones de los deberes correlativos a los DSH objeto de tutela.

En otros términos -dado que resulta difícil establecer el alcance (en términos de bienestar) de los efectos de la tutela de los DS o, en otras palabras, dado que (al menos en un análisis “petulante”<sup>111</sup> de los intereses relevantes para el ordenamiento) el disfrute de los bienes considerados relevantes para el bienestar del titular de una situación de expectativa fundada sobre normas puede ser extendido, incluso (y sobre todo en el caso de los derechos con contenido social) a gran parte de los miembros de una macrocolectividad, al menos cuando la prioridad de la tutela de dicha expectativa se presenta normativamente como expectativa de interés general- la calidad de PAG se verifica en razón de la legitimación para actuar en defensa de DSH que, no es otra cosa, que la legitimación para el ejercicio de acciones procesales grupales dentro de las cuales sobresale, precisamente, la CA<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Como ya precise (ver pies de página número 55 de este capítulo ) lo que he llamado “ejercicio petulante” se conecta con el hecho que todo ciudadano, todo individuo miembro de una sociedad, es titular del (meta)DS al cumplimiento de las normas y del (meta)DS a la disuasión de los potenciales incumplimientos de los deberes correlativos que, directa o indirectamente, favorecen el cumplimiento de los deberes correlativos a DS y, en estos términos, todo sujeto catalogado como PAG es siempre titular de uno de los DSH que pretende tutelar por vía de la PAG *action* (ver también numeral 5, particularmente pie de página 89).

<sup>112</sup> Atribuir a la CA la característica de PAG *action* se verifica, en este trabajo, por razones conceptuales: en efecto, si el PAG es un sujeto legitimado para actuar para la tutela de DSH y dado que la CA es una acción grupal edificada para legitimar a un sujeto (el *representative's plaintiff*) para que actúe en un proceso para garantizar la tutela de DSH, quien es titular, en principio (digo en principio porque las llamadas ‘headless CA’ es un ejemplo de CA sin que se verifique la titularidad de uno de los DSH objeto de tutela en cabeza del *representative's plaintiff*: ver, al respecto, GIUSSANI A. *Studi sulla “class action”*, cit., p. 177 ss.) de uno de dichos DSH, no cabe duda de que la CA es una PAG *action* dado que el actor procesal en la CA es un sujeto legitimado para actuar a favor de la tutela de DSH. Sin embargo, aquí preciso que una CA es una PAG *action* sólo para resaltar, precisamente, el carácter (in)necesario y contraproducente del empleo de la locución ‘PAG’ (ver numeral 8 de este capítulo).

Ahora bien, afirmar que la CA es una PAG *action* no significa asumir, o no asumir, que por vía de la CA se tutela el llamado ‘interés general’. En efecto, la similitudes conceptual no implica una similitudes de criterios justificativos y, aunque en ambos casos (CA y PAG *actions*) se tutelan DSH, es posible que en un momento histórico preciso en la cultura jurídica estadounidense determinados DSH tutelables por vía de la CA no sean considerados como ‘interés general’ (situación de todas



En efecto, dadas las premisas teóricas asumidas a lo largo de este trabajo, es decir, de una parte, la imposibilidad de esgrimir una consistencia conceptual de situaciones de ventaja que desborden el ámbito patrimonial de los sujetos individualmente considerados y, de otra parte, la relevancia conceptual de la distinción entre el (meta)derecho de acción y los (siempre) DSH objeto de tutela en las acciones grupales, resulta evidente como, incluso por vía de un llamado al sintagma ‘interés general’ (con el contenido aquí precisado), sólo por vía de una acción cuyos efectos de bienestar se extiendan, obviamente no a un ente abstracto y ontológicamente no justificable en un sistema normativo legal, sino a varios sujetos individualmente considerados, es posible identificar un sujeto, un PAG, que mediante el ejercicio del (meta)derecho de acción *pretenda* el cumplimiento de deberes patológicamente incumplidos (o eventualmente incumplibles pero que por vía de la disuasión se pretenden tutelar *ex ante*) correlativos con DS cuya tutela es considerada normativamente por el sistema legal como relevante (en sentidos comparativos, es decir, frente a otros) para el bienestar -en términos cualitativos y/o cuantitativos- de un gran número de sujetos.

Si el actor es, o no, también titular del DS objetivo de tutela resulta fácil establecerlo en algunos casos (casos fácil); pero en otros casos (casos difíciles) como por ejemplo en el caso de la tutela de DSHBC, como por ejemplo el ambiente sano, donde seguramente resultará difícil justificar que el PAG no es titular de uno de los DSHBC objeto de tutela. Sin embargo, este aspecto pierde relevancia en cuanto dicha eventualidad es saneada por vía del único criterio relevante a la hora de establecer, en estas circunstancias, si se trata de un PAG: que se trate de un sujeto que no hace parte del organigrama estatal que resulta legitimado normativamente para actuar (es decir, titular de una posición de *poder* en términos hohfeldianos) en nombre de otros, para la tutela de DSH, sea, o no, fácil establecer si es, o no, titular del derecho subjetivo en cuestión.

De esta forma el PAG coincidiría con el legitimado para actuar en las (vistas en sentido amplio) acciones grupales para la tutela de los DSH: sea que no se consideren

---

formas extraña tomando en cuenta que la *deterrence* es una de las funciones atribuidas a la CA y, al mismo tiempo, uno de los motivos principales para la justificación de la legitimación del PAG: de esta forma incluso sobre el plano justificativo difícilmente la tutela de DSH por vía de la CA podrían no ser considerada por parte de la doctrina como de interés general –piénsese en las *Securities CA* o en las *antitrust CA* consideradas, dadas las premisas sobre la idea del mercado como objeto de derecho- como de ‘public interest’: ver pies de página 57, 79, 85, 94 y 162 de este capítulo). Sobre este aspecto ver en profundidad el capítulo cuarto.

expresamente como tales por parte del legislador, pero que se trata de acciones procesales donde la legitimación del actor procesal opera (se justifica) por vía del empleo de la locución ‘interés general’ que, como ya precisé, denota siempre DSH, sea que se consideren así por parte del legislador y mediante una *relajación* de los criterios tradicionales sobre la legitimación para actuar con base en criterios utilitaristas<sup>113</sup> dirigidos a garantizar el acceso a la justicia y la economía procesal, sin que entre en consideración una reflexión sobre la (supuesta) configuración de las situaciones de ventaja objeto de tutela como situaciones de ventaja conectadas o representativas de un así llamado ‘interés general’ (piénsese, por ejemplo, en el caso típico de la CA).

Así, se hace evidente la amplitud del escenario normativo que puede ser encuadrado en el ámbito de las PAG *actions* pero, sobre todo, se entiende el porqué de la necesidad de tomar en consideración en la observación de los *criterios justificativos* de dichas acciones (y de la legitimación para actuar) los diferentes grados de intensidad de, al menos, dos factores: (i) la facilidad para determinar si el sujeto legitimado para actuar es, o no, titular de uno de los DSH objeto de tutela y (ii) la relevancia otorgada al interior de la cultura jurídica a la tutela de determinados DSH que puede considerarse (prescriptivamente) que satisface en mayor, o menor, medida el contenido prefigurado y abrazado por la locución ‘interés general’ y, entonces, la necesidad de proveer a su tutela incluso cuando no se ha verificado, pero se puede verificar, el incumplimiento de los deberes correlativos, todo en razón de las dos justificaciones normativas antes precisadas (pretender el *enforcement* de normas-derechos insatisfechos e incentivar la inevitable consecuencia disuasiva de las acciones civiles) en relación con las categorías de DSH antes precisadas (aquellos cuya satisfacción, es decir, producción y disfrute del bien objeto del derecho presentan el problema del *free riding*; aquellos respecto de los cuales el titular del derecho no cuenta con los recursos para adelantar la acción pero que, si ejercitada de manera conjunta, puede aplacar los costos y aquellos cuyas pretensiones para su garantía y tutela resultan ser ‘pretensiones de valor negativo’, es decir, pretensiones económicamente no viables en cuanto *small claims* o, en cuanto, aunque no se trate de *small claims*, económicamente irracional su ejercicio porque los

---

<sup>113</sup> Sobre la preponderancia de una visión ético-normativa utilitarista para la justificación en la cultura jurídica estadounidense de la CA ver el próximo capítulo.

costos del proceso superarían las ventajas de un fallo favorable si adelantado de forma individual).

## 6. LAS CONCEPCIONES DE PAG: UN DISCURSO DOCTRINAL SOBRE LOS USOS DE LA LOCUCIÓN PAG. HACIA EL (IN)NECESARIO EMPLEO DE UNA LOCUCIÓN

No pocos han sido los esfuerzos<sup>114</sup> por especificar el concepto de PAG que, por cierto, no coinciden con la definición aquí formulada. En dichas especificaciones, sin embargo, llama la atención, como ya ha sido precisado, un aspecto: el constante reenvío, tanto a la distinción o dicotomía público/privado (incluso en sentido crítico,

---

<sup>114</sup> Talvez el esfuerzo por definir el PAG responde, como en su momento precisaron GARTH B., NAGEL I., PLAGER S., *The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action litigation*, en *Southern California Law Review*, 61, 1987-1988, p. 253, a que «[c]onceptually, the idea enjoys bipartisan support, but for widely different reasons. Liberals promote the private attorney general, in part, as an antidote to what they view as a conservative administration's reluctance to aggressively enforce various regulatory laws. Conservatives find virtue in the private attorney general concept because of its function in "privateizing" law enforcement pursuant to ideals of economic efficiency». En el mismo sentido, pero con un alcance más amplio en cuanto una de las causas del *Adversarial legalism* ver KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, cit, pp. 106-107 quien precisa el porqué, no obstante el cambio de gobierno (de democrático a republicano) no se bloquea durante la década de los años 80 y 90 la consolidación de la posibilidad para los privados de impugnar las decisiones (activas o omisivas) de la administración (también por vía del 'PAG'): «Mentre il *public interest movement* liberale diffidava delle agenzie federali istituite negli anni '60 e '70 per paura che tradissero l'obiettivo delle riforme, i conservatori temevano che i burocrati potessero essere troppo zelanti e ostili verso il mondo degli affari e la crescita economica. Quindi i repubblicani si battevano anche per ottenere previsioni legislative che limitassero la discrezionalità amministrativa e l'assoggettassero ad un controllo di legittimità. [...] i repubblicani contribuivano a redigere schemi di regolazione che, per il conseguimento di finalità collettive, richiedevano non che venisse speso denaro pubblico, ma che soggetti privati instaurassero processi. Ad esempio, la riluttanza dei senatori conservatori a sostenere finanziariamente una burocrazia federale induceva i liberali che sponsorizzavano l'adozione del *Truth in Lending Act* del 1968 a prevedere un sistema di attuazione delle legge basato essenzialmente sulle azioni giudiziarie intraprese dai privati contro chi concedeva prestiti [...] Analogamente, nel 1991, mentre la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), a causa della scarsità di personale, faticava a smaltire il crescente arretrato, il presidente repubblicano George Bush (come pure il Congresso a maggioranza democratica) pensava di risolvere il problema non rafforzando la EEOC, ma incoraggiando i privati a proporre più cause per ottenere l'applicazione delle leggi contro le discriminazioni sul lavoro».

pero sin negar de forma radical su consistencia), como, y en consecuencia de lo anterior, a la dicotomía interés general (o público)/interés particular (o privado).

Pues bien, como a esta altura del trabajo puede ser constatado, ambas dicotomías en mi sentir, no son criterios distintivos y definatorios del PAG. En efecto, la primera dicotomía carece de consistencia conceptual en un escenario normativo legal y la segunda, precisamente a raíz de la inconsistencia apenas señalada -además de referirse a la justificación de la legitimación para actuar (la justificación del *poder* de acción) y no al concepto de PAG-, cuando empleada en el lenguaje jurídico, denota (no situaciones de ventaja diferentes de los DS, sino) siempre un conjunto de situaciones de expectativa fundadas sobre normas correspondientes con al menos una de las posiciones normativas hohfeldianas, en otras palabras, DS.

Por cierto, esta tendencia a definir el PAG sobre el rastro de ambas dicotomías, dando una (supra)relevancia, a fin de cuentas, a una específica concepción de interés general (o interés público) que consolida la idea de situaciones de ventaja fuera de la órbita del sujeto individual e, incluso, en cabeza del estado como detentador de derechos y no, exclusivamente, de deberes, influencia, además, (al menos el discurso doctrinal sobre) la CA en la cultura estadounidense, particularmente, la manera de entender la legitimación para actuar y la relevancia dada a ciertos factores como aquellos relativos a las lecturas mayoritarias del art. III de la constitución. En efecto, en el discurso *justificativo* de aquellas acciones procesales (incluida la -o algunas formas de- CA, al menos según parte de la doctrina) donde se legitima al actor como protector del llamado ‘interés general’ objetivado y pseudo-expropiado del sujeto (e incluso adjudicado al estado), las exigencias para al consolidación de la jurisdicción federal según las voces interpretativas del art. III pierde (o potencialmente podría perder) relevancia (como sucede, en términos de equivalencia, en Italia con los discursos sobre la supuesta consistencia conceptual de los llamados ‘IDC’ –defendida sobre la base de la (supuesta) distinción entre situaciones de ventaja y sobre la base de la (faltante) no-distinción entre el (meta)derecho de acción y la situación de ventaja objeto de tutela- como situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad que permite obviar las exigencias del artículo 24 de la constitución<sup>115</sup>) consolidando (o pretendiendo

---

<sup>115</sup> Ver el texto que acompaña el pie de página 13 de este capítulo y el numeral 4, particularmente el pie de página 37, del capítulo segundo.

consolidar) una distinción entre acciones cuyo objeto, en realidad, siempre es la tutela de DSH. Se trata de una distinción que sin embargo, como se verá en el próximo capítulo, tiende a desvanecerse (pero no en el discurso doctrinal) a raíz de la prioridad dada por parte de la *Supreme Court* y parte de la doctrina a los requisitos del art. III en casi todos los escenarios exigiendo -incluso para los casos que se califica al PAG como un ‘ideological-plaintiff’ (o un ‘no-hohfeldian plaintiff’<sup>116</sup>) y se tiende a justificar su legitimación para actuar por vía de un llamado a la bondad (al altruismo) del actor- la verificación de un *case-or-controversy*, es decir, un *injury-in-fact* en cabeza del actor procesal<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Considero necesario precisar que el significado adscrito a la locución ‘no-hohfeldian plaintiff’ por parte de JAFFE L. *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological plaintiff*, cit. (cuyo artículo obtuvo cierta fama en Italia a raíz del artículo de CAPELLETTI M., GARTH B., *Access to Justice: The Newest wave in The Worldwide Movement to Make Rights Effective*, cit., y de ZANUTTIGH L., *Processo e tutela dell’ambiente nell’esperienza nordamericana*, cit. que lo citaron entusiastas, pie de página 106, p. 214 y p. 400 pie de página 16, respectivamente, con el objetivo de afirmar la posibilidad de legitimar a un actor en calidad de PAG, aún cuando no fuese titular de los DSH objeto de tutela, augurando la prescripción de acciones grupales en el escenario jurídico como mecanismo para garantizar el acceso a la justicia) no lo considero adecuado. En efecto, si bien las afirmaciones de Jaffe respecto al art. III de la constitución estadounidense desde un punto de vista doctrinal resultan muy convincentes, no resulta adecuado emplear a Hohfeld con el objetivo de (al menos) insinuar, en último análisis, que en su esquema no se verifica la posibilidad de distinguir entre el (meta)derecho de acción y la situación de ventaja objeto de tutela: se trata sin duda una lectura inapropiada de su esquema conceptual-analítico. Por el contrario, precisamente gracias a las distinciones de los ocho conceptos fundamentales (ver, sobre todo, numeral 2 y 13 del capítulo primero) es que es posible afirmar que un sujeto puede ser titular del derecho subjetivo de acción (correspondiente a una posición normativa hohfeldiana de poder) y no ser titular del derecho subjetivo objeto de tutela, sin que esto signifique la necesaria privación del empleo del lenguaje de los derechos y, tanto menos, la necesidad de generar “nuevas” situaciones de ventaja diferentes del DS. De todas formas, tomando en cuenta que el objetivo de Cappelletti, Garth y Zanuttigh era precisamente justificar la titularidad de situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad por vía de una exaltación del así (mal) llamado ‘no-hohfeldian plaintiff’ o ‘ideological plaintiff’ (que por cuanto se ha precisado a lo largo de este trabajo tranquilamente podría ser llamado ‘hohfeldian plaintiff’ si por tal se entiende un sujeto titular del derecho de acción pero no titular -en las raras situaciones en que es posible- de DS objeto de tutela; todo sin la necesidad de abordar razonamientos justificativos de los llamados ‘IDC’ sino, simplemente, y para efectos de la justificación normativa, argumentando la relajación de los principios-derechos relativos al (meta)derecho subjetivo de acción), seguramente el enfoque de estos autores, además de conceptualmente errado, es *no-hohfeldian*.

<sup>117</sup> Sobre este punto regresaré en el próximo capítulo. Por ahora ver, por ejemplo, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit. pp. 30-31, quien precisa que «[i]n a number of ways, our legal system has even asserted a preference for

A continuación presentaré brevemente una (influyente) lectura (doctrinal)<sup>118</sup>, ya comentada a lo largo de este capítulo, sobre los usos del sintagma ‘PAG’ para resaltar, sí sus virtudes explicativas, pero sobre todo para evidenciar como precisamente las dicotomías *público/privado* e *interés general/interés particular* han marcado profundamente las lecturas “conceptuales” sobre el PAG.

La razón de la huella de ambas dicotomía en los discursos sobre el PAG se explica (partiendo del análisis sociológico de Kagan sobre el *adversarial legalism*<sup>119</sup>) a raíz de la vieja consolidación en la cultura jurídica de un desconfianza en el actuar de un (potencial) estado burocrático centralizado y potente<sup>120</sup>; desconfianza que induce a la

the pursuit of private gain, rather than communitarianism or altruism. For example, Article III’s so-called “injury-in-fact” requirement is clearly premised on the notion that individual litigants may resort to the federal judicial system only when seeking to advance their interests. Would-be plaintiffs who are motivated exclusively by altruistic or ideological concerns may not, as a constitutional matter, invoke the federal judicial process. Un less the plaintiff has suffered some form of personal injury traceable to the defendant’s violation of law and remediable by judicial action, she constitutionally lacks the standing necessary to invoke the federal courts’ jurisdiction»; sin embargo, precisa el autor que «[i]t surely does not follow, however, that federal adjudication is incapable of advancing social, economic, or political interests that extend well beyond the personal interest of the individual litigant. It means, simply, that whatever impact federal adjudication may have on the public interest must come as an incident to the assertion and adjudication of narrower, personal interest». Ver, en este sentido, *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S., 95 (1983), o *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S., 55 (1992). Sobre la evolución de este fenómeno ver, además de la doctrina ya citada, TUSHNET M., *The sociology of Article III: A response to profesor Brilmayer*, en *Harvard Law Review*, 93, 1979-1980, pp. 1698-1726.

<sup>118</sup> RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, pp. 2129-2174.

<sup>119</sup> KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, *cit.* capítulo tercero («La costruzione politica dell’«adversarial legalism», pp. 79-119), donde el autor, en la medida que especifica la ideológica e inevitable auto-consolidación del *adversarial legalism* a raíz de cuatro principales causas (en pocas palabras: 1. La pretensión de «justicia total»; 2. El poder estatal fragmentado; 3. El poder económico fragmentado; 4. El carácter empresarial de los abogados), precisa como el PAG es el resultado precisamente del *adversarial legalism* o, mejor, de las causas del *adversarial legalism*, particularmente, pero no sólo, de la fragmentación del poder estatal.

<sup>120</sup> En efecto, para KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana, *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, *cit.*, capítulo segundo *passim.*, dentro del contexto (inevitable en la cultura jurídica estadounidense) del *adversarial legalism*, la explosión de la llamada *public litigation* y la proliferación de los PAG como “vehículo” idóneo para exigir el cumplimiento de las normas-derechos (conectadas doctrinariamente, digo yo, con el sintagma ‘interés general’), una realidad política-normativa se hace evidente: los discursos sobre la

“creencia” (correspondiente con la ideología del *adversarial legalism* en la cultura jurídica estadounidense) de que el “mejor” escenario para exigir el cumplimiento de las normas sobre derechos (es decir, la garantía del (meta)derecho subjetivo al *enforcement*, la garantía del (meta)derecho subjetivo a la disuasión de los potenciales incumplimientos de los deberes correlativos y, obviamente, la garantía del cumplimiento de los deberes correlativos a los derechos subjetivos) es la arena judicial. De esta manera se consolida el campo-de-juego-conflictual-procesal como el único, o al menos el más favorecido, escenario (potencialmente) idóneo, en la óptica de la cultura del *adversarial legalism*, para ventilar el inconformismo por la no-tutela de los DSH, previa consolidación, sin embargo, e “inevitablemente”<sup>121</sup>, de la idea de una (digo yo

---

legitimación para actuar del PAG, así como la explosión en el empleo de los abogados y su consecuente *toma de poder* de los escenarios judicial a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado, se explican sobre la base de una *desconfianza* por parte de la cultura jurídica (tanto conservadora como liberal) hacia el poder expansivo y potencialmente centralizado de la administración pública y como una manera reactiva de impulsar, mediante el empleo y el favorecimiento del *adversarial legalism*, la posibilidad de controlar, de malear, de determinar (el contenido y el *enforcement*) del derecho sustancial por parte de los ciudadanos y de un juez siempre activo, sin la necesidad de recurrir a la centralización del poder de la administración burocrática, sino conduciendo todo al (“rechazado” pero “amado” -como precisa MCCANN M., *How the Supreme Court Matters in American Politics*, en *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Perspectives*, GILAM H, CLAYTON C. (eds.), University Press of Kansas, Lawrence, 1999, p. 77 citado por KAGAN, p. 118: «anche i cittadini che sono contrari alle limitazioni e alle costruzioni giuridiche formúlate dalle corti devono, a loro volta, avanzare le proprie pretese nella forma di argomentazioni giuridiche accolte dalle corti», o como también precisa el mismo KAGAN, p. 79: «[...] negli Stati Uniti l'*adversarial legalism* non nasce da una propensione profondamente radicata ad agire in giudizio. Molti americani, forse la maggior parte, sono riluttanti ad andare in giudizio anche quando hanno buone ragioni per farlo, e spesso disprezzano chi lo fa. Piuttosto, l'*adversarial legalism* americano deriva da tradizioni politiche e strutture giuridiche che incentivano il ricorso alle armi legali di tipo *adversarial*»-) escenario de los estrados judiciales.

<sup>121</sup> Inevitable, pero sólo según una específica visión interpretativa que busca superar los obstáculos existentes en relación con la legitimación para actuar y en relación con los requisitos del art. III de la constitución estadounidense impuestos, a su vez, e igualmente, a raíz del mismo *adversarial legalism* que permea (irreparablemente: KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, cit., p. 118, «le cause fondamentali dell'*adversarial legalism* [...] restano immutate e sono forse immutabili.») toda la cultura jurídica estadounidense (pero cuyos fundamentos ideológico-normativos, como precisaré en el próximo capítulo, paradójicamente se erigen, a los ojos sólo de algunos -ver REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit., pp. 188 ss.-, como la potencial crítica más profunda a la propia estructura procesal que el mismo *adversarial legalism* ha generado).

inexistente) distinción entre acciones procesales en razón, y a raíz, de una (digo yo inexistente) distinción entre situaciones de ventaja y una (digo yo irrelevante) distinción entre escenario público y escenario privado, sin embargo “necesarias” para la doctrina en cuanto, se podría decir que, en la óptica de la cultura jurídica estadounidense, en la *public litigation* el individuo “se *colorea* de administración pública” y, entonces, su actuar desborda su propia órbita.

## 7. (SIGUE) NOTAS SOBRE LA TAXONOMÍA ELABORADA POR RUBENSTEIN

En un influyente trabajo relativamente reciente Rubenstein elabora un “concepto” de PAG que se construye mediante una comparación funcional con el AG<sup>122</sup>, sobre la base de una interdependencia entre el escenario público y el escenario privado<sup>123</sup> y

---

<sup>122</sup> En efecto, como se verá más adelante, para RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters, cit., passim*, las clasificaciones del PAG suponen el despliegue por parte de dicho sujeto, y en diferentes grados (PAG como sustitución, o como suplementario, o como simulado), de las funciones del AG. Desde ya preciso que dicha definición presenta dos errores conceptuales: (i) se construye sobre la base de la justificación (el para qué) del PAG y (ii) se trata de una “definición” que se construye sobre la base de la “definición” de otro sujeto (el AG) que a su vez se construye sobre la base de su propia justificación.

<sup>123</sup> El autor, al igual que tantos otros, parte de la premisa de una “crisis” de la distinción entre dichos ámbitos pero, sin embargo, no la abandona: RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters, cit.*, p. 2137: «My claim that the private attorney general mixes aspects of public and private lawyering rests upon an assumption that there are, at least, these two pure forms of lawyering». Y, más allá de esta afirmación que el mismo autor relativiza, lo cierto es que su trabajo supone una relajación de los criterios distintivos entre público y privado “capturando” los matices pero manteniendo la premisa no tanto de la justificación de la distinción, sino de la necesidad de su empleo para explicar el concepto de PAG.

Sobre la imposibilidad por parte de la doctrina de eliminar el uso de la distinción privado/público no obstante su evidente carga ideológica y su ya declarado declino ver KENNEDY D., *The stages of the decline of the public/private distinction*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1981-1982, pp. 1349-1357 quien en seis etapas (1. *Hard Cases with Large Stakes*, 2. *The Development of Intermediate Terms*; 3. *Collapse*; 4. *Continuumization*; 5. *Stereotypification*; 6. *Loopification*) presenta, no sólo el declino de la distinción, sino sobre todo la imposibilidad por parte de la cultura jurídica de liberarse del uso de la distinción («I suggest that there is an invariant sequence of six stages in a distinction’s passage from robust good health to utter decrepitude. I will use the public/private distinction to illustrate each stage» (p. 1350). En efecto, respecto de esta dicotomía, Kennedy precisa, con referencia a la cuarta etapa, que «[t]he distinction is dead, but it rules us from the grave» (p. 1353).



asumiendo que cuando se habla de PAG se está haciendo referencia directamente al abogado y no exclusivamente al sujeto legitimado para actuar<sup>124</sup>.

Se trata de una clasificación de los usos de la locución en examen que, en primera instancia, parte de una crítica a las tradicionales clasificaciones que se han construido sobre la base de tres criterios específicos que determinarían, si se verifican contemporáneamente, la identificación (dependiendo el caso) del PAG o, en cambio, la identificación del AG.

Así, según dichos criterios tradicionales, (en atención al *cliente*<sup>125</sup>, a los *incentivos*<sup>126</sup> y a los *objetivos*<sup>127</sup>) se estaría en presencia del PAG cuando: (i) el *cliente* es un sujeto

---

<sup>124</sup> Sobre este fenómeno ver numeral 4 de este capítulo.

<sup>125</sup> RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, cit., p. 2138 afirma que en principio «[t]he simplest distinction between the public and the private lawyer is that the former represents the government and the latter represents some nongovernmental actor».

<sup>126</sup> RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, cit., p. 2139 afirma que en principio «Private attorney's work for individual clients and those clients pay them for this services. Their pay may take the form of a flat fee, an hourly wage, or of a cut of the proceeds of law suit, but regardless of its nature, its source will be the client's purse. By contrast, public attorneys work for the public and are paid a salary to do so. The amount of time they invest in an issue, the amount of sanction they recover, or the amount of harm they deter, has no bearing on their fee».

En relación con la relevancia doctrinal del fenómeno de los honorarios de PAG como criterio "definitorio" (ver pies de página 27, 28, 31 y 95 de este capítulo), dejando claro una vez más que se trata de enfoques doctrinales (y no conceptuales) y que toman en consideración un problema muy importante de política del derecho pero que no sirven para definir el (ni diferenciar entre diferentes tipos de) PAG, llama la atención la ya famosa, consolidada y tanto comentada (basta señalar, además del artículo de RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, cit., por ejemplo el famoso artículo de MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, cit., o recientemente, GILLES M., FRIEDMAN G., *Exploding the Class Action agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, cit., o, en un parcial sentido crítico, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit.) propuesta de COFFEE J., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit., pp. 215-288 (re-propuesta en otros de sus trabajos, como por ejemplo, ID., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private enforcement of Law through Class and Derivate Actions*, cit.; o ID., *The regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, cit.; recientemente revalorada por el autor con críticas normativas más favorables en, por ejemplo, ID., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, cit.) quien distinguió los tipos de PAG con referencia particular a la CA entre el *ideological plaintiffs' attorney* y el *fees-driven plaintiffs' attorney*, con base en un importante criterio diferenciante, es decir, los incentivos para los abogados quienes, como ya he establecido (ver numeral 4 de este capítulo), tradicionalmente

gobiernan la estrategia (y corren los riesgos) del proceso y que, entonces, actúan (muchas veces) en calidad de *entrepreneurial* PAG.

En efecto, en relación con el rol de los abogados en escenario del PAG, Coffee precisa que si bien tradicionalmente se sabe que el PAG es «who sue to “vindicate the public interest” by representing collectively those who individually could not afford the costs of litigation» (COFFEE J., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, *cit.*, p. 216) lo cierto es que se trata de un objetivo que «depends on some method of financing the private attorney general»: así, resulta claro como para el autor, y en razón de la función (“pública”) atribuida a su actuar, el PAG es el abogado del proceso y la fijación de sus honorarios, así como las consecuencias de los criterios para esta fijación, sería el criterio diferenciante y explicativo (ID. p.210, pie página 1), por ejemplo en el caso de la CA, de la distancia que se verifica entre esa premisa (o objetivo) abstracto prefigurado normativamente al PAG y «the corrent reality that it produced» (ID. p.218).

Coffee identifica ciertos problemas con casi exclusiva referencia al PAG-empresario, dedicado principalmente a procesos con alcance económico importante («private antitrust class actions, securities class actions, shareholder derivative actions, and mass tort and product liability cases») y no a PAG-ideológico, financiados normalmente, según el autor, por fundaciones o donaciones y que sufre un control más estricto por parte de los grupos que ellos representan -sin descartar, claro está, la posibilidad de conflictos de interés y la verificación de incentivos, talvez no económicos, que interesen al abogado- (se ocuparían, en efecto, de «civil rights, environmental law, and poverty law»); sin excluir, sin embargo, por ejemplo en el caso del ambiente y de la discriminación laboral, que el *entrepreneurial*-PAG termine por ocuparse, en cuanto campos eventualmente proficuos, del los escenarios que por tradición gobierna el *ideological*-PAG (ID. p. 235-236).

En pocas palabras, los problemas que Coffee identifica se restringen en su taxonomía, no tanto al fenómeno del PAG como tal, sino que en realidad se refiere a un problema (de matriz normativa) que, por cierto, desde entonces, y aún ahora, preocupa a la cultura jurídica estadounidense en relación con las acciones grupales: la distancia (y conflictos) entre el cliente y el abogado, así como la distancia (y conflictos) entre los titulares de los DSH objeto de tutela y su “representante”, que se verifica principalmente (pero no sólo) en el caso de la CA y que, sin duda, no guarda tanta relación con la (falsa) naturaleza público-privada de los DSH objeto de tutela, sino que atañe principalmente problemas de índole procesal relativos a los efectos colaterales de la estructura y complejidad del mecanismo procesal que han amplificado y dado centralidad al debate sobre la representación adecuada de los miembros ausentes. Problemas e inquietudes que (como premonición) identifica (no sólo) Coffee y que han ocupado desde entonces y hasta la fecha muchas de las discusiones y motivaciones normativas alrededor de la preocupación que Coffee resalta con gran sentido explicativo cuando señala -si bien con referencia al primero de los tres modelos normativos complementarios (los tres modelos son: «Setting the Private Attorney General to Watch the Private Attorney General»; «Structural Redesign-Preventing Collusion Trough Institutional Adjustments»; «Creating A Property Right») que propone para rehabilitar lo que él llama «“the concept of private attorney general”»- que : «“Who will guard the guardian” is an ancient problema, which applies with special force to the guardian who motivated by profit» (ID. p. 263).

<sup>127</sup> RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2140 afirma que en principio «[t]he most beguiling aspect of characterizing lawyers as public or private in nature comes in relation to the type of work each tends to do. The conventional story is that

*no-gubernamental*, (ii) los *incentivos* son cuantificados en *honorarios* y (iii) el *objetivo* es la *reparación*; mientras que se estaría en presencia del AG cuando (i) el *cliente* es el *gobierno*, (ii) los *incentivos* son cuantificados en *salario* y (iii) el *objetivo* es la *disuasión*.

Sin embargo, Rubenstein considera que dichos criterios no son explicativos de la realidad normativa del ordenamiento jurídico estadounidense sobre el PAG o, en otras palabras, el alcance denotativo de un concepto elaborado sobre la base de estos criterios no refleja los usos del término en la cultura jurídica estadounidense puesto que todos estos criterios distintivos presentan excepciones que no determinan, sin embargo, un cambio en la calidad del respectivo sujeto (sea PAG o AG)<sup>128</sup>.

Partiendo de estas críticas a los criterios tradicionales, el autor navega<sup>129</sup>, para especificar el concepto de PAG, entre las diferentes posibles texturas

compensation is a private goal and deterrence a public one: private attorneys pursue compensation for individual clients arising out of past injuries [...] while public attorneys aim to deter future bad behavior».

<sup>128</sup> Precisamente sobre la base de las excepciones a estos criterios el autor elabora su taxonomía sobre el PAG. Lo cierto es que su “re-conceptualización” del PAG («As I am reconceptualizing the terrain here, they instead provide the endpoints of the spectrum of public and private mixes», RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2142) es la clasificación de las excepciones normativas a estos criterios tomando en consideración el grado de cercanía, o lejanía, de cuanto se considera sean los extremos de una dicotomía siempre presente: la dicotomía entre escenario privado y escenario público.

<sup>129</sup> Esta elección metodológica según la cual, al tiempo que se reconoce la consistencia conceptual de la distinción entre privado y público, se opta por formular situaciones intermedias que termina por dejar privo de contenido las originales definiciones, puede ser conectada con la segunda etapa propuesta por Kennedy en su descripción del proceso del declino de la misma distinción (ver pie de página 123): la etapa identificada como «The development of Intermediate Terms» respecto de la cual el autor especifica que es importante por dos razones: «First, it probably represents the emergence of serious conflict about how to characterize a large number of hard cases with large stakes, as well as a sense on the part of the deciding people that they can’t just come down cleanly on one side or the other. Consensus about categorization begins to break down. Second, it probably means that it is becoming more difficult to decide what difference it makes how we categorize a situation. The intermediate entity gets treated “as though” It were public for some purposes, and “as though” it were private for other purposes. This means not only that the institution in question “falls on the line” but also that the responses that used to follow, à la Pavlov, when I said public or you said private, begin to lose their all-or-nothing, set-like quality»: KENNEDY D., *The stages of the decline of the public/private distinction*, *cit.*, p. 1351.

(combinaciones)<sup>130</sup> entre las características tradicionalmente adscritas al AG (particularmente la función de tutelar del llamado ‘interés general’ especificándolo, como ya precisé, en el objetivo de dar *enforcement* a las normas-derechos y generar la disuasión<sup>131</sup>, teniendo siempre presente la dicotomía privado/público<sup>132</sup>) dando prioridad precisamente a cuanto se considera sea el concepto de este último<sup>133</sup>, obviando

---

<sup>130</sup> «There are not just two pure forms—the private attorney on the one hand and the government attorney on the other— but rather an array of mixes of the public and private», RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2132.

<sup>131</sup> Ver numeral 5 y pies de página número 89 de este capítulo.

<sup>132</sup> EL PAG «is a placeholder for any person who mixes private and public features in the adjudicative arena», RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2131.

<sup>133</sup> Sobre el concepto de PAG como consecuencia de su (relativa) asimilación con el AG, talvez la afirmación más adecuada, al menos en razón de los objetivos de este capítulo, la expresó Hazard cuando reconoce las virtudes de la asimilación el PAG al *Class Counsel* en cuanto refleja que este último no es un tradicional *counsel*, pero niega sus virtudes en sentido afirmativo al punto que afirma que «as an affirmative proposition, the concept of private attorney general is not only unhelpful, is is also misleading», en HAZARD, G., *Modeling Class Counsel*, en *cit.*, p. 1403. Esta afirmación el autor la justifica con base en cuatro razones: (i) «there is no general proposition, estándar, or uniform concept of public attorney general [...] there simply is no uniform affirmative conception of the role of attorney general. The term therefore provides very little guidance in analogizin the role of class counsel» (pp. 1403-1404); (ii) «the role of the attorney general is “public” [el uso de las comillas evidencia, de todas formas, la relatividad del término], and is legally defined in every state, even if variously defined. As a public official [esta locución recuerda entonces la que aquí considero una de las dos características definitorias del AG, es decir, su pertenencia al organigrama gubernamental] whether elected or appointed, the AG is subject to political constraints, ultimately constitutional restraints, that are absent in relationships between lawyers and private clients» (p. 1404); (iii) «there is a little authority or professional lore on the responsibilities of a public attorney general with regard to charitable trusts [...] that kind of procedure provides little guidance for regulating class suits seeking damages» (p. 1405); (iv) «the public attorney general usually does not work on a contingent fee basis, but instead proceeds through staff counsel or by retaining an outside law firm on an hourly rate or other noncontingent basis» (p. 1405). De esta forma el autor concluye precisando que «the analogy is question-begging».

Ahora bien, la crítica formulada por Hazard respecto a esta posible homologación entre *Class counsel* y PAG y, en general, respecto a la profunda distancia entre el PAG y el AG, se hace sobre la base de criterios contingentes de la definición, salvo la tercera razón. Lo importante para efectos de este trabajo es que no considero que el PAG sea diferente de ningún sujeto legitimado para actuar para la tutela de DSH y, en tal medida, no es necesario siquiera rechazar la homologación. Mi pretensión es aún más radical: el empleo de la locución PAG es innecesario y genera equivocaciones y fracturas (conceptualmente erradas a raíz de la carga adjudicada a la llamada ‘tutela del interés general’) entre las acciones para la tutela grupal de los DSH. Bajo esta perspectiva resulta innecesaria el mismo hecho del ejercicio homologatorio.

(no radicalmente) la dificultad de precisar dicho concepto<sup>134</sup> y definiendo ambas locuciones en razón de su justificación normativa.

Sobre la base de estas texturas y combinaciones entre los diferentes criterios Rubenstein elabora una tri-partición de tipos (o modelos) de PAG: (i) PAG como *sustituto* del AG; (ii) PAG como *suplementario* del AG; (iii) PAG como *simulador* del AG.

Como premisa *ideológica* para la explicación de los tres modelos de PAG *actions* es necesario hacer énfasis en la relevancia que el autor da a la locución ‘public interest’ (‘interés general’) adjudicándole a la misma un carácter definitorio (y no justificativo).

Así, en el primer modelo, el PAG como *sustituto* del AG, el primero cumple las funciones atribuidas al AG en cuanto contratado por el gobierno para desplegar la función que (por norma) le correspondería al AG<sup>135</sup>: en otras palabras, y siguiendo la definición aquí presentada, el PAG adquiriría tal condición en la medida en que sin pertenecer al organigrama estatal y por vía de contrato (que incluso puede comportar el pago de honorarios en la forma prevista para los abogados en los procesos entre particulares<sup>136</sup>) adquiere la legitimación para actuar por la defensa de DSH<sup>137</sup>.

En fin, también se verifican críticas de índole más doctrinal (normativas) sobre la inconveniencia de las concepciones del PAG que se construyen sobre la base del concepto de AG. Se trata de críticas que normativamente presentan una clara posición normativa contraria al actuar del PAG en algunas acciones resaltando su actuación de *free rider* de las investigaciones del gobierno (*coattail lawsuits*: ver pies de página 22, 30, 95 y 140) y que hacen énfasis en las profundas diferencias entre (lo que se considera sea) el AG y (lo que se considera sea) el AG: por ejemplo ver: BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, *cit.*, *passim*.

<sup>134</sup> Como ya he precisado varias veces, el concepto de PAG (al menos en el escenario del proceso civil) puede ser expresado (si se quiere evitar tanto la errada referencia a la justificación normativa (al para qué) del AG y si se quiere evitar el “viaje tortuoso” en la amplia y difuminada distinción entre privado y público y la distinción entre “bueno” y “malo” PAG) como un sujeto que hace parte del organigrama estatal legitimado para actuar para la tutela de DSH (ver numeral 2 de este capítulo).

<sup>135</sup> RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, *cit.*, p.2143. «In these instances, public officials privatize their functions, hiring private attorneys to perform as attorneys general, thereby creating, in essence, private attorney general».

<sup>136</sup> Ver ERICHSON M., *Private Lawyers, Public Lawsuits: Plaintiffs’ Attorneys in Municipal Gun Litigation*, en *Suing the Gun Industry. A Battle at the Crossroads of Gun Control & Mass Torts*, LYTTON T. (ed.), University of Michigan Press, Ann Harbor, 2006; ID., *Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tabacco, and The Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*, en *U. C. David Law Review*, 34, 2000, pp 17-18, 35-40, donde el autor precisa como en el caso de las tabacaleras, el estado, para efecto de los procesos que involucraron la petición de

Otra forma de sustitución se verifica en la ya mencionada *qui tam action*<sup>138</sup> en las que el PAG adelanta una acción en nombre del gobierno pero no porque fue contratado por este último, sino por iniciativa propia<sup>139</sup> y cuando, además, el gobierno no adelanta

resarcimiento por parte de los estados, contrataron abogados que recibieron su pago en la forma de *contigent fee*. Ver también BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, en *Stanford Law Review*, 2005, 57, pp. 1464 ss., donde, en una crítica contra el comportamiento empresarial de los PAG presentan, entre otras cosas, la realidad normativa de algunos estados (Colorado, Cansas, North Dakota, Texas) que optan por el pago en la forma de *Contigent fees*.

<sup>137</sup> También se verifica sustitución cuando se contrata un abogado (el PAG) para defender los intereses del organismo gubernamental que podría ser defendido por el AG pero se prefiere contratar un abogado externo. En este caso, sin embargo, no se trata de acciones activas sino de defensa contra las acciones para la tutela de DSH que no hacen parte del objeto de este trabajo. Sin embargo, es necesario precisar que en este caso, al igual que en el caso de las acciones, se trata de defensa de eventuales DSH en cabeza de cada uno de los ciudadanos y no de situaciones de ventaja en cabeza del estado o de toda la colectividad entendida como un ente abstracto.

<sup>138</sup> Ver, por ejemplo, la *Federal False Claims Act* (FCA), 31 U.S.C. 3729-3733, por cierto reformada en mayo 2009 (a raíz de la reciente crisis económica, con particular atención a los fenómenos fraudulentos y con el objetivo, en la sección (d) del aparato normativo que la reformó (*Fraud Enforcement and Recovery Act* –FERC–), de precisar y de solucionar algunas imprecisiones interpretativas que según el legislador se verificaron en dos decisiones jurisprudenciales –«This section [sección (d)] amends the FCA to clarify and correct erroneous interpretations of the law that were decided in *Allison Engine Co. v. United States ex rel. Sanders*, 128 S. Ct. 2123 (2008), and *United States ex. rel. Totten v. Bombardier Corp*, 380 F.3d 488 (D.C. Cir. 2004)», *Sec. 4. «Clarifications to the False Claims Act to reflect the original intent of the law»*, Senate Report 111-010, FERC de 2009- ) que se revela como un instrumento que podría ser distinguido del instrumento procesal de la CA, no en razón de las situaciones de ventaja allí tuteladas –que corresponden en último análisis, es decir, indirectamente, a DSHBC (al menos en los términos conceptuales aquí presentados) y entonces igual y teóricamente tutelables por vía de la CA- sino porque expresamente (y contrario a cuanto se verifica en la CA) se legitima a cualquier sujeto –gobierno, asociaciones y ciudadanos- para actuar por medio de tal acción. En efecto, aunque esta acción procesal desborda los objetivos de este trabajo, es necesario señalar que desde un punto de vista conceptual, nada impide afirmar que la legitimación “general” (3730 (b) (1)-(5) U.S.C.) para actuar se verifica precisamente porque todos, sin excepción, son titulares del DSHBC al manejo no fraudulento del erario público, es decir, de una expectativa fundada sobre normas correspondiente a una, o varias, posiciones activas hohfeldianas o, en términos más concretos, una norma que tutela el disfrute del bien colectivo “al manejo no fraudulento del erario público” en cuanto relevante, para del ordenamiento jurídico, para el bienestar de todos los sujetos individualmente considerados. Sobre el argumento ver *Natural Res v. United States ex. Rel. Stevens*, 529 U.S. 765, 769 (2000). En este orden de ideas, en tanto todos son titulares del DSHBC en cuestión, nada impediría teóricamente el empleo de la CA.

<sup>139</sup> Diferentes versiones de *qui tam action* existen en EU desde mucho tiempo atrás. Ver sobre su lejano origen *Marvin v. Trout*, 199 U.S. 212, 225 (1905). Su origen y su actualidad responden al

la acción<sup>140</sup>, para así obtener la declaratoria de un fraude gubernamental, recuperar (*recoupment of compensatory damages*) los recursos involucrados y “merecer” la compensación por su labor prestada<sup>141</sup>.

---

objetivo de descubrir, mediante la colaboración de los ciudadanos (los pagadores de impuestos, los titulares –digo yo- de sendos DSH), los posibles fraudes: «Congress chose, as a means to encourage citizens to come forward with knowledge of frauds against the Government, to give economic incentives to a qui tam plaintiff. In addition, it gave the Executive branch the option to allocate its resources elsewhere and permit the relator to prosecute the action on its behalf. Through this procedure, Congress could reasonably have envisioned that more fraud would be discovered, more litigation could be maintained, and more funds would flow back to the Treasury», *United States ex rel. Milam v. University of Texas*, 961 F.2d 46, (4<sup>th</sup> Cir. 1992). Sobre este objetivo, pero con un enfoque desilusionado, ver COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, en *Maryland Law Review*, 42, 1983, p 220: «In theory, the [PAG] is induced by the profit motive to seek out cases that otherwise might go undetected [...] Yet the available empirical evidence does not provide much support for the thesis that the private attorney general significantly supplements public law enforcement by increasing the probability of detection».

<sup>140</sup> No son pocas las críticas formuladas por la doctrina en relación con la posibilidad, aprovechada por los PAG, de utilizar las investigaciones ya realizadas, incluso en sede penal, para obtener premios por la identificación de fraudes sin desplegar una actividad importante de investigación, sino solo sirviéndose, como *free rider*, de las investigaciones estatales. Son las así llamadas las ‘*coattail C.A.*’: Ver, también, ERICHSON M., *Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and The Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*, cit. *Passim*; BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, cit., p. 1453: «The principal problem with this contention is that, in most cases, class action lawyers do not fill such enforcement gap. Empirical data show that, far from filling gaps, class action lawyers predominantly file “copycat” or “coattail” lawsuits that follow on the heels of *government* investigations». Sobre el particular ver COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit.: «The [PAG] simply piggybacks on the efforts of public agencies – such as the SEC, the FTC, and the Antitrust Division of the Department of Justice – in order to reap the gains from the investigative work undertaken by these agencies».

<sup>141</sup> El valor de la compensación por adelantar las acciones es alto y, en tal medida, se convierte en un interesante incentivo para los PAG en cuanto, tutelado los DSH en cuestión, obtiene un premio por su función. En efecto, hasta el 2007 y durante los últimos 20 años los PAG (en calidad de legitimados para actuar) recibieron en total el valor de 1.8 billones de dólares como resultado de 5514 acciones interpuestas. Es precisamente el incentivo para interponer la acción que ha conducido a la interposición de demandas que al final, casi siempre, resultan rechazadas o, al menos, demandas donde las pretensiones no prosperan. Ver al respecto y con una propuesta restrictiva de la legitimación para actuar CANNI T., *Who’s Making False Claims, The Qui tam Plaintiff or the Government Contractor? A Proposal to Amend the FAC to require that All Qui Tam Plaintiffs possess direct Knowledge*, en *Public Contract Law Journal*, 37, 2007, pp. 2 ss. Este no es el escenario para entrar a verificar desde un punto de vista ético-normativo la conveniencia, o no, de este tipo de

Pues bien, respecto a este primer modelo, no cabe duda sobre la relevancia que la doctrina (incluyendo Rubenstein) le reconoce al sintagma ‘interés general’ al momento de la justificación de la legitimación del actor que, en efecto, se construye sobre la idea del reconocimiento de la legitimación activa para adelantar la tutela, por ejemplo en el caso de las *qui tam actions* (segunda versión del PAG como *sustituto* del AG), no de derechos subjetivos, sino una situación de ventaja diferente del DS (precisamente, el así llamado ‘interés general’) que deambularía en la zona gris que se genera a raíz de la (falsa) dicotomía entre derecho público y derecho privado<sup>142</sup>.

Por el contrario, considero que conceptualmente cuanto se verifica en este fenómeno llamado ‘de *suplantación*’ es una legitimación para actuar en defensa de DSHBC (donde el bien colectivo es el patrimonio económico administrado por el estado) cuyo contenido de especifica en la pretensión (como posición hohfeldiana) de todo (y cada) ciudadano de que dicho patrimonio sea administrado dentro de las disposiciones legales y para los objetivos (y en la forma) previstos normativamente por el hacedor de leyes. En otras palabras, las *qui tam actions* (así como las acciones en las que se contrata a un abogado para que adelante una acción en nombre de una entidad gubernamental) son acciones donde la legitimación para su ejercicio es reconocida normativamente al PAG con base (en último análisis) en la justificación de DSH y donde, al menos en las *qui tam actions*<sup>143</sup>, el legitimado para tutelar DSH es, de todas formas, también titular de uno de los DSH objeto de tutela en cuanto se trata de derechos al disfrute de un bien colectivo que, según el ordenamiento jurídico, interesa a todos los miembros de la

---

acciones, sino sobre todo precisar que en estos casos el actor legitimado actúa para la tutela de DSHBC.

<sup>142</sup> Respecto a esta dicotomía el mismo autor, en su posición de relevancia/irrelevancia de la misma, señala que «[t]he substitute attorney general is a first step on the spectrum away from the purely public side; she is removed not only because she is a private attorney substituting for public one, but also because she tends to perform more private-like functions than those that constitute the core of attorney general’s work»: se refiere en concreto al hecho que en este caso el PAG recibe la compensación por su trabajo en la forma de recompensas o de *contingent fees*. RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2146.

<sup>143</sup> Sin duda lo mismo se puede decir en relación con el PAG como sustituto del AG cuando es contratado para que adelante una acción en nombre de una entidad gubernamental en cuanto existe igualmente la *pretensión* (como posición hohfeldiana) de todo ciudadano visto individualmente que impone el deber correlativo al estado de adelantar las acciones procesales necesarias para proteger los intereses económicos de dicha entidad. En estos términos el PAG es también titular de uno de los DSH objeto de tutela.



sociedad<sup>144</sup>. Así, la particularidad de este modelo de PAG es que se verifica una primaria legitimación para el ejercicio del (meta)derecho de acción (o mejor, como ya precisé, del (meta)deber de acción) en cabeza de un sujeto perteneciente al organigrama estatal y su posterior “delega” (por contrato -en el primer caso- o por norma cuando se verifica una omisión de acción -en el segundo-) a un sujeto que no hace parte de dicho organigrama estatal.

Su particularidad, en cambio, no radica, ciertamente, en la legitimación para la tutela del llamado ‘interés general’, a menos que se concuerde (como es) en el hecho que con tal sintagma se denotan siempre DSH y, entonces, se termine por identificar, no una diferencia, sino una coincidencia, entre el PAG y el AG (salvo su pertenencia, o no, al organigrama estatal) revelando así, una vez más, la (in)necesaria (o sólo necesaria bajo ciertas premisas ideológicas y normativas que toman en consideración la distinción entre el “bueno” y el “malo” PAG para efectos supuestamente definitorios<sup>145</sup>) calificación del sujeto legitimado para actuar para la tutela de DSH con la locución (si cargada con el aquí denunciado contenido diferenciante frente a las demás acciones para la tutela de los DSH) ‘PAG’.

El segundo modelo de PAG, es decir, el PAG como *suplantación* del AG, para Rubenstein denota aquellos sujetos legitimados para actuar por disposición legislativa expresa, quienes, aunque buscan de forma mínima la satisfacción del *self-interest*, “realmente”<sup>146</sup> pretenden el cumplimiento (*enforcement*) de las políticas públicas<sup>147</sup>. En

---

<sup>144</sup> Sobre este punto ver numeral 6 del capítulo primero.

<sup>145</sup> Sobre este punto ver, además del numeral 9 del capítulo primero, los pie de página número 20 y 76 de este capítulo.

<sup>146</sup> RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2147: «to be clear though, her interest may be quite modest compared to the breath of the statutory provision she derivatively enforces». Se trata de una diferenciación ciertamente inconcluyente y demasiado ambigua, no sólo por la dificultad para precisar, en tanto se trata de criterios valorativos, la distinción entre en *self-interest* y el *public interest*, sino porque en este tipo de acciones (por ejemplo las acciones para la tutela del ambiente sano) el bien objeto del derecho es muchas veces un BC y, en tal medida, la titularidad de los respectivos DSH objeto de tutela, la mayoría de las veces, se predica, también, e inevitablemente, del PAG (ver de nuevo numeral 6 del capítulo primero). De esta forma. conceptualmente (al menos en este tipo de acciones) no será posible identificar un actor procesal que no pretenda (incluso fuera del análisis “petulante”: ver pie de página 55 de este capítulo), al menos, la tutela de un propio DS.

<sup>147</sup> RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2145: «those who enforce public policy by pursuing their own interests». Ya he precisado, sin embargo (ver

otras palabras, se trata de abogados/sujetos legitimados para actuar para la tutela de DSH pero que por medio del ejercicio de la respectiva acción contribuyen «to the public interest by supplementing the government's enforcement of laws and public polices»<sup>148</sup>.

El autor enuncia diferentes ejemplos sobre esta forma de *suplantación* del AG, comenzando por las acciones para la tutela del ambiente prescritas a nivel federal (que el autor diferencia de las *qui tam action* sobre la base de que, por regla general, no permiten el pago de perjuicio) que autorizan a cualquier ciudadano<sup>149</sup> para exigir (consciente o inconscientemente) el cumplimiento (*enforcement*) de determinadas políticas públicas ambientales<sup>150</sup>.

numeral 5 de este capítulo) que la pretensión del *enforcement* de las normas, además de poder ser expresada siempre, y sólo, en el lenguaje de los DS, es el resultado necesario, el requisito inevitable, para la tutela efectiva de cualquier DS (en cuanto (meta)derecho subjetivo) y que, en esta medida, difícilmente pueden ser identificadas acciones procesales para la tutela de DSH que no supongan, necesariamente, el *enforcement* de las normas-derechos: en otras palabras, hacer referencia al *enforcement* de políticas públicas para definir el PAG es incorrecto (dado su evidente contenido normativo) y, además, no implica ninguna posible diferenciación cualitativa (sino al máximo cuantitativa) sobre el plano justificativo.

<sup>148</sup> RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2146. He aquí, nuevamente, el alcance definitorio dado por Rubenstein a la tutela del llamado 'interés general'. En efecto, el A. no precisa desde un punto descriptivo este fenómeno normativo que se verifica en los argumentos por parte de los operadores jurídicos y de la doctrina, sino que los asume como "verdaderos" y, entonces, como cualidad conceptual de ese específico modelo de PAG: «The literature more commonly employs the label to describe private attorneys whose work for private clients contributes to the public interests by supplementing the government's enforcement of laws and the public polices».

<sup>149</sup> Sobre la llamada reconocimiento implícito de la legitimación para actuar ver SCHUCK P., *Suing Governmental: Citizen Remedies for Official Wrongs*, Yale University Press, New Heaven, 1983.

<sup>150</sup> Ver, por ejemplo, la *citizen suit* del *Water Pollution Control Act*, 33 U.S.C.1365: «Citizen suits (a) Authorization; jurisdiction. Except as provided in subsection (b) of this section and section 1319 (g)(6) of this title, *any citizen* may commence a civil action on his own behalf- [...]» (cursivo mío). Son acciones que se pueden identificar en casi todas las normativas ambientales desde 1970 y su contenido, más que resarcitorio es de carácter preventivo. Véase también el *National Environmental Protection Act* de 1969 (42 U.S.C. 4321) y el *Clean Air Act* de 1970 (42 U.S.C. 1401). Para una visión comparatística de las acciones para la tutela del ambiente en el periodo de los años setenta, si bien no comparto el análisis conceptual de la autora sobre la supuesta tutela de IDC en el escenario estadounidense, ver ZANUTTIGH L., *Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana*, *cit.* pp. 389-446.

Pues bien, sobre este tipo de acciones, si bien ya puede ser intuido con base en el trabajo teórico presentado a lo largo de este trabajo (ver capítulo primero), es necesario de nuevo precisar que lejos de tratarse de acciones para la defensa de situaciones de ventaja diferentes del DS, se trata sin duda

Rubenstein, cargando de contenido diferenciante<sup>151</sup> la pretensión de hacer cumplir (*enforcement*) las normas-derechos por parte del PAG (como si no se trata evidentemente de un derecho subjetivo<sup>152</sup>) presenta este modelo de PAG *actions* como acciones que sólo en un sentido poco relevante interesa individualmente al actor procesal (lo suficiente para cumplir con la exigencia por parte de la *Supreme Court* de un *own injury in fact* como requisito para la legitimación y para activar la jurisdicción federal según las voces interpretativas mayoritarias del artículo III de la constitución)<sup>153</sup> y que, en realidad, se trata de acciones principalmente dirigidas a exigir el cumplimiento de la ley y la disuasión de conductas lesivas futuras, con un alcance que, al parecer, desbordaría en escenario de los DS<sup>154</sup> generando así una (conceptualmente errada)

---

de acciones para la tutela de DSH al disfrute del bien colectivo ambiente sano, es decir, DSHBC. En otras palabras, el cumplimiento de las normas sobre el ambiente corresponde al cumplimiento de los deberes correlativos a DSH y, en tal medida, una acción dirigida a imponer o exigir el cumplimiento de esos deberes no es más que una acción dirigida a la tutela de DSH.

<sup>151</sup> «[...] one small step away from the substitute attorney general, a step that is necessitated by standing doctrine, but the size of the step that can be measured by the relatively minute scope of her individual interest»: RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2147.

<sup>152</sup> En efecto, incluso el deber de cumplir la normatividad es un deber correlativa a sendos derechos subjetivos de muchos ciudadanos. Específicamente se trata de un (meta)derecho subjetivo – con la misma argumentación por la que el derecho de acción es llamado (meta)derecho- en cuanto es funcional al cumplimiento o a la satisfacción de los deberes correlativos a diferentes derechos subjetivo (ver pie de página 89).

<sup>153</sup> RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, *cit.*, p. 2147: «To be clear though, her interest may be quite modest compared to the breadth of the statutory provision she derivatively enforces». Es necesario de nuevo precisar que siempre que se tutelan derechos subjetivos se está buscando el *enforcement* de normas-derechos. Cosa muy diferente, y de este particular me ocuparé con mayor atención en el próximo capítulo (numeral 6), es la exigencia normativa de requisitos específicos, como por ejemplo situaciones de daño actual identificado en el actor procesal para el reconocimiento, no tanto del *standing*, cuanto del cumplimiento de lo que (se considera prescribe) el art. III para la activación de la jurisdicción federal. Obviamente, si cuanto se quiere es superar esos requisitos sin necesidad de declarar que los mismos no son necesarios, un camino opcional (como sucede en Italia con el significado adscrito a los IDC) es consolidar la idea de la existencia de situaciones de ventaja fuera de la órbita individual y adscribir a sujetos la legitimación para tutelar estas (supuestamente distintas) situaciones normativas (en relación con Italia ver, texto que acompaña pie de página 13 de este capítulo y, principalmente, numeral 4 del capítulo segundo, pie de página 37).

<sup>154</sup> Baste reenviar a lo dicho en el numeral 5 de este capítulo en relación con la disuasión y con el *enforcement* donde precisó, en pocas palabras, que en ambos casos se está hablando de

fractura (o potencial fractura) entre acciones grupales con la misma tendencia descrita en relación con el escenario italiano<sup>155</sup>.

En efecto, sobre la base de esta fractura, pero dentro del mismo modelo, el A. identifica otras acciones que, si bien corresponden a las identificadas con un PAG que *suplanta* al PAG, presentarían supuestamente características (“conceptuales”) diferentes a las apenas mencionadas: el actor procesal adelanta la acción para tutelar DSH (propios, o no, y de sus representado/clientes) y sólo de forma incidental (en mayor o menor grado) provee, entonces, a la actuación y de políticas públicas y a la disuasión de conductas lesivas futuras<sup>156</sup>. Se trata de acciones donde normativamente cobra

(meta)derechos subjetivos y no se situaciones de ventaja diferenciadas (o diferenciables) en función de la (falsa) distinción entre escenario público y escenario privado.

<sup>155</sup> El énfasis en el *enforcement* de las normas y en la disuasión de las conductas potencialmente lesivas de los DSH, pero presentados como funciones conectadas con el llamado ‘interés general’, en efecto generan una fractura a raíz del empleo simplemente lingüístico de locuciones que son cargadas de un significado (aparentemente) diferenciante y que generan o, al menos en la cultura jurídica estadounidense, podrían (en cuanto, realmente la práctica jurisprudencial por vía de una interpretación restrictiva del art. III tiende a exigir la identificación de DS vulnerados: ver numeral 6 del capítulo cuarto) generar una fractura entre la acciones, como aquella ya identificada en Italia a raíz de la (falsa) distinción entre situaciones de ventaja colectivas e individuales, es decir, entre los llamados ‘IDC’ y los DS (ver al respecto capítulo segundo y, aquí, pie de página 89 y numeral 3). En efecto, como se verá en el próximo capítulo, doctrinariamente en el escenario de la “teoría” sobre la CA, se verifica una tendencia a diferenciar, en razón de el llamado ‘Entity Model’, situaciones de ventaja no individuales en cabeza de la *Class* que ha abierto el camino a la exclusión (“pseudo-expropiación”) del contenido subjetivo de las *small claims* y a la posibilidad del empleo de las *mandatory mass torts* CA y de los *settlements* con efectos hacia el futuro, negando (por vía de una justificación comunitarista) el reconocimiento del derecho de *opt-out* de los titulares de los DSH objeto de tutela, quienes serían representados por un PAG cargado, muchas veces, de (axiológicos) adjetivos “bondadosos” que lo identifican como el potencial protector del llamado ‘interés general’ que primaria, esta vez mediante el tradicional análisis justificativo utilitarista, sobre los DSH individualmente considerados (sobre este punto ver ampliamente capítulo cuarto).

<sup>156</sup> Bajo esta perspectiva (y creo que es así) toda acción procesal para la tutela de los DSH (o, incluso cualquier acción procesal civil) comportaría la tutela de interés general, incluso en los términos adscritos por parte de la cultura jurídica estadounidense, en cuanto siempre se provee al *enforcement* de las normas y al efecto disuasivo (ver pie de página 81 de este capítulo). Este tipo de razonamiento, que nuevamente pone en crisis la utilidad del empleo de la locución ‘PAG’, implica, no sólo la siempre posible identificación de uno de los DSH (o, mejor, de uno de los (meta)derechos subjetivos) tutelados en cabeza del PAG (esto en los términos del razonamiento que he llamado “petulante” (ver pie de página 55 de este capítulo); un razonamiento “petulante” que, sin embargo, no implica una distinción conceptual como, en cambio, algunos autores consideran sobre la base de la ortodoxa distinción entre compensación y disuasión: ver, por ejemplo, REDISH M., *Class Actions and*

importancia (como criterio justificativo) el tema de la regulación de los honorarios y las recompensas del actor/abogado legitimado para ejercitar la acción para la tutela de los DSH sobre la base de una posible<sup>157</sup> distinción o graduación de la intensidad o del grado de servicio al llamado ‘interés general’, para desechar así la posibilidad de prever premios y honorarios (en la forma prevista, por ejemplo, en las *qui tam actions*) cuando se considere que el servicio al llamado ‘interés general’ (y, específicamente, al *enforcement* de las normas-derechos y a la disuasión del incumplimiento de los deberes correlativos a los DSH objeto de tutela) es mínimo e incidental<sup>158</sup>.

Pues bien, para Rubenstein, en el punto medio de ambos extremos absolutamente valorativos (entonces no descriptivos ni conceptuales), que considero podrían ser

---

*the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 90-91, quien afirma que «But there exist two very different subcategories of such “personal interest” litigation. One is properly described as “compensatory” litigation. In these cases, one can readily presume that those bringing suit—both plaintiffs and their attorneys [es este caso superando la complicaciones originadas a raíz de la dificultad para distinguir entre el abogado y la parte legitimada, precisadas ya en el numeral 4 de este capítulo]—are motivated exclusively by considerations of narrow self-interest: the plaintiffs seek to make themselves economically whole by obtaining compensation for their injuries caused by the defendants, and the attorneys serve as “hired guns”, doing nothing more than receiving compensation for performing a service on behalf of a client. Such suits may nevertheless be categorized as private attorney general actions, because they may well have the incidental impact—perhaps even intended by the legislative creation of the private right—of exposing and punishing law violations. In this sense, private litigation serves the public interest, regardless of the motivation of those bringing suit»; recientemente también en ID., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit. pp. 33-34), sino que constituye evidentemente una distinción no-conceptual en cuanto responde a criterios ético-normativos o elecciones axiológicas siempre variables que fijan, sólo a nivel doctrinal, aquello que se considera *deba ser* un actuar más, o menos, favorable al llamado ‘interés general’.

<sup>157</sup> Considero, sin embargo, que fijar una distinción en estos términos corresponde necesariamente a específicas decisiones normativas que impiden una distinción de orden conceptual. En otras palabras, distinguir entre PAG en razón del grado de servicio al interés general para precisar si el PAG tiene derecho a (y como recibe los) honorarios es un factor contingente en relación con la definición de PAG. En otras palabras, tomar en serio esta distinción conduce a grandes equívocos alimentando una distinción (no conceptual) entre “bueno” y el “malo” PAG sobre la base de la existencia de un interés general que desbordaría la órbita individual de los sujetos (ver pie de página 20 y 76 de este capítulo).

<sup>158</sup> Ver en este sentido, por ejemplo, *Licensed Foresters Ass’n v. State Bd. Of Forestry*, 30 Cal. App. 4<sup>th</sup> 562 (3d Dist. 1995) donde se precisa que «attorney’s fees will not be awarded under the private attorney general doctrine where the interests of the general public are only incidental to the primary objectives of the parties of protecting their interests».

nominados como, de una parte, el *PAG-“buen samaritano”*<sup>159</sup> y, de otra parte, el *PAG-“por casualidad”* (o, mejor, el “*selfish-PAG*”)<sup>160</sup>, se ubica el actor legitimado para actuar para el ejercicio de una CA<sup>161</sup> (que en el caso particular, sobre todo en relación con las *small claims CA*, las *civil right CA* y las CA para la así llamada ‘tutela del mercado’<sup>162</sup> –*antitrust CA* y *securities CA* - coincide en sentido práctico siempre con el

---

<sup>159</sup> El PAG que despliega su labor (a los ojos vigilantes de las convicciones morales sobre el “bueno” y el “malo” PAG) con un espíritu altruista.

<sup>160</sup> El PAG que sólo por error y sólo tangencialmente termina por favorecer el llamado ‘interés general’ y que sólo se preocupa por procurar la tutela de los DSH insatisfechos.

<sup>161</sup> Insisto sobre el punto que en la medida en que no es posible establecer con claridad los extremos de esta franja entre *selfish interest* y *altruistic interest*, no es posible igualmente distinguir la CA. Lo único cierto es que la CA (así como todas las *PAG action*) comporta la pretensión de la tutela de los DSH por parte de un sujeto que no hace parte del organigrama gubernamental. Ahora bien, aplicar esta categoría de PAG como suplemento del AG implica cargar evidentemente a la CA de una función expresable, según la doctrina, en los términos propios del interés general entendido como situaciones de ventaja diferentes del DS. Este hecho ha conducido, como se verá en el próximo capítulo, a una nueva (posible) vía justificativa de la legitimación para actuar caracterizada por propuestas, particularmente en relación con las *small claims*, que le restan valor a estas últimas en función de la búsqueda de la paz (como ausencia de futuros conflictos) y en función de la necesaria contemplación de los efectos sociales de los fallos más allá de la esfera individual de los sujetos. A este respecto, remito al capítulo cuarto, ver también, NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement*, *cit.*, passim, princ. part. III.

<sup>162</sup> Para una crítica conceptual sobre la idea del mercado como titular de situaciones de ventaja a raíz de la consolidación de la idea de IDC en el escenario italiano y europeo, ver numeral 10 y 11 del segundo capítulo de este capítulo. En pocas palabras, el mercado no es un sujeto de derechos sino una institución. Los discursos que tienen a considerar la corrección del mercado y su estabilidad como si se tratase de situaciones de ventaja en la forma de los llamados ‘IDC’ e, incluso, al mercado como sujeto con pretensiones a él adscribibles es conceptualmente errada según el esquema hohfeldiano aquí defendido (ver capítulo primero). Sin embargo, como ya precisé anteriormente, en la cultura jurídica estadounidense (talvez a raíz de lo que KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, *cit.*, p. 108 ss., identifica como la fragmentación del poder económico, a su vez, como una de las causas de la consolidación del *adversarial legalism* y que, desde un punto de vista valorativo y en relación con el escenario europeo, entre otros, SOMMA A. identificaría en varios de sus escritos – por ejemplo *Razzismo economico e società dei consumi*, *cit.*; ID, *La cittadinanza nella società del diritto privato*, *cit.*; ID., *Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoralistico nell’economia sociale di mercato*, *cit.*- como la consolidación del así llamado ‘ordoliberalismo’) la regulación del mercado ha sido una prioridad desde el final del siglo XIX incentivando, en lo que respecta al ordenamiento jurídico estadounidense (ver en este capítulo pies de página número 57, 79, 85 y 94 y numeral 11 del capítulo segundo), una continua regulación, por vía también, y sobre todo, del proceso civil para la tutela de DSH (si bien, muchas veces, maquillados con el sintagma ‘*public interest*’), condicionada a la consolidación de estándares mínimos de libre competencia y de transparencia

abogado; quien recluta la clase, diseña y adelanta el proceso al tiempo que corre los riesgos frente al resultado final<sup>163</sup>).

Se trata de acciones (la CA) en las que el PAG ha sido objeto, dependiendo el contenido de los DSH objeto de tutela y la modalidad de pago y el monto de los honorarios o recompensas, de dos contrapuestos juicios de valor sobre las calidades (“buena” o “mala”) del sujeto, tratando de intuir, comprobar y juzgar las actitudes del PAG durante el proceso. De esta forma se habla, (i) o de un sujeto que ejercita la acción con el objetivo de obtener la tutela de DSH en aquellos casos en los que por vía de la acción “público-gubernamental” no es posible garantizarla (es decir, según las voces de la doctrina, no es posible garantizar la efectividad del derecho sustancial, la ejecutoriedad de las políticas públicas y el efecto disuasivo); (ii) o, en el otro extremo, de sujetos que “hambrientos” de ganancias o, en cambio, con justificada razón, buscan la posibilidad de adelantar la acción con el objetivo de obtener los incentivos (la “recompensa”), ojalá con un costo de la inversión muy bajo.

Pues bien, en relación con estos juicios de valor que (a menos que se asuma una posición de objetivismo ético) no son criterios definitorios (sino, y al máximo, justificativos, y entonces normativos, de la norma que prevé la legitimación para actuar del) PAG, se desarrolla una de las diferenciaciones doctrinales (cierto, no conceptuales) más arraigadas en la cultura jurídica estadounidense entre dos tipos de PAG, según se trate de (i) un sujeto ideológicamente comprometido con el *enforcement* de las normas («ideological plaintiff»<sup>164</sup>, «Lone Ranger»<sup>165</sup>) o de (ii) un sujeto que actuaría en calidad

---

favorables a la propia estabilidad del mercado. Es en estos términos que la *securities* CA y la *antitrust* CA, dirigida sin duda a la tutela de DSH, es presentada también como una acción civil para la tutela del llamado ‘interés general’.

<sup>163</sup> Sobre esta función camaleónica del abogado ver numeral 4 de este capítulo.

<sup>164</sup> Para el empleo de esta locución ver, entre otros, JAFFE L. *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological plaintiff*, cit. Para una crítica al empleo de la locución ‘non-hohfeldian’ ver pie de página 116 de este capítulo.

<sup>165</sup> GARTH B., NAGEL I., PLAGER S., *The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action litigation*, cit., p. 353-354 «Whether the private attorney general is heralded as the “Lone Ranger” or a “bounty Hunter”, both roles equally comport with cherished images of Americana», precisando, sin embargo que «[u]nfortunately, neither approach works very well. The Ideological eimage may have little to do with the practical situation, and the practical situation, and the practical situation cannot be understood by cavalierly assuming there is a consensus about what any institution is really supposed to do». Al la locución también hace referencia, por ejemplo, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem*

de empresario interesado exclusivamente en obtener la compensación y las ganancias fruto del ejercicio de la acción (incluso jugando las veces de un *free-rider* de la labor desplegada a nivel gubernamental<sup>166</sup>) como recompensa por su labor prestada («entrepreneurial PAG», «bounty hunter»<sup>167</sup>)<sup>168</sup>.

---

*of the Class Action Law Suit*, cit. p. 33 quien precisa que «The lone Ranger refers to the private litigant who is motivated in his attempt to serve the public interest primarily, if not exclusively, by idealistic or communitarian concerns».

<sup>166</sup> Se trata de las ya comentadas *coattial lawsuits* (ver pies de página 22, 30, 95 y 140). Con particular referencia a este fenómeno de *Free Rider* COFFEE J., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit. p. 226, precisa que «[...] when the private attorney general becomes a “free rider”, society loses the promise that judge Frank’s theory held out: that private resources would supplement public efforts in the detection of law violations by bringing actions that otherwise would not have been initialed».

<sup>167</sup> Ambas locuciones (‘entrepreneurial PAG’ y ‘bounty hunter’) son dos locuciones empleadas por COFFEE J., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit., *passim*.; que han sido a su vez utilizada innumerables veces, con particular referencia al *class counsel* en la CA, comenzando por el famoso artículo de MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, cit., *passim*.; autores que además de fomentar el estudio de la CA por vía del análisis económico del derecho (y precisamente con ese enfoque) resaltaron los problemas derivados de las acciones grupales para la tutela de DSH en relación con la labor (y los conflictos de intereses) del representante y de su abogado con los miembros de la *class*. En relación con el PAG visto como *bounty hunter* o *entrepreneurial PAG*, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit. p. 33 precisa que «[t]he bounty hunter [...] refers to the private litigants who care little of broader concerns of public interest but are instead focused exclusively upon the pursuit of their own private interest», señalando, sin embargo, que «[a]s already noted, however, even litigants falling within this latter category may serve the public interest as an incident to their pursuit of the own private rights» (ver sobre el argumento pie de página 126 de este capítulo).

<sup>168</sup> De este aspecto me ocuparé, en relación con la CA, en el siguiente capítulo. Sin embargo, es necesario precisar que esta distinción se construye sobre la base de juicios de valor relativos a la bondad o maldad del PAG y, en estos términos, se trata de apreciaciones normativas sobre el cómo se cree que *debería* actuar el PAG, relevantes sólo desde un punto de vista de política del derecho. En otras palabras, que el PAG sea altruista o egoísta carece de relevancia sobre el plano conceptual. Y, además, considerar como conceptualmente relevante la distinción significa considerar el interés general como un concepto que denotaría situaciones de ventaja fuera de la órbita individual de los sujetos y, entonces, significaría defender la idea de situaciones de ventaja que no pueden ser expresadas con el lenguaje de los derechos subjetivos (ver pie de página 20 y 76 de este capítulo).



En fin, Rubenstein (refiriéndose particularmente a los *common fund cases*<sup>169</sup>) identifica su tercer modelo de PAG, el PAG como *simulación* de AG<sup>170</sup>, que construye (o identifica) sobre la base de una (nueva pero ambigua) distinción frente al AG como *suplantación* del AG<sup>171</sup>. Sin embargo, esta supuesta distinción (considero) conceptualmente no constituye, en estricto análisis, una diferencia relevante en cuanto se basa en una contingente distinción referida al pago (y fijación) de los honorarios<sup>172</sup> y en una supuesta restricción (a diferencia de cuanto, según la doctrina, sucedería en el caso del PAG como *suplemento* del AG) de los efectos de la acción sobre (la esfera individual de) los miembros de una clase de sujetos titular de los DSH en cuestión, pero que no se extenderían a las situaciones de ventaja identificadas (cada vez) bajo el manto

---

<sup>169</sup> Ver, *Manual for Complex Litigation*, cit., pp. 185: «If attorneys' efforts create or preserve a fund or benefit for others in addition to their own clients, the court is empowered to award fees from the fund».

<sup>170</sup> Hace referencia, sobre todo, a los *common fund cases* que, por ejemplo, se puede verificar, entre muchos otros, en el derecho laboral-sindical (ver *Mills v. Electric Auto-Lite Co.* 396 U.S. 375 (1970)) y, como se precisa en el *Manual for complex litigation*, cit., p. 185, se trata de casos cuya especificación se da en razón, única y exclusivamente, del método para la fijación y el pago de los honorarios que, además, se puede verificar también en la CA. En relación con la “definición” de este tercer modelo de PAG RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2154 precisa que «[s]ome private attorneys are awarded attorneys' fees on the theory that their actions benefit a particular and specific class of persons, not the public generally. This often occurs when an attorney, in representing a single plaintiff, secures a fund that will benefit an entire group of individuals, even if the case was not actually prosecuted on behalf of the whole group or as a representative action».

<sup>171</sup> La diferencia el autor la especifica en razón de la (para él) necesaria conexión entre el concepto de PAG y la tutela del llamado ‘interés general’. En efecto, RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2154 precisa que «I refer to this private attorney general as a simulated attorney general since she is performing a function—recouping a fund for private parties—not typically associated with a public attorney general. She is not substituting for the attorney general, nor is she generally rewarded because her actions contribute to a public good».

<sup>172</sup> RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2154: «The private attorney is awarded fees out of the fund in these situations on an unjust enrichment theory: if the other beneficiaries are not made to contribute to the fees, they would be unfairly free-riding». Ahora bien, más allá de la justificación (y los criterios para fijación del monto) de los honorarios, lo cierto es que los mismos seguramente provendrán de los sujetos privados pertenecientes a la clase que el PAG (incluso sólo por accidente) tuteló a raíz de haber logrado la constitución del fondo (*founds*) a cargo de los demandados. Sin embargo como precisó en el siguiente pie de página, esta distinción (totalmente contingente) no determina una distinción conceptual relevante en relación con el PAG.

de la locución ‘interés general’<sup>173</sup> (sino sólo a un grupo de sujetos perteneciente, por ejemplo, a una categoría<sup>174</sup>).

De esta forma, y con base en estos tres modelos, Rubenstein construye su “concepto” de PAG mediante un estudio de los usos por parte de la cultura jurídica estadounidense de la locución ‘PAG’. Sin embargo, como ya he precisado a lo largo de este aparte, su trabajo (sintomático de una tendencia doctrinal) es evidentemente normativo (no conceptual), construido sobre la base, de una distinción (valorativa) entre

---

<sup>173</sup> No obstante las afirmaciones del autor (RUBENSTEIN W., *On What A “Private Attorney General” is—and Why It matters*, cit., p. 2157. «The distinction between the simulated attorney general and the supplemental attorney general is defined by the doctrine of attorney’s fees. The *simulate* attorney general represent only private interests and recovers fees, if at all, only from those whom she assists. The *supplemental* attorney general represents public and private interests; her pursuit of the former authorizes courts to require that the losing party pay her fees in recognition of the contribution her efforts have made to furthering public policy») resulta evidente como en el caso de las PAG *actions* donde el PAG actúa en calidad de sujeto que simula al AG no se verificar (obviamente dejando salvas las distinciones de orden procedimental y las restricciones expresas en relación con el alcance de los efectos del *giudicato*, que nada tienen que ver con la naturaleza conceptual del actor procesal sino que restringen, o amplían, en razón de la específica acción, determinados aspectos (contingentes) del fallo que determinan, sí, una distinción entre acciones, pero no una distinción conceptual entre los actores procesales legitimados para actuar para la tutela de DSH) un distanciamiento con el PAG como suplantación del AG, tanto menos sobre la base de los objetivos (la función, la justificación) de la legitimación, puesto que se trata de aspectos justificativos (normativos) cuyo contenido se fija en razón de cuanto se considera sea, en ese preciso instante por parte de los operadores jurídicos, el interés general.

Además, nada impide que el operador jurídico considere que en el tipo de acciones relativas al PAG como simulación de AG el objeto de tutela (por ejemplo los derechos de los trabajadores) y, entonces, el (previo e inevitable) *enforcement* de las respectivas normas-derechos y la (pretensión) de disuasión (ambos como contenido de (meta)derechos subjetivos de cada uno de los titulares de los DSH objeto de tutela) resulten, dependiendo de la visión ético-normativa asumida en ese preciso momento en el respectivo ordenamiento jurídico, más relevantes que, por ejemplo, los DSH tutelados por vía de una CA o, incluso, pro vía de una *qui tam action*. De esta forma, precisar una distinción entre una CA y una acción (por ejemplo sobre la discriminación laboral) resulta relevante sólo si se quiere precisar una distinción conceptual entre las respectivas acciones y una diferenciación en razón de las funciones, los efectos y la estructura de las mismas, pero no para diferenciar, menos en razón de la función, entre los sujetos legitimados para actuar para la tutela de DSH mediante el empleo del sintagma ‘PAG’ que entonces, y también en este caso, resulta desde un punto de vista justificativo (in)necesario, al tiempo que genera, sobre el plano conceptual, errores de análisis e incita a fracturas entre acciones, no en razón de la estructura de las mismas, sino en razón (como considera Rubenstein) de las situaciones de ventaja objeto de tutela.

<sup>174</sup> Sobre el indiscutible carácter (no de IDC sino) de DSH de las situaciones de ventaja de los individuos miembros de una categoría ver los capítulos primero y segundo.

el “bueno” y el “malo” legitimado, una distinción elaborada sobre la (falsa) distinción entre escenario público y escenario privado y una distinción elaborada sobre la idea (diferenciante) de la posible identificación en el sistema normativo legal, en razón precisamente de la dicotomía público/privado, de situaciones de ventaja normativas que no corresponden a DS y que se agruparían bajo el manto de la expresión ‘interés general’ identificado a su vez, y prevalentemente, en la re-nominación de (meta)derechos subjetivos (como el (meta)derecho subjetivo al *enforcement* de las normas-derechos o el (meta)derecho subjetivo a las políticas públicas que induzcan a la disuasión de los potenciales comportamientos de incumplimiento de los deberes correlativos a los DS objeto de tutela) pseudo-expropiados de la órbita individual de los sujetos y adjudicados (ambiguamente) al etéreo ente titular del llamado ‘interés general’.

La consecuencia de este enfoque doctrinal<sup>175</sup> es la *potencial tendencia* a una fractura (principalmente doctrinal) en los discursos *justificativos* de las diferentes acciones procesales para la tutela de DSH con base en una supuesta distinción en razón de la situación de ventaja objeto de tutela, como ejemplo evidente de un fenómeno similar al que precedentemente precisé en relación con las consecuencias, al interior de la cultura jurídica italiana, de la sedimentación de la idea de situaciones de ventaja que desbordarían la órbita de titularidad individual a raíz de la consolidación de un específico significado atribuido al sintagma ‘IDC’.

Sin embargo, aunque de este punto me ocuparé en el cuarto capítulo, por ahora es necesario precisar que (en último análisis) sobre el plano justificativo, la distinción en los discursos de las diferentes acciones grupales en el escenario jurídico estadounidense actualmente no es radical, y sus efectos, aunque generan diferencias, actualmente tienden a unificarse hacia la propuesta “amiga” de la idea del interés general como situación de ventaja no exclusivamente individual. Y esto se percibe en relación con el discurso justificativo de la legitimación activa del actor procesal en la CA, frente a otras

---

<sup>175</sup> Que se presenta de manera mucho más radical en otros trabajos más recientes como, por ejemplo, BEISNER J.H., SHORS M., MILLER D., *Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?*, *cit.passim.*, donde los autores cargan (con “empalagoso buenismo”) el discurso “conceptual” sobre el PAG, radicalizando la idea de la existencia de un interés general fuera de la órbita individual.

acciones *abiertamente* conectadas con el discurso de la tutela del llamado ‘interés general’.

En efecto, aunque en el caso de la CA se trata de una acción cuyo sustrato normativo-justificativo parte de una relectura de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción y no se presenta (y la cultura jurídica no permite que sea presentada) de manera explícita (salvo algunas excepciones doctrinales, por cierto no aceptadas actualmente por los jueces) como discurso justificativo construido con base en una abierta modificación de la naturaleza conceptual de las situaciones de ventaja objeto de tutela, de todas formas sí se trata de un discurso donde esfuerzos sutiles (y cada vez más expresos) en tal sentido han conducido desde hace ya hace varios años a discusiones sobre la ampliación de la legitimación activa, sobre la extensión de los efectos del *giudicato* e, incluso, sobre la naturaleza conceptual de la *class*, precisamente a raíz de que (como precisaré en profundidad en el capítulo cuarto) se trata de un discurso justificativo construido actualmente con base en una ultra-valoración del efecto disuasivo adscrito a la CA y en una ultra-valoración de efecto favorable al *enforcement* de las normas-derechos adscrito igualmente a la CA; ambos fenómenos dirigidos, sí a justificar la re-lectura de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción, pero también dirigidos a una expansión de los efectos de la CA al escenario extra-procesal con el objetivo de alcanzar objetivos concordantes con la (siempre empleada, al menos desde 1966, y cada vez más intensificada) doctrina ético-normativa utilitarista que gobierna el discurso justificativo de la CA, pero ahora influenciada también (pero no en la misma intensidad que otras PAG *actions*) por el significado adscrito por los operadores jurídicos y la doctrina a la locución ‘*public interest*’<sup>176</sup>.

## **8. CONCLUSIONES. LA (IN)UTILIDAD DEL CONCEPTO DE PAG Y SU RELACIÓN CON LA CA**

Una vez precisado, no sólo el concepto de PAG<sup>177</sup>, sino algunos comentarios críticos sobre la elaboración doctrinal de “definiciones” de PAG concebidas por la doctrina

---

<sup>176</sup> Al respecto ver el próximo capítulo.

<sup>177</sup> Ver, principalmente, numeral 2 de este capítulo.

sobre la base de una específica interpretación atribuida al sintagma ‘interés general’ (o ‘interés público’), es posible afirmar que el discurso doctrinal sobre el PAG -es decir, discursos según los cuales el PAG denotaría un actor procesal que ejercita una acción con el objetivo de tutelar, en mayor o menor medida, la efectividad de una situación de ventaja que desborda la esfera individual y no (como, en cambio, es) DSH- genera un fenómeno similar (pero no en las mismas proporciones) al que se verifica en Italia a raíz del uso del sintagma ‘IDC’ (precisamente a raíz del empleo de un lenguaje prescriptivo maquillado de descripción), es decir, una potencial fractura (una distinción) entre (las justificaciones de las) acciones procesales que, aunque conceptualmente no se verifica, ha sido construida doctrinariamente con características que indistinta y promiscuamente son atribuidas con mayor, o menor intensidad, dependiendo de la acción procesal de que se trate. En otras palabras, se consolidarían dos posibles modelos-tipos de acciones inspirados en enfoques ético-normativos específicos que, dependiendo de la acción y del momento histórico-normativo, serían atribuidos a las respectivas acciones que legitiman un sujeto para actuar para la tutela de DSH (es decir a un así llamado ‘PAG’):

(i) Un modelo de PAG *actions* (que coincidiría principalmente con las *qui tam actions* pero que actualmente, pero de manera sutil, se aplica también a las acciones para la tutela del ambiente e, incluso, a la CA generando, en este último caso, todo un debate del que me ocuparé principalmente en el próximo capítulo) en el que se justificaría la legitimación para actuar sobre la base de la (supuesta) “intención” del actor de tutelar exclusiva o principalmente el llamado ‘interés general’ y, por tal motivo: (a) se lograría obviar, o al menos relativizar, las restricciones propias del art. III de la constitución relativas a la exigencia del *case-or-controversy*; (b) requisitos como la representación adecuada o derechos como el *opt-out* pasarían a segundo plano tomando en cuenta que, por vía de una “pseudo-expropiación ideológica”, se consideraría que el objeto de tutela de la acción son situaciones de ventaja no-atribuidas o no-atribuibles a sujetos individuales; (c) (en razón de lo anterior) no entraría en consideración la composición del grupo ni la especificación de la titularidad del derecho correlativo al deber insatisfecho; (d) se haría énfasis, aunque no exclusivamente, en el efecto disuasivo (*deterrence*) de la acción enfatizando la conexión con la actuación de políticas públicas (*enforcement* de las normas) considerados, ambos, como efecto particular, casi exclusivo, de este tipo de acciones.

(ii) Un modelo de PAG *actions* (que coincidiría principalmente con la versión tradicional de la CA) en la que se justificaría la legitimación para actuar, no en la supuesta “intención” del actor procesal de tutelar principalmente el así llamado ‘interés general’, sino en la “intención” de tutelar DSH en debate al interior del proceso. En otros términos, se trataría de un modelo que sigue las premisas teóricas aquí defendidas pero que, a diferencia de este trabajo, no se consideraría, por parte de la cultura jurídica estadounidense, que pueda permear todos los tipos PAG *actions*, sino sólo (al menos en principio) aquellos donde las pretensiones del actor son principalmente resarcitorias. De esta forma (a) las restricciones-límites del artículo III de la constitución serían más relevantes en el sentido de una clara exigencia del *case-or-controversy* como requisito para poder acceder a la jurisdicción federal; (b) los requisitos de la representación adecuada y el reconocimiento del derecho de *opt-out* a los titulares de los DSH sería (al menos normativamente y hasta ahora) de prioritaria importancia; (c) (en razón de lo anterior) la composición del grupo y la especificación de la titularidad del derecho correlativo al deber insatisfecho sería fundamental; (d) la “colaboración” en la ejecución de las políticas públicas (*enforcement* de la normas) y el efecto disuasivo de los incumplimientos futuros (*deterrence*) no serían considerados como (meta)derechos subjetivos y, en tal medida, su eventual ausencia (o diminuta presencia) sería casi considerada como un hecho. En otras palabras, se verificaría la consolidación de un modelo que toma en consideración la titularidad siempre individual de las situaciones de ventaja pero que supone la “existencia” de situaciones de ventaja diferentes del DS que, sin embargo, no serían objeto de tutela de este tipo de acciones. En consecuencia, a raíz de esta “construcción”, en la cultura jurídica estadounidense resultaría necesario, para efectos de justificar la legitimación para actuar en este modelo, operar una vía justificativa diferente a aquella identificada bajo la idea de “la tutela del interés general” y, en esta medida, este tipo de PAG *actions* supondría una relectura de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción que justifiquen la tutela de DSH de forma grupal.

Pues bien, ambos modelos apenas presentados permear simultáneamente la cultura jurídica estadounidense generando distinciones (supuestamente) conceptuales que excluyen y/o adjudican características a las acciones sobre bases ideológicas. En realidad, estas distinciones (además de ser evidentemente normativas) no se verifican

conceptualmente dado que siempre, y sólo, las PAG *actions* tutelan DSH y, como ya precise, el PAG no es más que el sujeto legitimado para actuar para la tutela de dichos DSH: De esta forma: (a) no es posible hablar de una tutela de situaciones de ventaja diferentes de los DS; (b) la elección de dar, o no, prioridad y relevancia al *opt-out* y a la adecuada representación es una discusión sólo justificativa (sobre las razones) para priorizar, o no, determinados principios-derechos procesales en atención a determinadas elecciones de política del derecho; en otras palabras, no es un criterio distintivo entre dos modelos de acciones sino el resultado de una elección normativa sobre la base de la “creencia” en la consistencia conceptual de situaciones de ventaja fuera de la órbita individual; (c) la especificación del grupo titular de los DSH objeto de tutela y la titularidad del derecho igualmente es un aspecto justificativo de la elección normativa y no constituye el resultado de las características de los DSH objeto de tutela maquillados, o no, con el sintagma ‘interés general’; (d) los efectos disuasivos y de *enforcement* de las políticas públicas no son, en cambio, el resultado de elecciones normativas a favor del interés general sino (en teoría) el resultado necesario e irreducible del ejercicio de acciones grupales para la tutela de los DSH.

De esta forma, desde un punto de vista definitivo, no es posible hablar de distinciones entre el PAG y el legitimado para actuar para la tutela de DSH y la misma se revela a fin de cuentas ideológica e innecesaria en cuando conduce a equívocos, por cierto justificativos de elecciones normativas sobre la falsa idea de la distinción entre el escenario público y el escenario privado, consolidando discrepancias en el enfoque doctrinal al momento de justificar la legitimación activa del PAG, o, mejor, del legitimado para actuar para la tutela de los DSH: así, no es arriesgado afirmar que el uso de la locución ‘PAG’ en el lenguaje jurídico estadounidense es, en el mejor de los casos, inútil (en cuanto es la re-nominación del sujeto legitimado para actuar para la tutela de los DSH) y, en el peor de los casos, es el vehículo ideológico para la pseudo-expropiación de los derechos subjetivos (justificada sobre la idea de la existencia de situaciones de ventaja fuera de la órbita individual).

Pues bien, en el próximo capítulo me ocuparé precisamente de los efectos que generaron en la consolidación y justificación normativa y doctrinal de la CA en el escenario federal estadounidense las distinciones alimentadas por el uso de la locución ‘PAG’, por la idea de una distinción entre ‘interés general’ y DSH, por la idea de una

distinción entre *public litigation* y *private litigation* y, en fin (y principalmente), por la idea de una distinción entre DS objeto de tutela, de una parte, y la función disuasiva y la función de *enforcement* de las políticas públicas, de otra.





## CAPÍTULO CUARTO

### LA CLASS ACTION Y SUS ACTUALES DISCURSOS JUSTIFICATIVOS: DEL INDIVIDUO AL “MÁS ALLÁ”

*We should conclude that group organization and individual commitment to group purposes are not proof of the rightness or goodness of what the group wants or achieves*

HARDIN R., *One For All. The Logic of Group Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 214.

1.- EL CONCEPTO DE *CLASS ACTION* Y ENUNCIACIÓN DE OBJETIVOS; 2.- ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA *CLASS*; 3.- LA ADECUADA REPRESENTACIÓN COMO “HUÉSPED INCÓMODO”: LA GENEALOGÍA DE UNA INTERPRETACIÓN; 4.- EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LAS *MANDATORY CA* Y DEL (META)DERECHO SUBJETIVO DE EXCLUSIÓN (*OPT-OUT*): EL INDIVIDUO EN FUNCIÓN DE UN “FIN SUPERIOR”; 5.- EL INTERÉS GENERAL ENTRA EN ESCENA: REFLEXIONES SOBRE LA (SUTIL) MUTACIÓN EN EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LA *CA*; 6.- (SIGUE) LA JUSTIFICACIÓN DE LA *CA* CON ÉNFASIS EN EL *ENFORCEMENT* DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA ASÍ LLAMADA ‘FUNCIÓN PÚBLICA DE LA *CA*’

#### 1. EL CONCEPTO DE *CLASS ACTION (CA)* Y PRECISIÓN DE OBJETIVOS

Como ya precisé en la introducción de esta segunda parte del trabajo:

*Por class action (CA) entiendo, en términos muy generales, una acción procesal grupal ejercida por parte de un titular (o varios titulares) de un (o sendos) DSH que es (o son) también normativamente legitimado(s) para el ejercicio del macro(meta)derecho subjetivo de acción (en calidad de representative plaintiff y por medio de un apoderado técnico o class counsel) en nombre de sí mismo(s) y de los demás sujetos igualmente titulares de homogéneos DS cuyos deberes correlativos han sido (o están siendo, o serán) incumplidos por el (o los) sujeto(s) contra quien(es) se dirige la acción en cuanto titulares de los deberes correlativos. En línea de principio, la sentencia, o el acuerdo conciliativo (settlement), surtirá efectos frente a todos aquellos titulares de sendos DSH que sean considerados por el juez como miembros de la Class por medio del (siempre variable en su contenido) acto judicial de la Certification, y siempre y cuando estos sujetos no sean titulares del (meta)derecho subjetivo de exclusión (opt-out), o siendo titulares de dicho (meta)derecho subjetivo opten por no ejercerlo.*

Pues bien, con base en el concepto de CA apenas enunciado, a lo largo del presente capítulo desarrollaré un análisis de los discursos elaborados por la doctrina y los demás operadores jurídicos dirigidos a *justificar* la CA en la cultura jurídica estadounidense, es decir, un análisis de los discursos dirigidos a esgrimir las razones (el *para qué*) de la CA por parte de la doctrina y los operadores jurídicos en el ordenamiento normativo legal estadounidense.

En primera medida, resultará evidente como dichos discursos justificativos se enfrentaron, y se enfrentan, con una “dificultad”: la necesidad de justificar una re-interpretación (restrictiva) del macro(meta)derecho subjetivo de acción para alcanzar los objetivos (o finalidades) atribuidas a la CA como mecanismo procesal.

En concreto, se trata de un análisis que evidencia como, a partir de 1966, la justificación de dicha re-interpretación se construye, por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos, en atención a determinadas funciones adscritas a la CA: particularmente, como ya he precisado y se profundizará más adelante, la función de garantizar (cuanto en la cultura jurídica se considera sean) el acceso a la justicia, la economía procesal y el efecto disuasivo. Se trata entonces de un discurso que, mediante una valorización de cada una de estas funciones, pero particularmente (en tiempos más recientes) de la función disuasiva (la *deterrence*), se dirige, en un principio, a justificar la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes y, posteriormente, por medio de una ultra-valorización de la relevancia normativa de la disuasión y de sus *consecuencias* (también) *fuera* del escenario intra-procesal, a justificar una ulterior re-interpretación del (meta)derecho subjetivo de acción, con el objetivo de maximizar la extensión aplicativa de las funciones de la CA; una CA entendida, ahora, como mecanismo procesal cuyo alcance desbordaría el conflicto entre las partes procesales y se consolidaría, también, como instrumento procesal idóneo para garantizar la tutela del *public interest*: particularmente, como instrumento idóneo para garantizar (a favor del mayor número de personas -pero, sobre todo, a favor de cuanto se considera sea la suma del bienestar de todos los sujetos- y en términos comparativos con las acciones no grupales) la disuasión de los potenciales incumplimientos de los deberes correlativos a DSH y/o para garantizar el *enforcement* de las políticas públicas; ambos objetivos

dotados, en diferentes proporciones, de prioridad jerárquica por parte de un sector de la doctrina, siempre en atención a una concepción ético-normativa utilitarista<sup>1</sup>.

El empleo de esta doctrina ético-normativa en los discursos justificativos de la CA resultará evidente a lo largo de este capítulo, precisamente porque, bajo esta concepción, en la cultura jurídica estadounidense se justifica la priorización de (un particular significado adscrito a) las funciones atribuidas a la CA frente a la autonomía individual del potencial miembro de la *Class* bajo la premisa según la cual garantizar dichos objetivos (funciones), no obstante la limitación de la esfera de elección del miembro ausente, resulta más favorable para asegurar el mayor grado de *welferism* (entendido principalmente en términos de bienestar general) de la mayoría. Priorización que justifica los dos momentos re-interpretativos: (i) el primero momento con posterioridad a 1966 donde se justificó la limitación al principio-derecho dispositivo y el principio-derecho del *day in court* y (ii) el segundo momento, particularmente a raíz, tanto del ingreso en el discurso justificativo de las doctrinas del análisis económico del

---

<sup>1</sup> Por ahora, es suficiente precisar que utilitarismo se entiende, en términos muy generales, como un conjunto heterogéneo de doctrinas ético-normativas caracterizadas por dos elementos específicos comunes: (i) el consecuencialismo, es decir, una perspectiva que justifica las elecciones normativas en razón de sus consecuencias (en efecto, por consecuencialismo se entiende el conjunto de doctrinas éticas que consideran, en oposición a las doctrinas ética llamadas ‘deontológicas’, que «il valore di un’azione consiste sempre nelle sue conseguenze, ed è attraverso il riferimento alle conseguenze che le azioni, e anche le istituzioni, le leggi, le abitudini, devono essere giustificate, se si possono in qualche modo giustificare»: WILLIAMS B., *Una critica dell’utilitarismo*, en *Utilitarismo: un confronto*, SMART J., WILLIAMS B. (ED.), Bibliopolis, Napoli, 1985, p. 107 (versión traducida del inglés: *A critique of Utilitarianism*)) y (ii) el *welferim*, es decir, una perspectiva que juzga dichas consecuencias en términos de su aptitud para lograr la maximización de (dependiendo la teórica con la que se precisa es posible identificar cuál es el así llamado ‘bien común’) la felicidad, el placer, la utilidad o, en términos generales, el bienestar. De esta forma, el utilitarismo (junto con sus premisas teóricas anunciadas ya desde sus primeros esbozos) es (también) una doctrina que, sobre la base del llamado ‘principio de utilidad’, pretende establecer los criterios para justificar una determinadas elecciones normativas en atención a su potencialidad para garantizar -siempre teniendo presentes las consecuencias de la previsión normativa- el mayor grado de *welferim* posible, es decir, el mayor grado de bienestar al mayor número de personas, con el perenne objetivo de satisfacer cuanto se entiende sea la suma de los deseos, o del placer, o de las elecciones individuales racionales de todos. Entre la variada y extensa literatura sobre el utilitarismo, remito (también para ulteriores referencias bibliográficas) a SEN A., WILLIAMS B. (EDS.), *Utilitarismo e oltre*, Il Saggiatore, Milano, 1982 (trad. de la versión en inglés: *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, 1982); BIONDO F., *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Giappichelli, Torino, 2003; COMANDUCCI P., *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giappichelli, Torino, 1991; RIPOLI M., *Itinerari della felicità. La filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, Jhon Stuart Mill*, cit.

derecho, como a raíz del ingreso del discurso justificativo sobre PAG, donde se justifica una interpretación aún más restrictiva de la autonomía del potencial miembro de la *class*, bajo la premisa según la cual la CA cumpliría una función (a favor del cuanto en la cultura jurídica se considera sea el interés general) que desbordaría (y se impondría sobre) las situaciones de ventaja estrictamente individuales que se debaten al interior del proceso judicial.

## 2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA *CLASS*

Con base en el concepto de CA, y con particular atención a cuanto interesa en este trabajo, es decir, la naturaleza conceptual de las situaciones de ventaja objeto de tutela por vía de la CA, el primer instituto que requiere una precisión conceptual, si bien regresaré sobre el punto respecto a algunos aspectos específicos más adelante, es la *Class*<sup>2</sup>.

Pues bien, la *class* denota un grupo de sujetos individualmente considerados<sup>3</sup> respecto de los cuales se verifican tres circunstancias normativas específicas que,

---

<sup>2</sup> Sobre la definición de la *class* se ha señalado que «[i]t is critical to define a class properly. Without a precise, workable class definition [refiriéndose obviamente a una definición legislativa, es decir, un enunciado normativo objeto de interpretación y no a una definición conceptual], a court cannot ascertain who is in the class and thus bound by judgment. Modern Rule 23 was amended in 2003 to reflect this priority. Rule 23(c)(1)(B) states that “[a]n order certifying a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses[...].” Despite this new language, however, neither the amended Rule nor the accompanying Advisory Committee’s Notes set forth what criteria courts should use when determining whether a class has been properly defined»: KLONOFF R, BILICH E., MALVEAUX S., *Class Action and other Multi-Party Litigation. Cases and Materials*, 2º Ed., Thomson/West, 2006, pp. 46-47. Para un enfoque práctico y concreto sobre la “definición” de la *class* ver *Manual for Complex Litigation*, *cit.*, p.270 ss.

No obstante las dificultades, considero que los usos del término ‘*class*’ por parte de la doctrina y los operadores jurídicos dan, necesariamente, la posibilidad de formular una definición de la ‘*class*’ desde un punto de vista conceptual.

<sup>3</sup> Esta afirmación es correcta desde un punto de vista conceptual a la luz de las apreciaciones teóricas ya presentadas principalmente en el primer capítulo de este trabajo: la *class* denota siempre, y sólo, individuos en cuanto sólo los individuos pueden ser titulares de derechos (en cuanto exclusivos agentes morales capaces de acciones y de omisiones). Esto no significa, sin embargo, que los usos del término ‘*class*’ por parte de la doctrina y los operadores jurídicos necesariamente sigan esta línea conceptual. De hecho, como ya he mencionado varias veces y se verá también más adelante,

aunque relacionadas, son diferenciables: (i) se trata de sujetos individualmente considerados titulares de sendos DSH<sup>4</sup>; (ii) se trata de sujetos individualmente

cierta doctrina tiende a presentar a la *class* como un agente destinatario de situaciones de ventaja (ver principalmente pies de página 88 y 92 de este capítulo).

Sin embargo la mayoría de la literatura al respecto coincide en afirmar que la *class* denota, en primera medida, sujetos individuales. No sorprende entonces que incluso en 1938 la original R23 prescribiera en su literal (a) que «[...] if a persons constituing a class [...]» y que la actual R23 prescriba igualmente en el literal (a) que «On or more members of a class may [...]» al tiempo que en una serie de enunciados normativos prescritos para especificar los que han sido llamadas los tres tipos de CA expresamente se hace referencia a individuos («individual members»). Jurisprudencialmente sólo mencionar las decisiones donde los jueces expresamente han precisado que la *class* está conformada por sujetos individuales o, mejor, donde expresamente se ha reconocido que cuanto se discute en una CA son siempre situaciones de ventaja individuales sería un trabajo eterno. De hecho, la jurisprudencia se puede considerar unánime al respecto incluso valorizando precisamente la relevancia de la tutela específica de los principios-derechos procesales de los miembros de la *class*.

Claro, otros enunciados normativos emplean un lenguaje que además de generar un contexto lingüístico ambiguo y eventualmente contradictorio, emplea locuciones susceptibles de la atribución de un significado que podría hacer pensar en la *class* como una entidad autónoma: me refiero a todos los enunciados que hacen referencia a la *class* sin especificar que se trata de la agregación de individuos o, incluso, como sucede en los enunciados “hermanos” de la CA contenidos en la R.23.1. y R.23.2 que expresamente hacen referencia a, por ejemplo (y en el primer caso) «[...] right of a corporation [...]» o (en el segundo caso) hace una distinción entre «[...] interest s of the association and its members[...]». Y talvez precisamente a raíz (pero no sólo) de estos enunciados es que han surgido propuestas normativas que “entifican” a la *class* como sujeto diferente de los miembros que la componen: por ahora basta ver que SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, cit, p. 921, señala, en defensa del así llamado ‘Entity Model’ que «[t]his conclusión is not quite so radical [...] since the idea ot the collectivity as an entity is familiar one in other settings. Thus, a whole range of voluntary private associations–congregations, trade unions, joint stock companies, corporations–and on a less “voluntary” level, municipalities and other governmental entities, have long been recognized as litigants in their own right–entities whose members may have at best only a limited say in what terms the controversy is ultimately resolved. Indeed, the rise of those organizations has been noted as one of the reasons for the decline of the class action from the mid-eighteenth to the mid-twentieth century». Sobre esta afirmación regresaré más adelante aunque considero necesario precisar que las razones históricas de un error conceptual no justifican un análisis conceptual errado.

<sup>4</sup> A este punto es necesario recordar, como ya precisé en el numeral 5 del capítulo tercero y en el numeral 3 de este capítulo, que los DSH objeto de tutela por medio de una acción grupal se distinguen no sólo del macro(meta)derecho de acción funcional a su tutela, sino también, tanto del (meta)derecho subjetivo de acción al resarcimiento del daño, como del (meta)derecho subjetivo de acción a la disuasión de las conductas potencialmente lesivas del DSH en cuestión. Esta afirmación conceptual resulta fundamental a este punto del trabajo: si bien el derecho al resarcimiento y el derecho a la disuasión denotan situaciones de ventaja individuales fundadas sobre normas correspondientes con al menos una de las cuatro posiciones normativas hohfeldianas, estas

considerados respecto de los cuales la autoridad judicial prescribe, mediante una providencia, la *certification*<sup>5</sup>, que la sentencia judicial, o el acuerdo conciliativo, les será aplicables porque encuadran, en términos de hecho y/o de derecho, en la categoría establecida (prescrita) por el juez y (iii) porque no ejercieron, cuando permitido, el (meta)derecho subjetivo de exclusión, es decir, el *opt-out*.

Así, *x,y,z* hacen parte de la *class C* si, y sólo si: (i) *x, y, z* son titulares de sendos DSH, (ii) el juez prescribe que *x,y,z* hacen parte de la *Class* (es decir, ‘*x,y,z* son titulares de la posición normativa *hacer parte de la Class*’) y (iii) *x,y,z* no son titulares del derecho a (es decir, de de la posición normativa activa e individual de) excluirse de la *Class*, o siéndolo no lo ejercen.

De esta forma, hacer parte, o no hacer parte, de la *Class*, no incide ni modifica el hecho normativo de ser titular de uno de los DSH<sup>6</sup>, sino simplemente, como se verá en

---

situaciones de ventaja están abiertamente dirigidas (y en ello radica su justificación normativa al interior del ordenamiento jurídico) a la tutela del DS primario (razón tiene GUASTINI R., «*Un soggetto, un diritto, un giudice*». *I fondamenti teorici di un giustizia non-amministrativa*, cit., p. 46 cuando, a manera de ejemplo, afirma -a partir de un enfoque conceptual hohfeldiano y para explicar el uso de la locución ‘meta’ para referirse a los DS funcionales a otros derechos que también llama ‘derechos secundarios’ (ver al respecto el pie de página 20 y el numeral 13 el capítulo primero)- que «[...] il diritto al risarcimento del danno ingiusto è funzionalmente connesso ai diritti alla cui tutela è preordinato [...]»). En estos términos la homogeneidad de los DSH de los miembros de la *class* hace referencia al derecho subjetivo primario, pero también al derecho subjetivo secundario, sea que se trate de pretensiones dirigidas al resarcimiento, sea que se trate de pretensiones dirigidas a la disuasión.

<sup>5</sup> Dentro de otros aspectos de fundamental importancia, la R23(C)(1)(B) precisa que «An order certifying a class action must define the class [...]». La *certification* es entonces un acto normativo que otorga (entre otras) una específica posición normativa a un sujeto titular de un DSH (vulnerado o en vía de vulneración) por medio de la especificación de los miembros de la *class* en el caso concreto.

<sup>6</sup> Es necesario señalar que con dicho acto procesal se precisan los límites subjetivos de la *class* en atención a criterios fácticos y normativos que (y en razón de los cuales se) restringen el número de titulares de DSH que podrán accionar por vía de dicha acción procesal en ese caso específico. De esta forma, los elementos de la *class* no son iguales al número de sujetos titulares del DSH vulnerado. Esto, precisamente, porque por vía de la *certification* se toman en consideración otros factores dirigidos a satisfacer determinados objetivos (si el acceso a la justicia, pero también la economía procesal y la disuasión) en razón de específicas concepciones ético-normativas (principalmente utilitaristas) y en razón de restricciones prescritas (en el sentir del operador jurídico) por normas procesales referidas, por ejemplo, a reglas sobre la competencia y la jurisdicción. Esto es tanto cierto (es decir, que la *certification* fija los límites subjetivos de la extensión de los efectos del *giudicato*, pero no genera nuevos derechos subjetivos salvo aquel de ser miembro de la *class*) que el mismo juez puede modificar durante el curso del proceso la composición de la *class* excluyendo, o incluyendo,

seguida, implica que los efectos de la sentencia, o del acuerdo conciliativo, surtirán, o no, efectos sobre el patrimonio del titular del DSH<sup>7</sup>.

Así, y contrario a posiciones de autorizada doctrina<sup>8</sup>, la declaratoria (o incluso se podría afirmar el carácter *constitutivo*) del pronunciamiento normativo del juez que identifica las condiciones fácticas y de derecho que reúnen (o, mejor, que deben reunir) a los miembros de la *class*, no generan nuevas situaciones de ventaja ni, tanto menos, un sujeto de derecho titular de situaciones de ventaja objeto de tutela (salvo, claro está, la

---

sujetos o subdividiéndola de acuerdo a circunstancias de orden justificativo sin que, obviamente, se verifique una modificación de la naturaleza conceptual de los DSH objeto de tutela. De esta forma la R23(4) precisa que «When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly», al tiempo que la R23(c)(1)(C) precisa que la orden de *certification* «[...] may be altered or amended before final judgment». Y no sólo: la misma R23(f) (re-escrita en el 2007) prescribe la posibilidad de apelar la decisión que niegue o, en cambio, acepte, la *certification* de la CA: «A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 10 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders». Es necesario entonces insistir que el hecho de que la *certification* pueda ser modificada e incluso negada tiene efectos sólo sobre la forma de ejercicio del macro(meta)derecho subjetivo de acción y no sobre los DSH respecto de los cuales se considera que se han incumplido los deberes correlativos por parte del sujeto demandado.

<sup>7</sup> De esta forma, como ya precisé en la introducción a esta segunda parte del trabajo, la R23 reformada en 1966 (al menos en principio) soluciona la ambivalencia del discurso jurisprudencial y doctrinal sobre la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes, precisando que siempre los mismos se extenderán a todos los sujetos miembros de la *class* que no se hayan excluido del proceso y que les haya sido garantizada una adecuada representación (sobre este punto ver el numeral 3 de este capítulo). Así, el acto (y la permanencia no obstante sus eventuales modificaciones) de la *certification* es el acto mediante el cual el juez, en calidad de protector de la esfera de derechos de los miembros ausentes, permite (a los ojos del legislador y de los operadores jurídicos) el efecto de cosa juzgada frente a todos los individuos miembros de la *class*. En efecto, como precisaré más adelante, para el legislador de 1966, pero también aquel, por ejemplo, del 2003 (peor no, al parecer, para parte de la doctrina más actual) sólo era posible prescribir la extensión de los efectos del *giudicato* a los sujetos ausentes, previo reconocimiento de “nuevos” derechos subjetivos (o, mejor, de nuevas interpretaciones de viejos enunciados normativos) a dichos sujetos: particularmente el derecho de *opt-out* y el derecho a la adecuada-representación.

<sup>8</sup> Sobre este punto regresaré más adelante (ver numerales 4-6 de este capítulo). Sin embargo llama la atención la afirmación (conceptualmente errada según cuanto señalado en el capítulo tercero) de SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, *cit*, p. 923, cuando afirma que «the small claim class action strikes me as one that serves the purpose not of compensating those harmed [...] but rather, and perhaps entirely, the purpose of allowing a private attorney general to contribute to social welfare [...]».



situación de ventaja de hacer parte de la *Class* y, entonces, estar sujeto, salvo excepcionales circunstancias, al resultado favorable, o desfavorable, del fallo).

De este modo, el uso del término '*class*' por parte del operador jurídico (y, en primera medida, su empleo en los enunciados normativos por parte del legislador) se verifica como resultado de un ejercicio justificativo de la posibilidad de agrupar determinados DSH (no todos, sino sólo aquellos) que en razón de específicas visiones ético-normativas hacen viable y conveniente la posibilidad de ejercer el macro(meta)derecho subjetivo de acción por parte de uno, o varios, de los titulares de dichos DSH, en representación de los demás titulares de homogéneos DS<sup>9</sup>.

En efecto, la especificación de la *class* por parte del juez en un enunciado normativo dentro del proceso no denota los DSH objeto de tutela, sino, más bien, circunstancias temporales y espaciales que (contingentemente) restringen el número de titulares de DSH que serán receptores de resultado (de la norma) que pondrá fin al proceso judicial. Así, mediante dicha especificación se verifica una restricción, con base en criterios específicos, que excluyen algunos de los DSH objeto de tutela en atención, por ejemplo, además de la necesaria verificación del potencial incumplimiento de los deberes correlativos por parte del sujeto demandado, a las circunstancias fácticas -temporales y/o espaciales- en las que se verificó (o se está verificando, o eventualmente se

---

<sup>9</sup> En efecto, sólo mediante la especificación de los DSH que harán parte del debate procesal se puede afirmar que el fallo (o el acuerdo que ponga fin al proceso) tendrá efectos frente a las partes. Ahora bien, en cuanto hacer-parte-de-la-*class* es el resultado de un acto procesal que otorga dicha posición normativa individual, es necesario tener presente que se trata de una conducta mediante la cual se considera justificado que determinados sujetos titulares de DSH hagan parte de la *class*. Justificación que opera, no necesariamente en razón de una constatación de la voluntad del sujeto de hacer parte, sino en razón de otros criterios justificativos según los cuales se considera conveniente que el sujeto resulte vinculado por los efectos del fallo. Es decir, la justificación de hacer-parte-de-la-*class* responde, para parte de la doctrina, a determinados objetivos normativos que actualmente son conectados (también) con doctrinas económicas que a partir de análisis teóricos consideran que hacer parte del proceso no debe seguir la voluntad del sujeto (en efecto, se habla de la CA como de *no-contractual aggregation* en el universo de las técnicas de agregación: ver, NAGAREDA R., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, cit., p. 28: «A second and even more dramatic form of non-contractual aggregation takes place by way of class actions under Rule 23[...]» y ver, en relación con la distinción y el empleo de los términos 'aggregation' y 'representation' en los discursos justificativos de la CA, BASSETT D., *Constructing Class Action Reality*, en *Brigham Young University Law Review*, 2006, pp. 1415-1468 ) donde el sujeto titular del DS objeto de tutela pierde el control de un proceso que, como miembro ausente, ni siquiera inició: le resta sólo la opción de excluirse, pero no cierto aquella de determinar si la CA prospera, o no.

verificará) el incumplimiento de los deberes correlativos, o también en razón de las eventuales pruebas que se deben practicar dentro del proceso<sup>10</sup>; pero sobre todo en razón de un aspecto que se revela, al mismo tiempo, como la justificación del excepcional (si bien ya generalizado) empleo del instrumento procesal de la CA que, a su vez, implica al menos en principio, la necesaria reinterpretación de los enunciados normativos contentivos de principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción: la llamada ‘adecuada representación’<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> La *certification* es entonces la puerta de ingreso al escenario procesal de la CA mediante (entre otras cosas) el reconocimiento a un titular de uno de un DSH de la posición normativa de *miembro de la class*. La *certification* permite la extensión de los efectos del fallo y, sobre todo, sin *certification* no hay CA. Precisamente este último aspecto, dada la relevancia del acto procesal, ha generado algunas discusiones, pero no particularmente en relación con la especificación de los miembros de la *class* sino con un aspecto aún más trascendental: la posibilidad de que la CA pueda, o no pueda, ser adelantada. Uno de estos aspectos, que guarda relación sólo indirecta con este trabajo, se refieren a los requisitos que el juez debe tomar en consideración al momento de certificar la CA; en concreto, establecer hasta qué punto la parte actora debe probar, al menos sumariamente, en el *pleading* (actos introductorios) que existen fundamentos probatorios que puedan hacer viable las pretensiones de la parte actora. Se trata de una discusión relativa al alcance de la R8 FRCP donde, al menos desde 1966, se exige que la parte actora presente «[...] a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief [...]». La discusión se concentra principalmente en si el actor procesal debe probar (presentar hechos) que comprueben al menos sumariamente que la acción procesal es plausiblemente fundada. Pues Bien, en una reciente decisión en un proceso de *antitrust* CA, *Bell Atlantic Corporation v. Twombly* 550 U.S. 544 (2007), la *Supreme Court* supera (pero con salvamento de voto de Stevens y de Ginsburg) el precedente de *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957), estableciendo que en el *pleading* «we do not require heightened fact pleading of specifics, but only enough facts to state a claim to relief that is *plausible* on its face» (cursive mía). Se trata de una decisión que, en pocas palabras, exige, contrario a la tradición sedimentada desde 1966, que en el *pleading* se presenten hechos, pruebas plausibles, de que las pretensiones tienen fundamento probatorio. Esa decisión ha suscitado muchas controversias en el escenario estadounidense entre quienes consideran que los hechos no deben ser incluidos (probados) antes del *discovery* (para garantizar el derecho de las partes, por ejemplo, al jurado -garantizado por la VI y la XIV enmienda de la Constitución de Estados Unidos-) frente a quienes, en cambio, consideran que muchas veces a (no sólo) las *antitrust* CA como un instrumento de amenaza a la parte demandada sin ningún fundamento probatorio. Sobre el particular ver, antes de *Twombly*, por ejemplo, SILVER C., “*We’re scared to Death*”: *Class Certification and Blackmail*, en *New York University Law Review*, 78, 2003, pp. 1357-1430 y, con posterioridad a la decisión, por ejemplo, BURBANK S., *Pleading and the Dilemmas of “General Rules”*, en *Wisconsin Law Review*, 2009, pp. 535-564. En italiano ver DONDI, A., *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, pp. 529-539.

<sup>11</sup> En efecto, como precisaré más adelante, la adecuada-representación como criterio que equilibra el empleo de la CA a la luz de determinados principios que gobiernan, en el sentir del propio

Pues bien, en relación con este último aspecto, es pertinente especificar que la prescripción normativa de la CA requirió, y requiere, al menos en la cultura jurídica estadounidense -salvo que se optase, en concordancia con el escenario italiano, por la consagración de situaciones de ventaja diferentes al DS- una *exigente* justificación (que, desde ya anunció, se verifica bajo la forma de una concepción ético-normativa de matriz utilitarista) que legitime la reinterpretación de los principios procesales en cuanto, en su carácter excepcional, la CA resulta a los ojos del operador jurídica evidentemente contraria a las tradicionales interpretaciones arraigadas en la cultura jurídica estadounidense propias de la ya bien definida por Kagan ideología del ‘*adversarial legalism*’<sup>12</sup>.

Es en este contexto que la especificación de los criterios factuales (temporales y/o espaciales) y de derecho que restringen la *class* a determinados DSH, excluyendo sólo algunos de ellos, siguen con extrema atención los criterios fijados por el mismo legislador como *garantía* de la observancia de cuanto el legislador (y actualmente también la doctrina y los jueces) consideran el equilibrio normativo que sostiene la garantía de los valores inspiradores de los principios procesales que, a raíz de la CA,

---

ordenamiento jurídico, el proceso judicial, se emplea como el instrumento normativo que debería poner fin a la dificultad relativa a la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes. Ya en *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940) el análisis argumentativo de la *Supreme Court* está preordenado a este objetivo concreto: «[...] this court is justified in saying that there has been a failure of due process only in those cases where it cannot be said that the procedure adopted, fairly insures the protection of the interests of absent parties who are to be bound by it». La adecuada representación es la locución empleada por el legislador, los jueces y la doctrina para justificar la reinterpretación de los enunciados normativos contentivos de principios procesales interpretados tradicionalmente a la luz de un proceso construido para la presencia de todos los sujetos interesados (sin embargo, ver numeral 3 y siguientes de este capítulo).

<sup>12</sup> KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, cit., *passim*. Como ejemplo de la fuerte influencia de esta ideología y claramente influenciado por la misma REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit., *passim*, quien (no solo en este trabajo sino en varios de sus artículos) emprende una crítica fuerte contra la CA, sobre todo en aquellos puntos donde se aleja de las concepciones dogmáticas (cargadas, al menos por el autor, de una intangibilidad interpretativa) propias de las tradicionales interpretaciones de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción. Este es entonces el momento justo para precisar que si bien algunas afirmaciones de Redish pareciera que coinciden con algunas de mis afirmaciones en este trabajo, dichas coincidencias son sólo aparentes y, de hecho, su trabajo es objeto de crítica por los mismos vicios conceptuales señalados a lo largo de este trabajo, sobre todo en su sin duda confusión entre el plano conceptual y el plano justificativo.

resultan modificados en su contenido<sup>13</sup>. De esta forma, la relectura del principio dispositivo y del principio del así llamado *day in court* a la luz de elecciones ético-normativas utilitaristas favorables a la acción grupal se construye (al menos al inicio) sobre la base de una escrupulosa atención a la *representación adecuada* de los miembros ausentes de la *Class*<sup>14</sup>.

Antes de pasar a un análisis específico de la adecuada representación (*adequacy of representation*), como criterio normativo que el legislador asume (y la doctrina confirma) como un sustituto normativo *equilibrador* del sacrificio de las tradicionales interpretaciones de principios-derechos procesales relativos al macro(meta)derecho de acción, es necesario especificar una conclusión de la anterior premisa relativa a la *class*.

La restricción del grupo de DSH objeto de tutela -en razón del actual o del posible incumplimiento de los deberes correlativos por parte del titular de estos últimos- que se lleva a cabo por vía de la especificación de la *class* por parte del juez, se prescribe, no en atención a la necesidad de abrigar con el manto del término ‘class’ todos los DSH

---

<sup>13</sup> Este es el motivo por el que el operador jurídico ha dado un valor superior (frente a los demás requisitos) al requisito de la adecuada representación previsto por la R23(a)(4): en efecto, afirma por ejemplo ISSACHAROFF S., *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, en *Supreme Court Review*, 1999, p. 353 que «There is no reason to believe, either as a matter of rules craftsmanship or case law or policy, that the concept of adequate representation present in the rules is anything other than the level of constitutional protection of absent class member interests necessary to deem their virtual participation in litigation fundamentally fair». Ver numeral 3 de este capítulo para una mayor profundización.

<sup>14</sup> Al menos en un principio, si bien la R23 encuentra su justificación en doctrinas utilitaristas, el mismo ordenamiento jurídico no admite una anulación del contenido (considerado como “esencial”) adscrito a algunos enunciados normativos relativos principalmente al macro(meta)derecho subjetivo de acción (entendido también en el sentido amplio del derecho al debido proceso). De esta forma la adecuada representación se presenta como la locución más idónea para, y por medio de su uso, justificar las elecciones normativas utilitaristas dirigidas a alcanzar finalidades normativas específicas (particularmente el acceso a la justicia, la economía procesal y la disuasión) mediante una re-interpretación de los derechos procesales. En este sentido, sólo a manera de ejemplo, FISS O., *The Allure of Individualism*, en *Iowa Law Review*, 78, 1992-1993, p. 970-971, afirma, respecto a la adecuada representación, que «I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a “right of representation”: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented. The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding. If any interest is not adequately represented, then the decree remains vulnerable to a new challenge». Este ejemplo es evidentemente una re-interpretación de viejos enunciados normativos a la luz de la nueva normativa, tratando de salvaguardar (y de presentar de manera diferente) las tradicionales concepciones de los que se consideran los derechos subjetivos de un actor procesal.

vulnerados por el titular de los deberes correlativos, sino con el objetivo de identificar aquellos derechos cuya vulneración se llevó a cabo en (contingentes) circunstancias similares, con el fin de restringir el grupo de derechos a aquellos DS vulnerados en condiciones que, en atención al enfoque ético-normativo utilitarista que justifica la ley (y que la doctrina ha identificado en la garantía del acceso a la justicia, la economía procesal y el efecto disuasivo<sup>15</sup>), permita adelantar el proceso en respeto de la “nueva” interpretación del *due process*: por este motivo la senda titularidad de una homogeneidad (en términos de posiciones normativas hohfeldianas) de DS no es requisito suficiente, aunque si necesario, para que se lleve a cabo la identificación de la *Class*.

### 3. LA ADECUADA REPRESENTACIÓN COMO “HUÉSPED INCÓMODO”: LA GENEALOGÍA DE UNA INTERPRETACIÓN

La R23(a) prescribe los cuatro requisitos generales para que se pueda certificar una CA: (1) la c.d. ‘*numerosity*’<sup>16</sup>, (2) la c.d. ‘*commonality*’<sup>17</sup>; (3) la c.d. ‘*typicality*’<sup>18</sup>; (4) la c.d. ‘*Adequate Representation*’<sup>19</sup>. Se trata de algunos de los requisitos justificativos del *excepcional* empleo del instrumento procesal de la CA que el juez (en su igualmente excepcional, aunque ahora generalizado, papel activo al interior del proceso) debe corroborar desde el inicio hasta la conclusión del proceso mediante la (siempre variable en su contenido) *certification*.

---

<sup>15</sup> Son las finalidades (entonces la justificación) de la CA en el ordenamiento jurídico. Para un análisis evidentemente prescriptivo (si bien el autor lo presenta como análisis teórico) ver el estudio (inspirado en las doctrinas del análisis económico del derecho) sobre estas finalidades (justificaciones) de la CA de GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., princ. pp. 13-98. Ver también JONES C., *Theory of Class Actions*, cit., passim.

<sup>16</sup> «One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable [...]» R23(a)(1).

<sup>17</sup> «One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if [...] (2) there are questions of law or fact common to the class [...]» R23(a)(2).

<sup>18</sup> «One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if [...] (3) the claims or defenses or the representative parties are typical of the claims or defenses or the class [...]» R23(a)(3).

<sup>19</sup> «One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if [...] (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class» R23(a)(4).

En efecto, tomando en cuenta que la justificación de la CA en la cultura jurídica estadounidense requiere, a los ojos del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia, una escrupulosa atención, debida al “sacrificio” de las tradicionales interpretaciones de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción<sup>20</sup>, la misma R23 contiene enunciados normativos que prescriben:

---

<sup>20</sup> El “sacrificio” más notorio es el relativo al principio tradicional según el cual «[O]ne is not bound by a judgment *in personam* in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process»: ver al respecto *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 40 (1940); *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755, 761-64 (1989); *Richards v. Jeffersin County*, 517 U.S. 793, 798-99 (1996). Se trata del “sacrificio”, en términos generales, de una concepción específica de la autonomía individual del sujeto de decidir si actuar o no en un proceso y, si decide actuar, la posibilidad de participar y gobernar los destinos del mismo. Un principio que ya desde la misma estructura de la CA, en su forma de acción representativa/agregativa no-contractual («They [los miembros ausentes de la *class*] cannot escape aggregation, even when it occurs against their wishes, and, except they serve as lead parties, they must accept services from and pay fees to lawyers and other persons they have Little power to control»), AMERICAN LAW INSITUTE, *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, pp. 14-22, *Prelim. Draft No. 3, agosto 25, 2005*, citado por NAGAREDA R., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation, cit.*, p. 35) resulta “sacrificado”. En términos generales se habla entonces del sacrificio del principio-derecho subjetivo del ‘*day in court*’ que por tradición (particularmente en atención a la ideología del ‘adversarial legalism’) se tiende a respetar como una presunción inamovible: en efecto, esfuerzos por relativizarlo al interior del discurso dogmatico procesal, es decir, discursos dirigidos a una ampliación de la extensión de los efectos del *giudicato* a los sujetos que no hacen parte del proceso (*nonparty preclusion*) no han tenido mucho suceso (me refiero por ejemplo a los trabajos de GEORGE L., *Sweet Uses of Adversity: Parklane Hosiery and the Collateral Class Action*, en *Stanford Law Review*, 32, 1980, pp. 659 y ss.; VESTAL A., *Res Juidicata/Preclusion: Expansion*, en *South California Law Review*, 47, 1974, 839-381; o BONE R., *Rethinking the “Day in court” Ideal and Nonparty Preclusion*, en *New York University Law Review*, 67, 1992, *passim.*) y, por el contrario, si bien con mucha menor intensidad, no faltan trabajos que aún critican el “sacrificio” del principio del *day in court* como el resultado de un sacrificio de la democracia y de la tradición liberal estadounidense (ver REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, p. 137 y *passim*). Pero también hay autores que contrario a la tendencia consideran que el principio de *day in court* y el esfuerzo por equipararlo al lenguaje de la CA sólo genera distorsiones innecesarias (KOINAK S., *How like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, en *Notre Dame Law Review*, 79, 2004, p. 1855: «Virtual representation in a class action, along with other similarly situated, is simply not equivalent to one’s day in court. That’s fine with me» porque, señala en el pie de página 341, «I agree with Profesor Shapiro that the “day in court” model only distorts analysis in this area»). Pues bien, es en este contexto complejo y conflictual en el que (incluso hoy) se verifica la justificación de la CA que, precisamente por este motivo, resulta siempre muy escrupulosa en medio del continuo debate entre la extensión de los efectos del fallo y el eventual *collateral attack*.

- (i) la imperativa constatación de situaciones fácticas y jurídicas que justifiquen la acción procesal a la luz del enfoque ético-normativo utilitarista<sup>21</sup> que, a su vez, justifica la prescripción de la acción en el sistema normativo: me refiero al primer requisito (*numerosity*<sup>22</sup>) que reflejaría la imposibilidad, o la no-conveniencia, desde un punto de vista de costo-beneficio, de adelantar tantos procesos cuantos titulares de DSH existan dada la amplitud, la numerosidad, de los miembros de la *class*<sup>23</sup>;

---

<sup>21</sup> El razonamiento que prima en el análisis justificativo consiste en una evaluación en términos de costo-beneficio que justifique la privación del *day in court* al potencial miembro de la *class* en cuanto por esta vía se lograran objetivos específico, particularmente aquellos que se emplean como justificación de la CA: el acceso a la justicia, la economía procesal y el efecto disuasivo.

<sup>22</sup> Sobre este requisito se prescribe en *Wright v. Circuit City Stores, Inc.*, 210 F.R.D. 526. 537-38 (N.D. Ala. 2001) que «Rule 23(a)(1) incorporates no bright-line test for determining numerosity. This determination rests on the court’s practical judgment in light of the particular facts of the case. The class representative is not required to establish the exact number in the proposed class. “Plaintiffs must show some evidence of or reasonably estimate the number of class members.” Estimates as to the size of the proposed class are sufficient for a class action to proceed. Mere speculation and unsubstantiated allegations as to numerosity, however, are insufficient to satisfy Rule 23(a)(1)» y en relación particular con el adjetivo ‘impracticable’ se precisa en otra decisión, *Patrycus v. Gomilla*, 121 F.R.D. 357 (N.D.Ill. 1988), que «the individual circumstances of a case must be considered in determining whether joinder is impracticable. A relatively small group may form a class if other considerations make joinder impracticable»; sobre el mismo adjetivo la doctrina precisa que «Thus, it is not necessary that the joining of all class members as named parties in a single action should be impossible in order to satisfy this pre-requisite, only that it be extremely difficult or inconvenient»: MULHERON R., *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, cit., p.129.

<sup>23</sup> Respecto a este requisito KOINAK S., *How like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, interpreta la R23 (y particularmente el requisito de la *Numerosity*) afirma que la misma asume la ausencia de los miembros de la *class*: «[...] in many, probably most, class actions, the entirety of the class could not fit in the courtroom. All that aside, it is nonetheless true that class actions assume many or most members of the class will take no part in the case at any stage in its progress through the courts». Tal vez esta afirmación requiere sin embargo una aclaración. La CA no asume la ausencia de los miembros ausentes sino que la genera o, para ser más preciso, la justificación de la CA implica la (eventual) ausencia de los miembro ausentes. Si no fuese así ¿qué sentido tendría la discusión sobre la posibilidad de extender los efectos del *giudicato*? El requisito de la *numerosity* se consolida en el lenguaje de los operadores jurídicos y de la doctrina como un límite al empleo de la CA prescrito por una norma que impone al juez verificar que la controversia no se pueda (o que sólo con extrema dificultad se pueda) llevar a cabo con la presencia de todos los miembros del grupo. Si no se verifica este requisito la tendencia es aplicar los criterios de la R19 y de la R20: NAGAREDA R., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, cit., p. 67, «When the would-be absent members of the class can readily be joined in the ordinary fashion of Rules 19-

- (ii) la imperativa constatación de una comunión, no sólo de DSH, sino de hechos (en términos espaciales y temporales) y/o de “derecho” (es decir, de conductas desplegadas por los miembros de clase que les atribuyen posiciones normativas similares), para garantizar precisamente el cuarto requisito<sup>24</sup>: me refiero al segundo y tercer requisito (*commonality*<sup>25</sup> y

---

20—in practical terms, identified by name and served with legal process to participate in the action—there is no particular need for their legal rights to be adjudicated by way of a procedure for non-contractual aggregation. Instead, procedural law prefers that each person should litigate on her own behalf».

<sup>24</sup> Ya he precisado (y más delante profundizaré sobre el particular) que el punto de equilibrio precario entre la elección de permitir la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes con la garantía de sus derechos se verifica en el ordenamiento jurídico estadounidense mediante el uso de la locución ‘adecuada representación’ que se convierte en el sostén de las concepciones tradicionales de los derechos subjetivos de los sujetos en el proceso judicial mediante una re-interpretación de los enunciados normativos reconducidos al principio del *day in court*. Pues bien, precisamente esta centralidad dada a la adecuada representación justifica la previsión normativa de estos dos requisitos (*typicality* y *commonality*) que en el discurso de los operadores jurídicos cumplen una función de “apoyo” a la “correcta” constatación de la adecuada representación. En efecto, si no se verifican dichos requisitos difícilmente la representación por parte del representante de la *class* podrá ser adecuada en cuanto tendría que proveer a la tutela de situaciones no-comunes entre los miembros y, peor, cuestiones que no-coinciden con las cuestiones de los miembros que representa: en efecto, se precisa en *General Telephone Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982), pie de página 13, que «The commonality and typicality requirements [...] tend to merge. [...] Both serve as guideposts for determining whether under the particular circumstances maintenance of a class action is economical and whether the named plaintiff’s claim and the class claims are so interrelated that the interests of the class members will be fairly and adequately protected in their absence. Those requirements therefore also tend to merge with the adequacy-of-representation requirement [...]» (en el mismo sentido el famoso caso *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) p. 626 pie de página 20).

<sup>25</sup> Ver *Marisol A. v. Giuliano*, 126 F.3d. 372 (2º Cir. 1997) donde se precisa que «[...] we simply cannot say that these claims are so unrelated that their aggregation necessarily violated Rule 23», resaltando así no solo la ambigüedad del lenguaje empleado en el enunciado normativo sino, sobre todo, un aspecto que caracteriza este requisito: la libertad interpretativa que dicha ambigüedad le concede al juez para pasear de una exigente verificación de la *commonality* (sobre todo en los casos relativos a la R23(b)(3) donde la norma expresamente prescribe que las cuestiones comunes a los miembros de la *class* tienen que predominar sobre las cuestiones sólo individuales de cada miembro de la *class*) hasta una relajada o *minimal* exigencia de cuestiones comunes, incluso sólo una cuestión legal o de hecho (ver *Baby Neal v. Casey*, 43 F.3d 48 (3º Cir. 1994) o *Buford v. HR Block Inc.*, 168 FRD 430 (SD Ga 1996)), todo sin perjuicio de la posibilidad de dividir en subclases la *class* originalmente propuesta, como en efecto es permitido por la R23(c) para permitir que se verifiquen con mayor nitidez las cuestiones comunes. Ver también *J.B. v. Valdez*, 186 F.3d, 1280 (10º circ., 1999).



*typicality*<sup>26</sup>) que insiste sobre la necesaria homogeneidad de las situaciones de ventaja tuteladas;

- (iii) la imperativa constatación, durante el curso del proceso, de la tutela de la nueva versión (sin duda no generalizada a todos los escenarios conflictuales) de algunos micro(meta)derechos subjetivos relativos al macro(meta)derecho de acción. Derechos abrazados con el significado adscrito a la locución ‘*adequate representation*’<sup>27</sup> (cuarto requisito), es decir, todas aquellas

---

<sup>26</sup> En *eisenberg v. Gagnon*, 766 F2d. 770 (3º Cir. 1985), p. 786 se dijo que este requisito «is something of an enigma in the jurisprudence of class action». Pues bien, más allá del posible contenido atribuido a la R23(a)(3) (que por cierto ha sido muy variado, como bien precisa MULHERON R., *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, cit., p. 312, cuando presenta muchas de las “definiciones” atribuidas por parte de la jurisprudencia) lo cierto es que este requisito está íntimamente conectado con la relación entre el representante de la *class* y los miembros de la *class*. Más allá de que en ocasiones se afirme que el requisito de la *Typicality* es intercambiable con el requisito de la *commonality* (como en efecto se puede pensar que se hizo en sentencias como *Reyes v. Walt Disney World Co.*, 176 FRD 654 (MD Fla. 1998)) o que se afirme que *Typicality* no aporta nada de nuevo al requisito de la *commonality* o a aquel de la adecuada representación (como en efecto sucedió en *Harriss v. Pan American World Airways Inc.*, 74 FRD 24 (ND Cal 1977) o en *Droughn v. FMC Corp.*, 74 FRD 639 (ED Pa 1977)), lo cierto es que este requisito normativo, más que un énfasis, es la reiteración de la tarea impuesta al juez al momento de la *certification* para que no apruebe una CA donde se puedan verificar conflictos de intereses entre los miembros y su representante, esto con el fin de poder garantizar la representación adecuada: «the typicality requirement is intended to preclude certification of those cases where the legal theories conflict with those of the absentees and to assure that the absentees’ interests will be fairly represented», *Reilly v. Gould Inc.*, 965 F. Supp. 588 (M.D. Pa. 1998).

<sup>27</sup> La sentencia insignia del siglo XX sobre el empleo del sintagma ‘adequate of representation’ es *Hansberry vs. Lee*, 57 U.S. 288, 302 (1853). Sin embargo es importante señalar que ya en el siglo XIX el concepto (o mejor cuanto denota el concepto) de la adecuada representación ya había sido tomado en consideración. En efecto, en *McArthur v. Scott*, 113 U.S. 340 (1885) se precisa que «In suits affecting the rights of residuary legatees[...] the general rule is that all the members of the class must be made parties[...] Where they are numerous, and only some of them[...] are made parties, the court, upon being satisfied that it has a sufficient number before it to secure a fair trial of question at issue, may hear the cause[...] But it would seem that the decree must be without prejudice of those are not made parties». En relación con este caso HAZARD G., GEDID J., SOWLE S., *An Historical analysis of the binding effect of class suits*, cit., p. 1909, precisan que «[a]s far as we have been able to ascertain, this is the first case in which adequacy of representation as such was advanced as the decisive criterion in determining the binding effect of class suit». Actualmente el debate sobre la adecuada representación se centra en dos famosas y muy comentadas decisiones: *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) y *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999). También resulta fundamental en el mapa jurisprudencial de este requisito la sentencia *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985) que fija una especie de *test* que debe verificarse para que sea posible la

posiciones hohfeldianas relativas al macro(meta)derecho de acción en cabeza de los miembros ausentes de la *class* que, por intermedia persona, pretenden (en cuanto no se excluyeron del proceso por decisión propia o porque no les era permitido) el cumplimiento de los deberes correlativos a sus derechos por parte del titular de estos últimos.

Ahora bien, para la doctrina y la jurisprudencia (no sólo) estadounidense, desde un punto de vista funcional-justificativo, la CA cumpliría tres funciones esenciales que justifican su estructura excepcional en el mapa del proceso civil tradicional del *adversarial system*: garantizar aquello que en la cultura jurídica estadounidense se considera desde un punto de vista normativo sean el acceso a la justicia<sup>28</sup>, la economía

---

extensión de los efectos del *giudicato* en los casos de la R23(b)(3) a los miembros ausentes, también en aquellos casos en los que el sujeto titular del DSH no tenga el más «nimum contacts with the forum». Lo cierto es que el criterio más determinante en la cultura jurídica estadounidense para juzgar la adecuada representación (criterio explicativo de la exigencia de los otros tres requisitos generales ya analizados) es la verificación, o no, de conflictos de interés entre el abogado y/o el representante de la *class* con los miembros ausentes de la *class* (aspecto regulado también por la R23(g)(1)(B)): al respecto ver, además de literatura ya citada en el capítulo tercero, KLONOFF H., *The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's "Adequacy of Representation" Requirement*, en *Michigan State Law Review*, 2004, pp. 671-702, donde se precisa, no sólo que (p. 671) «[o]f all the requirements for class certification, none is more important than the requirement that "the representative parties" including class counsel, "fairly and adequately protect the interests of the class."», sino que (p. 687) «[c]onsistent with *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, and *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, both of which stressed the need for client-free representation in class actions, courts have frequently excluded class representatives who had serious conflicts. Indeed, this is by far the most common basis for finding representatives inadequate». Y, en efecto, a la luz del discurso justificativo de la CA y la búsqueda de su necesario reequilibrio con la tutela de los principios-derechos adscritos a las partes en un proceso, un aspecto que ocupa al legislador y a los operadores jurídicos es la justificación de la extensión de los efectos del *giudicato* a sujetos que serán representados en un proceso en el que no pueden participar. Por este motivo, dicha representación es fiscalizada con fuerza por parte de los jueces.

<sup>28</sup> El acceso a la justicia es entendido como la garantía del aquí llamado macro(meta)derecho subjetivo de acción que implica, no sólo la posibilidad subjetiva de interponer (también por medio de otro sujeto) una acción procesal funcional a la garantía (siempre) de al menos un DS. El contenido adscrito a la locución acceso a la justicia adscrito por los operadores jurídicos comporta también la verificación efectiva de un proceso en el que las partes se encuentren en una posición equilibrada, sea por vía de normas que tienden a equilibrar las posiciones, sea por vía de una activa posición del juez que durante el proceso equilibra las posiciones de las partes (ver al respecto TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, primera parte en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 35-65, y segunda parte en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 439-460).

En relación con la CA y en general con las acciones grupales, el llamado al acceso a la justicia opera como una justificación de la elección de limitar la autonomía de las partes en beneficio de un equilibrio de las posiciones entre la llamada ‘parte habitual’ y ‘parte ocasional’ (sin que esto suponga necesariamente que en la CA se verifique siempre esta circunstancia): sobre esta distinción ver GALANTER M., *Why the «Haves» Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, en *Law & Society Review*, 1974, pp. 95-160. Ver al respecto, también, y en relación con la CA, ROSENBERG D., *Mass Tort Class Actions: What defendants have and plaintiffs don't*, en *Harvard Journal on Legislation*, 37, 1999-2000, pp. 393-431.

Pues bien, es necesario resaltar que esta distinción no es el único criterio tomando en consideración para la justificación de la CA por vía de la adscripción de un significado específico a la locución ‘acceso a la justicia’, en cuanto también se toma en consideración todo el discurso económico sobre las elecciones racionales, que involucra también, como ya precisé a lo largo del capítulo tercero, el actuar del sujeto potencialmente titular del derecho de acción como *free rider* en los casos de la tutela de los DSHBC, o también los casos en los que, si bien no se trata de un sujeto que decide actuar como *free rider*, de todas formas prefiere no actuar porque económicamente no resulta racional adelantar la acción en cuanto el costo es superior al beneficio (en este caso me refiero, por ejemplo, a las *small claims*): ver principalmente el numeral 5 del capítulo tercero.

Cuanto me interesa en este capítulo es resaltar que al interior de este discurso doctrinal (principalmente de inspiración en el análisis económico del derecho) se construye todo un discurso ético-normativo que gira en torno a la justificación del sacrificio de las tradicionales interpretaciones de los derechos-principios relativos al macro(meta)derecho de acción con el objetivo de justificar el “sacrificio” de la autonomía de elección (limitándola al máximo, y sólo en algunos casos, a la posibilidad de excluirse del proceso) en beneficio del equilibrio de las fuerzas entre las partes en contienda, permitiendo la representación de los sujetos ausentes en un proceso sobre la base de la premisa “teoría” –en realidad considero que muchas veces se trate, en cambio, de discursos prescriptivos y valorativos y que normalmente se restringen al problema de los *public Goods*- de que el actuar colectivo, si coordinado e incentivado, significa necesariamente un aumento en la fuerza de acción (sobre el argumento remito a OLSON M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, 1971; HARDIN R., *Collective Action*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1982; ID., *One For All. The Logic of Group Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 1995 y, particularmente en el tema de la CA, a LESLIE C., *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, en *Florida Law Review*, 59, 2007, pp. 72-134), y, entonces, resulta más *eficiente* el “sacrificio” de la autonomía en beneficio de un mayor acceso a la justicia.

En el escenario italiano esta posición es clara en GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, cit, princ.* pp. 13-28, autor que, sin embargo, como ya he precisado en otras partes del trabajo, no sólo asume como posición “teórico-definitoria” un evidente análisis justificativo (ético-normativo) sobre la conveniencia de la CA como instrumento apto para garantizar lo que él considera sea el acceso a la justicia, sino que en todo su trabajo supone (si bien ambiguamente), en contravía de las premisas de esta tesis, que los IDC denotan situaciones de ventaja diferentes a los derechos subjetivos (dejando por fuera del análisis sobre la CA todo el instituto del *free rinding*) asumiendo también que ciertos principios-derechos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción admiten uno, y sólo, un significado (con fidelidad evidente a una intagibilidad interpretativa del art. 24 de la constitución italiana). En literatura estadounidense, además de que evidentemente esta es la

procesal<sup>29</sup> y el efecto disuasivo<sup>30</sup>. Los tres (meta)derechos subjetivos<sup>31</sup> aunque, los dos primeros claramente micro-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción<sup>32</sup> y el

---

justificación de la CA asumida desde 1966 y entonces plasmada en casi toda la literatura al respecto, expresamente se ha manifestado en este sentido sobre todo la corriente que justifica la CA desde un punto de vista del análisis económico del derecho. Por ejemplo, ver ROSENBERG D., *Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, cit.; ID., *Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases*, cit.; ID., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, cit. o, entre los muchos otros ya citados en el tercer capítulo, ver principalmente COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, cit.; ID., *Law and Market: The impact of enforcement*, cit.; ID., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, cit.; ID., *The regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, cit.; ID., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private enforcement of Law through Class and Derivate Actions*, en *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 669-727; MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, cit.; MANCEY R., *Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure*, cit.

En este trabajo, en cuanto dedicado sólo a los usos por parte de los operadores jurídicos, no asumo una posición sobre la "bondad" o "maldad" de esta concepción ético-normativa sobre el acceso a la justicia apenas presentada. Sin embargo, precisamente en razón del objetivo de este trabajo, es necesario señalar que el análisis (por ejemplo de Giussani) es justificativo y no conceptual. El precisa porque es "buena" una acción grupal que es muy diferente a decir que es "verdad" que el acceso a la justicia es lo que el autor cree que *debería ser* y sobre la base de esta premisa (pero sólo aparentemente) "descriptiva" elaborar toda la justificación de la CA.

<sup>29</sup> En *General Telephone Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982) se precisa que la CA adecuadamente certificada promueve «the efficiency and economy of litigation which is a principal purpose of the procedure». Pues bien, la economía procesal (cierto, no referido solo al escenario de la CA) cumple muchas veces una función justificativa de elecciones normativas (sin que esto signifique que la economía procesal no sea igualmente identificada en la cultura jurídica como un objetivo o finalidad al interior del proceso judicial). En el caso de la CA esta función justificativa es evidente. La acumulación de procesos mediante acciones representativas en función de la economía procesal opera como una justificación de la CA y de la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes. El análisis opera de la misma forma señalada en el anterior pie de página: el sacrificio de la autonomía de elección y de control del proceso se justificaría en razón de alcanzar el contenido adscrito (por parte de los operadores jurídicos) a la locución economía procesal.

Existe sin embargo una distinción en al interior del discurso justificativo de la CA respecto al ámbito de aplicación subjetivo del principio-derecho de economía procesal frente al principio-derecho de acceso a la justicia. En efecto, mientras este último está dirigido a equilibrar la desigualdad material entre las partes para equilibrar las fuerzas en el proceso, la primera está dirigida indistintamente a optimizar el empleo de los recursos al máximo nivel posible en cualquier tipo de controversia logrando, con la mayor minimización de costos, solucionar el mayor número de controversias sin menoscabo de las situaciones de ventaja de los actores procesales.

Resulta interesante desde un punto de vista valorativo la afirmación de Giussani en relación con la distinción entre economía procesal y avaricia procesal: GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, cit.*, p. 69, «la questione è delicata perché l'economia processuale a un'analisi superficiale rischia di essere concepita come la scienza dello smaltimento dell'arretrato giudiziario [...] gli strumenti limitativi dell'accesso alla giustizia [...] nella misura in cui implicano il rifiuto di applicare pienamente la legge sostanziale ai fini della risoluzione delle controversie sorte dall'interazione sociale – e rendono quindi applicabile la legge sempre in vigore in via residuale, ossia la ben poco efficiente legge del più forte- si possono piuttosto qualificare come strumenti di “avarizia” processuale [...]». Un ejemplo de este fenómeno puede ser identificado en el mito sobre la explosión de litigios por causa de la CA que aparentemente se verificaba en el escenario judicial estadounidense (y que políticamente resultaba adecuado para promover medidas normativas que limitaran la posibilidad de accionar ante los jueces) pero que fue desmitificada incluso desde, por ejemplo, el famoso artículo de MILLER A., *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the “Class Action Problem”*, en *Harvard Law Review*, 92, 1978-1979, pp. 664-694 y por varios estudios empíricos que conectaban el fenómeno (cuando reconocían que se había verificado) a factores mucho más complejos que la entrada en vigor de la CA (ver al respecto HENSLER D. N., DOMBEY-MOORE B., GIDDENS B., GROSS J., MOLLER E., *Class Action Dilemas. Pursuing Public Golas for Private Gain, cit.*, pp. 15-47).

<sup>30</sup> Sobre la finalidad de la disuasión remito al numeral 5 del capítulo tercero (principalmente pie de página 88) y, en este capítulo, además del pie de página 54, a los numerales 4-6 (ver especialmente pies de página 93-100 de este capítulo). Tal vez es pertinente precisar que la disuasión (*deterrence*) entendida como objetivo normativo justificativo de la previsión normativa de la CA y, entonces, de la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes en consideración de los efectos *externos* del fallo, cobra una importancia superior (aceptando, en vía de discusión, que en la cultura jurídica estadounidense esta función, como afirma GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, cit.*, p. 53, ya hubiese sido tomada en consideración en 1966 por influencia del famoso trabajo de KALVEN H., ROSENFELD M., *The Contemporary Function of the Class Suit*, en *University of Chicago Law Review*, 8, 1941, pp. pp. 684-721 donde en efecto estos autores, que claramente influenciaron los trabajos del *Advisory Committee* en la reforma de 1966, afirman, por ejemplo (p. 714) que «[i]t has been seen that the need for remedying group wrongs, both to afford relief and to deter the commission of group injuries, presents a major problem in the contemporary administration of justice») en la medida en que se agudiza la justificación de la CA en atención a criterios económicos alimentados por una concepción del proceso como instrumento de *pacificación*. Bajo este criterio (del que ya me ocupé en el capítulo tercero) se justifica entonces, esta vez con una radicalización de la concepción ético-normativa utilitarista, una minoración de la relevancia de las situaciones de ventaja objeto de tutela que abre paso, como ya he precisado, al discurso que concibe la consistencia conceptual de situaciones de ventaja fuera de la órbita individual de los sujetos sobre la base de específicas interpretaciones de la locución ‘interés general’ (ver numeral 5 del capítulo primero y para aclaraciones, no sólo, pero principalmente el numeral 5 de este capítulo).

<sup>31</sup> Sobre este punto ya he precisado, a partir del capítulo primero, que conceptualmente las situaciones de ventaja son siempre y sólo individuales. El caso de estas tres funciones de la CA, que hacen parte del ordenamiento jurídico y son prescritas en enunciados normativos expresables en el lenguaje de los DS, también son, y sólo son, situaciones de ventaja individuales.

tercero, como preciso con claridad en el tercer capítulo, un (meta)derecho subjetivo dirigido (es decir, funcional) a evitar, antes que reparar, el incumplimiento de los deberes correlativos a DSH por parte del titular de estos últimos<sup>33</sup>.

En otras palabras, la justificación de la CA -es decir, las razones que ( el *para qué*) el ordenamiento jurídico considera relevante para la implementación normativa de la acción grupal- es identificada en el cumplimiento de la prescripción (es decir, de la norma) resultado de la (contingente) adscripción de significado a locuciones como el ‘acceso a la justicia’, la ‘economía procesal’ y el ‘efecto disuasivo’ (identificables todos en la forma de principios-derechos procesales tácitos y expresos).

Pues bien, dichos significados son actualmente (y al menos durante las últimas décadas) elaborados por el operador jurídico con base en una premisa claramente utilitarista<sup>34</sup> y, entonces, de matriz económica, donde la máxima de eficiencia en el empleo de los recursos haría conveniente (y entonces “eficiente”, y entonces “justo”) permitir el ejercicio del (meta)derecho de acción de manera grupal.

De esta forma, la elección político-normativa de matriz utilitarista genera la categoría de los *miembros ausentes*<sup>35</sup> de la *Class* en cuanto, en efecto, se considera por vía

<sup>32</sup> En efecto, ambos derechos subjetivos son micro derechos relativos al macro(meta)derecho de acción y, en tal medida, funcionales a la tutela de DS.

<sup>33</sup> Ver en profundidad numeral 4-6 de este capítulo y, para aspectos específicos pies de página 93-100 de este capítulo y pie de página 109 del capítulo tercero.

<sup>34</sup> Ver, además del numeral primero de este capítulo (particularmente pie de página número 1), cuanto resta de este capítulo.

<sup>35</sup> El miembro ausente denota el sujeto miembro de la *class* que no es el representante de la *class* (ver GUTTMANN M., *Absent Class Members: Are They really absent? The Relationship between Absent Class Members and Class Counsel with regards to the Attorney-client and Work Product Privileges*, en *Cardozo Public Law, Policy Ethics Journal*, 7, 2008-2009, pp. 493-530). Pues bien, el miembro ausente es la consecuencia inevitable de la implementación de la CA. Los límites a su autonomía de elección y al papel activo dentro del proceso dependen del significado adscrito por parte del legislador y los jueces a las finalidades de la CA: entre más se ha dado prioridad a la finalidad de la economía procesal y del efecto disuasivo, más se ha justificado una limitación a la esfera decisoria del miembro ausente. Como se verá más adelante, precisamente en una intensificación (exasperación) del alcance justificativo del efecto disuasivo se consolida en la cultura jurídica estadounidense una justificación de modificación, no sólo de las posiciones normativas relativas al macro(meta)derecho de acción, sino una modificación de los mismos DSH en cabeza del sujeto ausente. Con esta perspectiva claramente Rosenberg quien, mediante una valoración de la disuasión (deterrence) como finalidad mayúscula de la CA, reinterpreta la autonomía individual del actor procesal y, entonces, subestima la relevancia del (meta)derecho subjetivo de *opt-out* prescrito

normativa que sea justificado afectar la esfera de autonomía individual del sujeto titular de DS puesto que se considera que resulta eficiente que titulares de DSH sean sujetos al *giudicato* aún cuando dichos sujetos no hagan parte activa del proceso, aún cuando no les esté permitido excluirse del mismo<sup>36</sup> y, aún cuando, ni siquiera, sean personalmente informados (efectivamente) de la existencia de la controversia judicial<sup>37</sup>.

---

expresamente por la R23(b)(3) en el caso por ejemplo (y del que el autor de ocupa expresamente) de los *mass torts*: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.* p. 838, «My central conclusión is this: only mandatory-litigation class action [es decir, la CA sin derecho de *opt-out*, es decir con extensión de los efectos del *giudicato* a todos los miembros de la *class* establecidos por el juez en el acto procesal de la *certification*] enables the aggregation and averaging of claims that maximizes benefits form scale economies—especially by motivating the optimal investment of legal resources—and from redistribution of claim-related wealth to achieve optimal deterrence and insurance form mass tor liability». La situación se hace aún más notoria en el discurso doctrinal cuando se aborda el argumento de la extensión de los efectos de la sentencia hacia el futuro, es decir, en relación con situaciones jurídicas respecto de las cuales aún no se ha verificado el incumplimiento de los deberes correlativos pero, no obstante, se pretende fijar el monto, el valor o, en general, sea el resarcimiento, sea la obligación de hacer o de no-hacer: sobre el particular el debate gira alrededor de la llamada '*Agente Orange litigation*' y el llamado periodo '*post-Amchem y Ortiz*'.

<sup>36</sup> De los tres tipos de CA, sólo el previsto en la R23(b)(3) prescribe el (meta)derecho subjetivo de exclusión (*opt-out*).

<sup>37</sup> Ante la consolidación normativa del miembro-ausente en el escenario de la CA, la *notice* o, mejor, el (meta)derecho subjetivo a la *notice*, correlativo al deber a cargo de la *court* y del representante de la *class* de llevar a cabo la notificación, cobra una gran relevancia en el proceso de re-equilibrio (mediante la re-interpretación de los enunciados normativos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción) entre la autonomía individual de dicho sujeto y la búsqueda de los objetivos (ético-normativos) de la CA. En efecto, si es mediante la garantía de la adecuada representación del miembro ausente que los efectos del *giudicato* puede ser a ellos extendido, es necesario (a los ojos del legislador y de los operadores jurídicos) que el miembro ausente de la *class* sea informado de la existencia del proceso. En estos términos, y con posterioridad a la reforma de 2003, que siguió a la famosa sentencia en un caso de *Antitrust y Securities CA, Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) y sobre todo con posterioridad a *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), la R23 prescribe: (R23(c)(2)(A): «for any class certified under R23(b)(1) or (2) the court may direct appropriate notice to the class»; R23(c)(2)(B) «For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must concisely and clearly state in plain, easily understood language» precisando expresamente para este último caso «the nature of the action», «the definition of the class certified», «the class claims, issues, or defenses», «that a class member may enter an appearance through counsel if the member so desires».

La *notice* es otra de las previsiones normativas resultado del ejercicio justificativo de la CA donde el sujeto individual miembro de la *class*, aparentemente, o efectivamente, es informado de la existencia del proceso. En el caso de la R23(b)(3) dicha *notice*, que es de carácter obligatorio, le abre

la posibilidad al miembro ausente de excluirse del proceso mediante el ejercicio del (meta)derecho subjetivo de *opt-out*, no prescritos, en cambio, para los otros dos casos de CA (R23(b)(1) y (2)), fenómeno que explica la diferencia en las exigencias impuestas en el contenido de la *notice* y, sobre todo, porqué en los últimos dos casos no es obligatoria dicha *notice*.

En otras palabras, si desde un punto de vista conceptual se quiere ser estrictamente explicativo la *notice* es un (meta-meta)derecho subjetivo, en cuanto resulta funcional al ejercicio del (meta)derecho subjetivo de *opt-out* que, a su vez, es funcional a la tutela del macro(meta)derecho subjetivo de acción, funcional a la tutela del DS cuyos deberes correlativos han sido, o serán potencialmente incumplidos. De esta forma, cuando en la controversia en disputa que por decisión del juez en la *certification* es reconocida como una CA donde el *opt-out* no es previsto como situación de ventaja a favor de los miembros ausentes, el derecho subjetivo a la *notice* tampoco es previsto y, en ese caso, la realización de la *notice*, además de ser a discreción del juez, no es exigente y, sobre todo, no debe ser dirigida a todos los miembros de la *class* identificables individualmente; situación que implica un ahorro (o disminución) de los costos a cargo del representante de la *class* y la posibilidad de evitar que precisamente por el alto valor (que en ocasiones el representante de la *class* no puede cubrir) se pueda generar una *no-certification* de la CA en razón de la no-idoneidad del representante para garantizar una adecuada representación de los miembros ausentes en cuanto, como ya fue precisado en *Eisen* siguiendo las notas del *Advisory Committee* de 1966 y precisando una interpretación de la locución '*best notice practicable*', la *notice* (en los casos obligatorios), «"mandatory notice pursuant to subdivisión (c)(2) [haciendo referencia a la R23 en su versión de 1966]... is designed to fulfill requirements of due process to which the class action procedure is of course subject."».

La situación, aparentemente tranquila, sin embargo, y después de *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985) (particularmente a raíz del pie de página número 3 de la sentencia donde la *Supreme Court* precisa que «Our holding today is limited to those class actions which seek to bind known plaintiffs concerning claims wholly or predominately for money judgments. We intimate no view concerning other types of class actions, such as those seeking equitable relief [...]») se abre entonces el debate en relación con las llamadas '*hybrid CA*' donde las pretensiones de la parte actora, aún cuando se trata de *Mandatory CA*, incluyen pretensiones resarcitorias (y entonces pretensiones tradicionalmente certificada bajo el manto de la R23(b)(3) que, como ya precise, permite el DS de *opt-out* y entonces prescribe la obligatoriedad de la *notice*). En este caso, las posiciones (las interpretaciones y argumentaciones) de los jueces han sido variadas tratando de resolver la discusión sobre si en este caso, y en relación con las pretensiones resarcitorias, la *notice* se convierte en obligatoria y, entonces, se reconoce el derecho de *opt-out*. Sobre este punto ver MULLENIX L., *Getting to Shutts*, en *University of Kansas Law Review*, 46, 1998, pp. 727-749; ID., *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 177-246, donde la autora señala que «I suggest that these discussions of the opt-out question truncate a full consideration of the right to opt out, which must be viewed in the context of all the class categories and not only the 23(b)(3) class [...]».

En relación con este debate, seguramente los defensores de las tradicionales interpretación del macro(meta)derecho subjetivo de acción consideran que se debe reconocer el *opt-out* y, entonces, la *notice* obligatoria o, al máximo, que las *hybrid CA* no se pueden llevar a cabo sino que esas pretensiones deberían seguirse en otro proceso; mientras que los amigos de la *mandatory CA* y fuertes defensores de la justificación de la CA, considerarán que en este caso no se requiere la *notice* en la forma obligatoria y tanto menos el derecho de *opt-out*. Sobre este punto seguramente Redish, ya



La categoría de los miembros ausentes podría entonces implicar un debate sobre la constitucionalidad de la R23 (y, de hecho, algunos autores aún hacen referencia a la posible inconstitucionalidad de la norma<sup>38</sup>) sobre la base de una ‘intangibilidad interpretativa’<sup>39</sup> según la cual (así como sucede en Italia<sup>40</sup>, donde incluso se ignoran los

desde REDISH M., *Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private litigation and Public Goals*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 71-130 y ID., LARSEN N., *Class Actions, Litigant Autonomy, and Foundations of Procedural Due Process*, en *California Law Review*, 95, 2007, pp. 1573-1618 (recopilados junto con otros artículos y algunas variaciones en el ya varias veces citado REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*) como defensor feroz de la ideología del *adversarial legalism* se enfrenta (a favor, incluso, de un regreso al *opt-in*) con NAGAREDA R., *Closure in Damage Class Settlements: The Godfather Guide to opt-out Rights*, en *The University of Chicago Law Forum*, 2003, pp. 141-175: ID., *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action*, en *Columbia Law Review*, 103, 2003, pp. 149-242; y fuertemente con las propuestas doctrinal de Rosenberg que, por cierto, se opone también a la visión propuesta por Nagareda.

De esta forma la *notice* se revela nuevamente como el resultado del “esfuerzo” normativo por parte del legislador para justificar el “sacrificio” de las tradicionales interpretaciones de los enunciados normativos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción en un esfuerzo por conciliar la justificación (utilitarista) de la CA con la mengua del alcance de la autonomía de elección del actor procesal. En este ejercicio legislativo el sacrificio se especifica en la exclusión de la *notice* en los casos de las llamadas *mandatory CA* (R23(b)(1) y (2)) y, entonces, en la consolidación de un miembro ausente que muy probablemente ni siquiera será informado de la existencia del proceso.

Es necesario señalar que la ya varias veces comentada propuesta doctrinal de ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.*, que he identificado como una exasperación de la finalidad de la disuasión (*deterrence*) como justificación de la CA y que propone en los casos de *mass tort* una identificación de estos casos como *mandatory CA*, implica (en cuanto se excluye el derecho subjetivo de *opt-out*) la eliminación de la exigencia, hasta ahora inderogable, de la *notice*, que pasaría a ser sólo, y siempre, opcional.

<sup>38</sup> Por ejemplo REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, p. 137, quien afirma, por ejemplo, que «Except in very limited circumstances, mandatory class actions, currently authorized by [FRCP] should be found to be unconstitutional. More importantly, because the right to control one’s own litigation poses significant constitutional status, considerably more than total passivity on the part of the individual class member should, in most cases, be required to waive the right. Thus the opt-out procedure established for Rule 23(b)(3) class actions, which irrefutably deems such a total passivity in the part of absent class members to constitute waiver of the right of litigant autonomy, must—at least under certain circumstances—a los be deemed unconstitutional».

<sup>39</sup> Ver pie de página 37 del capítulo segundo.

<sup>40</sup> En el escenario italiano se verifica (o mejor, los operadores jurídicos han consolidado) una intangibilidad interpretativa en relación con el artículo 24 de la Constitución italiana (una intangibilidad ahora matizada, pero no radicalmente, a raíz de la decisión de prever normativamente una acción procesal como aquella del art. 140bis del código del consumo) donde, desde un punto de

casos ya consolidados en los que el mismo operador jurídico ha aceptado sin problema situaciones similares<sup>41</sup>) el significado tradicionalmente adscrito a los enunciados

---

vista estrictamente normativo, en la cultura jurídica italiana se considera, a diferencia de cuanto se verifica en el escenario estadounidense, que el (meta)derecho subjetivo del *day in court*, el (meta)derecho subjetivo dispositivo y el (meta)derecho subjetivo a la notificación tienen un sólo (verdadero y correcto) posible significado y que el sujeto individual, entonces, no puede ser obligado a hacer parte de un proceso salvo que expresamente decida hacerlo. Es hecho explica dos fenómenos específicos en Italia: (i) la dificultad política para aceptar el derecho subjetivo de *opt-out*, optando en cambio por la versión del *opt-in* y (ii) explica (como ya precisé a lo largo del capítulo segundo) la consolidación de la (errada) premisa conceptual de existencia de situaciones de ventaja en cabeza de la colectividad que, por esta vía, escaparían a las restricciones del art. 24).

Incluso, un autor defensor del derecho de *opt-out* (en contravía con variada doctrina italiana que lo considera inconstitucional) en las acciones resarcitorias grupales rechaza las versiones normativas de la CA estadounidense que no contemplan este derecho, es decir, rechaza las *Mandatory CA*; aunque extrañamente sí acepte todas las acciones para la tutela de los DSHBC (que él llama derechos superindividuales). El autor refleja su “creencia” en la existencia de situaciones de ventaja no individuales y, entonces, no sujetas (como si no se tratase igualmente de DSH) a las restricciones del art. 24. Me refiero a GIUSSANI A., *Azioni Collettive Risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 78, quien, mediante el empleo de una interesante metáfora (que ha empleado en otras ocasiones: ID., *Tutela collettiva e prova del danno*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 1299-1303; ID., *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 1257-1266; ID., *Enter the Damage Class Action in European Law: Heading towards Justice on a Bus*, en *Civil Justice Quarterly*, 2009, pp. 132-140) en la que “comparando” las acciones grupales con el recorrido de un bus en la ciudad presenta las eventuales diferencias con las acciones individuales que “compara” con el recorrido de un taxi, todo a la luz de las finalidades (justificativas) de la CA. Pues bien, en este trabajo el autor precisa que «come si è già osservato, l’art.24 cost. impone che si permetta sempre di scendere dal mezzo – come anche di non salirvi – ma non impedisce affatto di prevedere che debba poter salire anche chi non lo abbia chiesto esplicitamente, sicché l’ovvia preferibilità del sistema dell’*opt-out*, dal punto di vista dell’economia processuale come sopra intesa [...]» (p. 78). Así, el autor, intenso promotor de la CA y el *opt-out* resulta, al igual que gran parte de la doctrina italiana, enemigo de una (por decirlo así) “castración” radical del derecho dispositivo del actor procesal. El aspecto que aquí interesa resaltar (sin pronunciarme desde un punto de vista valorativo sobre su posición normativa) es que el autor sostiene la favorabilidad del *opt-out* sobre la base de razonamientos (que el autor presenta como) “teóricos” argumentando la conveniencia de limitar el principio dispositivo, pero a reglón seguido argumenta la imposibilidad de limitarlo de forma más radical (como sería en el caso de las *mandatory CA* que en efecto “impiden bajarse del bus”) negando el razonamiento justificativo del *opt-out* y esgrimiendo, en cambio, la imposibilidad de interpretar de manera diferente el art. 24 de la constitución, al menos en relación con la negación radical del derecho subjetivo de *opt-out*.

<sup>41</sup> En este sentido, es interesante constar que sólo parte de la doctrina reconoce la ya tradicional aceptación de la extensión de los efectos del *giudicato* a sujetos ausentes en el proceso sin que esto (extrañamente) hay generado dificultades en relación con la viabilidad constitucional de dichas normas. Al respecto ver inicialmente TARUFFO M., *I limiti soggettivi del giudicato e le* «class

normativos sobre el (meta)derecho de acción (particularmente el principio dispositivo y el principio de *day in court*) serían considerados como los significados “correctos” y “verdaderos”<sup>42</sup>.

Sin embargo, en la cultura jurídica estadounidense (al menos con posterioridad a la reforma de 1966 y con particular referencia al contenido del *due process*<sup>43</sup>) esta

actions», *cit.*, pp. 609-636; GIUSSANI A., *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, *cit.*, pp. 1260-1261 quien afirma, defendiendo la constitucionalidad de la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes que «la possibilità di includere anche i componenti passivi del gruppo, invece, non appare incompatibile – nonostante i dubbi a volte sollevati in dottrina – né con lo stesso art. 24 cost. (a meno di ritenere incostituzionali anche le varie ipotesi di sostituzione processuale già ora previste dalla legge), né con l’art. 41 cost. (a meno di ritenere incostituzionali le procedure concorsuali), né con l’art. 101 cost. (a meno di ritenere incostituzionale il vincolo conformativo del giudicato), finché essi siano comunque in *limine* litis individuali o almeno descritti in guisa tale da risultare individuali, giusta la previsione del già vigente art. 150 c.p.c. [...]». Resulta sin embargo importante resaltar que en el análisis de Giussani la justificación de la CA opera siempre dentro del marco de cuanto el mismo autor considera sea la interpretación “correcta” de los respectivos artículos de la constitución sin darse cuenta que muchos de sus análisis, al mismo tiempo, son presentados, cuando defiende el instituto, como “realidades fácticas” que necesariamente justificarían también poder superar el art. 24, incluso más allá del (sin duda flexible) significado que él da a la normativa constitucional.

<sup>42</sup> Como he precisado a lo largo de este capítulo, en la cultura jurídica estadounidense esta situación no se verifica precisamente porque, al menos en principio, al momento de justificar la CA de 1966 no se encontró una gran dificultad en re-interpretar los enunciados normativos relativos al macro(meta)derecho de acción. La justificación de la CA (obviamente no desde siempre, como ya precisé en la introducción a esta parte del trabajo) no tuvo problema en reformular los derechos procesales, bajo la premisa, sin embargo, de un recurso siempre constante al uso la adecuada-representación: locución empleada como instrumento lingüístico equilibrador del nuevo escenario procesal formulado a la luz de la visión ético-normativa utilitarista.

<sup>43</sup> En este trabajo (donde se hace expresa referencia a las acciones grupales activas) el *due process* es entendido como uno de los (meta)derechos subjetivos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción. Pues bien, en el debate sobre la CA, y particularmente sobre la adecuada-representación, la conciliación entre el *Due Process* y la CA se ha verificado por vía del significado atribuido a la locución ‘adecuada representación’. Desde *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940) la adecuada representación encontró su fundamento constitucional en el *Due process Clause* y en la *Full Faith and Credit Clause* confirmado desde entonces por la jurisprudencia y la doctrina (ver, además de los fallos ya citados, *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793 (1996)). Actualmente y con relación aL ya sedimentado *Test* elaborado en *Mathews v. Aldridge*, 424 U.S. 319 (1976) y reforzado en *Connecticut v. Doeher*, 501 U.S. 1 (1991) -empleado, por ejemplo, en *Mamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)- para determinar cuándo es constitucional una limitación a la *adversarial procedure* se considera que la representación será adecuada siempre y cuando (al menos) bajo las condiciones del *Test* resulte justificada la privación del *day in court* en cuanto se garantiza, de todas formas, la *due process clause*. (El *test* al que hago referencia, en pocas palabras, consiste en una necesaria

eventual discurso sobre la inconstitucional de la nueva CA es contrastado por vía de la superación de una eventual intangibilidad interpretativa mediante la aceptación doctrinal y jurisprudencial de la justificación de la CA<sup>44</sup>. Así, en la interpretación del

---

ponderación de la limitación el derecho (es decir del *property right*, como es considerado el *due process* y el (meta)derecho de acción en el escenario estadounidense o, mejor, el derecho de acción: ver *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), p. 807 o *Mullene v. Cent. Hannover Banck Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950), p. 313) con «[(i)] the private interest that will be affected [...] [(ii)] the risk of an erroneous deprivation [...] and the probable value [...] of additional or substitute procedural safeguards [...] [(iii)] the government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail»; test que según TIDMARSH J., *Rethinking Adequacy of Representation*, en *Texas Law Review*, 87, 2008-2009, pp. 1137- 1203, puede ser expresado en los siguiente términos: «departures from adversarial process must have expected benefits that equal or exceed the costs to an individual from the loss of traditional adversarial process» (p. 1182) y que, por cierto, REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, pp. 138 ss., ha criticado por no tomar en consideración el valor que el autor considera más relevante, es decir, para él, la autonomía de elección (*self-determination*) y, entonces, en el caso de la CA, un valor que determinaría, si fuese tomado en cuenta, casi necesariamente (con algunas excepciones) la inconstitucionalidad de la CA por violación del *due process*, aún sobre la base de la adecuada representación, a menos que a dichos miembros les sea reconocido expresamente su derecho de elección -que el autor fundamenta, también, en la primera enmienda de la constitución estadounidense- y los (según el autor fundamentales) principios-derechos relativos al *adversarial system*).

<sup>44</sup> Los estudios estadounidenses dirigidos al análisis normativo del instituto de la adecuada-representación son siempre acompañados por un previo reenvío a las interpretaciones normativas tradicionales: se resalta siempre la regla general y después sólo se afronta la excepcional extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes, es decir, la excepción al principio del *day in court*: esto ya desde *Hansberry v. Lee* en adelante. Así, en el discurso de los operadores jurídicos (incluso actuales) aún está presente el esfuerzo por justificar la excepcional versión del *day in court* que se ha sedimentado a raíz de la previsión normativa de la CA. Sólo para nombrar uno, de los muchos ejemplos, que siguen esta línea argumentativa, ver TIDMARSH J., *Rethinking Adequacy of Representation*, en *Texas Law Review*, 87, 2008-2009, pp. 1137- 1203, quien, en efecto, después de presentar el tradicional contenido adscrito al principio del *day in court* y de evidenciar como, sobre la base de la ideología del *adversarial system*, tradicionalmente las reglas del *joinder* en la arena procesal parten del principio de que nadie puede ser obligado a *unirse* a otros sino por decisión voluntaria y autónoma, entra en el discurso justificativo de la CA y de la regla excepcional que contradice estos tradicionales principios, argumentando normativamente, y esta vez de forma expresa a favor del consecuencialismo-utilitarista como criterio justificativo, la defensa de un principio normativo según el cual (p. 1146) «[a]n individual plaintiff's autonomy to choose not to join with other plaintiffs stops when that choice threatens harm to others» que sustenta precisamente en razón del contenido normativo de la R23, al tiempo que afirma que «[...] in the vocabulary of ethics, the class action is a consequentialist—specifically, a utilitarian—device, which is principally concerned with preventing certain harms to potential class members, to the defendant, or to society» (p. 1156)

cuarto requisito de la R23(a), es decir, la *adequate of representation*, la doctrina y la jurisprudencia<sup>45</sup> desarrolla toda la argumentación que -al tiempo que valoriza las

---

para afirmar, en fin, que «[v]iewed consequentially, representation should be deemed inadequate only when the marginal cost of a more imperfect representation, when added to other costs of class treatment, exceeds the costs to similarly situated claimants, to the defendant, or to society that non-class litigation would impose» (p. 1158) o, en lenguaje correlativo, «the representation provided to a class member is adequate if and only if the actions of the class representative and class counsel can reasonably be expected to place that class member in no worse a position than that class member would have enjoyed had she retained control of her own case. More simply, the principle might be stated: *Do no harm*». (p. 1176). Sin embargo, es necesario señalar que posiciones normativas de este tipo no son comunes (aunque reflejan sin duda la misma tendencia justificativa presentada de manera muy seria por este autor). La mayoría de las veces la justificación de la doctrina opera por vía del lenguaje de los derechos (escondiendo, a diferencia de el autor en comentario, la inevitable presencia -y su aceptación por parte del ordenamiento- de conflictos de intereses) pero de todas formas siempre con el esquema apenas presentado: primero se resalta la regla general y después se inician argumentos (sin duda de matriz ético-normativa utilitarista) para justificar la nueva versión del *day in court*.

<sup>45</sup> Seguramente, de toda la jurisprudencia hasta el momento mencionada, actualmente el debate sobre la adecuada representación se centra, al menos en cuanto interesa en este capítulo, principalmente en *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) y *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999), no tanto en relación con sus afirmaciones (que en cierta medida confirman la línea justificativa de la CA hasta el momento delineada), sino sobre todo por el debate que ha generado a nivel doctrinal sobre la posibilidad de extender la re-interpretación del macro(meta)derecho subjetivo de acción a una privación de algunos “nuevas” situaciones de ventaja que desde 1966 se considera en la cultura jurídica que no deben ser cercenadas (me refiero, por ejemplo, a la ya comentada propuesta doctrinal de eliminar el *opt-out* y/o la *notice*, o a la posibilidad de proveer a fallos jurisprudenciales donde se resuelve *ex ante* el monto de las indemnizaciones como consecuencia de un incumplimiento aún no verificado de los deberes correlativos a DSH que aún no hacen parte del litigio donde se resuelven). Obviamente, ya desde *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), el requisito de la adecuada representación -que se consolidaba en 1966 como el eventual equilibrio en el ejercicio justificativo de la CA y la reformulación de varios principios bajo el manto, principalmente, de una valorización del derecho subjetivo de *opt-out* y del derecho subjetivo a la *notice* (con sus respectivas restricciones en los casos de las *mandatory CA*)- comienzan a presentarse dificultades, particularmente en relación con las ya mencionadas *hybrid CA* y con las *headless CA* y, antes que todo, el debate sobre el *collateral attack* (ya anunciado desde *Hansberry* y, entre otros, en el famoso caso *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Epstein*, 516 U.S. 367 (1996), y que hoy es objeto de profundo debate: ver, por ejemplo, KAHAN M., SILBERMAN L., *The Inadequate Search for “Adequacy” in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc.*, en *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 765-792; ALLEN W., *Finality of Judgments in Class Actions: A Comment on Epstein v. MCA, Inc.*, en *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 1149-1166; WOOLLEY P., *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, en *Texas Law Review*, 79, 2000-2001, pp. 383-446) por parte del miembro de la *class* no-adequadamente-representado quien busca, entonces, liberarse de la extensión de los efectos del

finalidades de la CA y la elección ético-normativa utilitarista- identifica la nueva *cara* del (meta)derecho subjetivo de acción que a los ojos de la cultura constitucional resulta igualmente “respetuosa” de los valores que se considera inspiran la cultura jurídica estadounidense. A partir de ese momento, y posiblemente ya desde *Hansberry v. Lee*, la adecuada representación de los miembros ausentes (en su tradicional interpretación) se convierte, lentamente, en el “huésped incómodo”<sup>46</sup> del discurso justificativo de la CA.

Ahora bien, la interpretación del enunciado normativo sobre el significado adscrito a la locución ‘adecuada representación’ ha sido objeto de cambiantes interpretaciones cada vez más complejas sobre todo resaltando el carácter *abrazador* del requisito en examen de todo el instituto de la CA: en efecto, la adecuada representación ha involucrado debates, no sólo en relación con los motivos de su requerimiento (precisamente su carácter equilibrador del abandono de las tradicionales interpretaciones relativas al *due process* y, en general, al macro(meta)derecho de

*giudicato*. Desde ese entonces y hasta la fecha, los significados atribuidos por los operadores jurídicos a la locución ‘adecuada representación’ son variados y, muchas veces, entre ellos contradictorios dependiendo del alcance restrictivo que se le quiera reconocer a dicha locución frente a la concepción ético-normativa utilitarista.

<sup>46</sup> Cuando hago referencia a la adecuada-representación como ‘huésped incómodo’ quiero significar un hecho que comienza a hacerse evidente en el lenguaje jurídico. En pocas palabras, el empleo de esta locución sirvió a la implementación de la CA como sintagma útil para adelantar las reformas necesaria según la concepción ético-normativa imperante que consideraba justificado una restricción (reformulación) del los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción en cuanto, dependiendo del significado atribuido, el alcance de la elección normativa podría justificar elecciones cada vez más radicales: la primera de ellas consolidar la posibilidad de extender los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes; sin embargo, actualmente, dicha locución, en su tradicional interpretación, resulta “incomoda” frente a las nuevas tendencias de algunas partes de la doctrina que, en búsqueda de una “exasperación” de la concepción utilitaristas (generada sobre todo a raíz de una priorización de la *deterrence* como finalidad principal de la CA y una disminución, o mejor, una reinterpretación, de la relevancia de la finalidad del acceso a la justicia) encuentran dificultad para justificar sus propuestas a raíz de la sedimentación en la cultura jurídica de un significado específico atribuido a la locución ‘adecuada representación’ conectada por los propios operadores jurídicos al derechos subjetivos a los cuales no se está dispuesto a renunciar. De esta forma la adecuada representación se convierte en un “huésped incómodo” para justificar la consolidación de eventuales reformas como: (i) la posibilidad de extender los efectos del fallo a situaciones futuras, (ii) la posibilidad de eliminar el *opt-out* en relación con la R23(b)(3), (iii) la posibilidad de considerar a la *class* como una entidad diferente, (iv) la posibilidad de adelantar procesos sin la identificación de los miembros de la *class* o, incluso (como ya se precisó en profundidad en el capítulo tercero) (v) la posibilidad de adelantar una CA cuando no se es titular de uno de los DSH objeto de tutela.

acción), sino se ha extendido a la identificación de los criterios sobre las cualidades que el *class representative* debe cumplir, gracias (aunque no sólo) a la exigencia de los requisitos de *commonality* y *typicality*, para garantizar los derechos de los miembros ausentes, particularmente en relación con: (i) el posible conflicto de intereses con la *class*<sup>47</sup>; (ii) su relación, conflictos y colusiones con el *class counsel* (o apoderado de la

---

<sup>47</sup> A lo largo del capítulo tercero me ocupé de este fenómeno y de la forma como en la cultura jurídica estadounidense afrontó el problema. Sin embargo algunas ulteriores aclaraciones resultan pertinentes, no sólo por la especificidad que tiene el argumento en la R23, especialmente a partir del año 2003, sino sobre todo, y antes, a raíz de las consecuencias de las decisiones, ya varias veces citadas, de *Amchem Prod., Inc v. Windsor*, *cit.* y *Ortiz v. Fibreboard*, *cit.* y el fenómeno que se presento con ocasión del *Collateral attack* al *settlement* aprobado en la llamada ‘*agent orange litigation*’ (sobre este último punto ver *Dow Chemical v. Stephenson*, 539 U.S. 111 (2003) (*per curiam*) y, el fallo al que hace referencia, es decir, *Dow Chemical v. Stephenson*, 346 F.3d 19 (2º Cir. 2003)). Pues bien, como ya he precisado, los tres primeros requisitos de la R23(a) son funcionales al cumplimiento del cuarto requisito, la adecuada representación. Si no se verifican, seguramente este último no podrá ser cumplido. Pues bien, algunas propuestas actuales (mencionadas al final del anterior pie de página) generan una situación donde (para parte de la doctrina) los tres requisitos difícilmente pueden ser satisfechos y, entonces, difícilmente se puede verificar la llamada ‘adecuada representación’ (al menos en atención al significado actualmente adscrito a la respectiva locución), particularmente a raíz de una posible verificación de insalvables conflictos de intereses. En efecto, actualmente el debate sobre los conflictos de interés entre los miembros ausentes y su representante cobran suma importancia a raíz del alcance que se le quiere dar a la CA: en el caso de la posibilidad (hasta el momento rechazada en *Amchem* y *Ortiz*) de que se tome en consideración la eventualidad de representar pretensiones futuras, sumado a la posibilidad de que, dado el alcance reconocido al PAG (actualmente, pero no siempre, limitado por la *Supreme Court*) para representar sujetos no identificados o identificables, el argumento que cobra más importancia (también en relación con el abogado del representante quien, en realidad, muchas veces gobierna la acción) es garantizar la adecuada representación de dichos sujetos sin que se verifiquen conflictos con el representante que, en tal caso, muy probablemente se presentaría, no sólo a raíz de la imposibilidad de verificar muchas veces los tres primeros requisitos, sino porque los miembros de la *class* realmente resultan ajenos a la controversia y, entonces, la *notice* (con mayor razón cuando todavía no se ha verificado el incumplimiento de los deberes correlativos a los respectivos DS objeto de tutela) resulta difícil (o imposible) de realizar y, entonces (cuando permitido) el ejercicio del (meta)derecho subjetivo al *opt-out* resulta (en la práctica) cercenado. Este aspecto, es decir, la CA concebida para tutelar daños futuros, ha conducido a propuesta legislativas dirigidas, o a reformar la R23 para regular el fenómeno expresamente (por ejemplo agregando un cuarto tipo de CA a la R23(b)), o (como propone por ejemplo Nagareda) a consolidar siempre, en el caso sobre todo de las *settlement* CA relativas a los *mass torts*, el derecho de *opt-out* y, desde un punto de vista de política normativa, entrar a regular por vía legislativa aspectos que por vía jurisprudencial no deberían ser regulados: el habla de un paso del art. III al art. I, es decir, entregar la fijación de criterios a la rama legislativa (ver recientemente NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement*, *cit.*, princ. Parte III).

*class*)<sup>48</sup>, (iii) su obligación de la adecuada e idónea notificación de la existencia del proceso a los miembros ausentes<sup>49</sup>; (iv) el control de su labor durante los acuerdos conciliatorios, también a raíz de la ya consolidada distinción entre *litigation CA* y *settlement CA*<sup>50</sup> y (v) la diligencia exigida en los casos en que a los miembros ausentes

---

<sup>48</sup> Sobre este punto remito al capítulo tercero.

<sup>49</sup> Ver pie de página 37. Además, sobre la incidencia de la *notice* en los discursos justificativos de la CA y, entonces, sobre la distinción entre *Mandatory CA* y *no-Mandatory CA* remito al numeral 4 y siguientes de este capítulo.

<sup>50</sup> Aspecto ya regulado pero no desarrollado con claridad por la R23(e) prescrita en el 2003. Ver en un principio, aunque no claramente, por ejemplo, *In re A.H. Robins Co*, 880 F2d 709 (4º Cir. 1989) . Con *Amchem Prod., Inc v. Windsor*, (1996) *cit.*, la distinción resulta clara en cuanto la *Supreme Court* se refiere a las «settlement-only» CA (p. 592); precisando la obligación al juez de «demand undiluted, or even heightened, attention in the settlement context» puesto que a la Court «will lack the opportunity, present when a case is litigated, to adjust the class, informed by the proceeding as they unfold» (p. 20). En *Amchem* entonces se fija el principio según el cual en este tipo de CA se tienen que presentar «structural assurances of fair and adequate representation» (en el mismo sentido, señalando la jurisprudencia más representativa, *Manual for Complex Litigation, cit.*, p. 313: «Class actions certified solely for settlement, particularly early in the case, sometimes make meaningful judicial review more difficult and more important. Courts have held that approval of settlement class actions under Rule 23(e) requires closer judicial scrutiny than approval of settlements reached only after class certification has been litigated through the adversary process»); locución interpretada posteriormente en *Ortiz v. Fibreboard*, (1998) *cit.*, con referencia al conflicto de intereses entre el representante de la *class* y los miembros ausentes, como la orden de crear subclases o nombrar abogados diferentes que persigan de forma exclusiva el interés de la *subclass* que representan, sin pretender representar a toda la *class*. Sobre este punto ver: MULLENIX L., *Taking Adequacy Seriously: The inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 1715-1744, quien desde un punto de vista normativo, resalta la fundamental importancia de la adecuada representación (que para otros, como ya precisé, es un “huésped incómodo”) para evitar el *collateral attack* (como sucedió en el caso del *agente orange settlement*): «to assure that settlement classes in the future are both viable and enduring, all actors involved with class litigation need to assert more effort in ensuring actual, and not presumed, compliance with the rule, especially with regard to the adequacy of representation requirement» (pp. 1743-1744). En el *Manual For Complex Litigation, cit.*, pp. 252, igualmente se precisa que «in a certification for settlement, the court must examine adequacy of representation and predominance of common issues to be sure that the settlement does not mask either conflicts within classes or the overwhelming presence of individual issues» (todo dentro del marco interpretativo de la R23(g)(C)(ii): «any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class»). Sobre este aspecto normativo, para efectos de este trabajo, resulta relevante precisar que este debate cobra nueva relevancia a raíz de un nuevo esfuerzo por reformular nuevamente los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción y, bajo esta nueva perspectiva (si el objetivo es seguir impulsando la concepción utilitarista que ha gobernado la justificación de la CA desde 1966), la locución ‘adecuada representación’ empleada en un principio para reequilibrar la nueva forma de



no les ha sido reconocido el (meta)derecho subjetivo de exclusión, particularmente en las así llamadas *Mandatory CA*<sup>51</sup>.

Sin embargo, no obstante la escrupulosa relevancia de la cual ha sido dotada la adecuada representación y el indudable dinamismo normativo (jurisprudencial y legislativo) que tiende a exigir relevancia al requisito, actualmente el centro del debate a nivel doctrinal, habiendo ya superado (con algunas excepciones<sup>52</sup>) las discrepancias sobre la constitucionalidad de la CA<sup>53</sup>, se caracteriza, precisamente a raíz de una ultra-

acción grupal, en este nuevo escenario resulta, pero sólo a los ojos de algunos, como el “huésped incómodo” que ahora limita la posibilidad de reinterpretar ulteriormente el alcance de los principios procesales, sobre todo en el tema relacionado con las *settlement CA* (y también *litigation CA*) donde se pretende que la extensión de los efectos del *giudicato* -si se trata de una R23(b)(3) CA- alcance también los daños futuros (posibilidad actualmente negada por la *Supreme Court* según los fallos *Amchem* y *Ortiz*). Pues bien, ante esta eventualidad la situación se hace más compleja. (Para una discusión anterior a *Amchem* y *Ortiz* ver COFFEE J., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, en *Columbia Law Review*, 95, 1995, pp. 1343-1465, donde el autor particularmente se ocupa (pp. 1433-1441) de presentar las diferencias entre una CA indemnizatoria que involucre también pretensiones futuras, frente a aquellas que no las involucra, haciendo énfasis, por ejemplo, no sólo en la los requisitos general de la CA, sino en otros criterios relativos a los efectos de la *certification*. Para un análisis posterior a *Amchem* y *Ortiz*, pero anterior a la reforma de 2003, ver HAY B., ROSENBERG D., “*Sweetheart*” and “*Blackmail*” Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, en *Notre Dame Law Review*, 75, pp. 1390-1408).

<sup>51</sup> Sobre este punto remito al siguiente numeral de este capítulo.

<sup>52</sup> Como ya he precisado, por ejemplo REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*; ID., *Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private litigation and Public Goals*, *cit.*; ID., LARSEN N., *Class Actions, Litigant Autonomy, and Foundations of Procedural Due Process*, *cit.*, aún considera que la CA, en varias de sus tipologías, es inconstitucional.

<sup>53</sup> Es necesaria precisar que, si bien en la cultura jurídica se puede afirmar que la constitucionalidad, esto no implica la inexistencia de discusiones sobre la constitucionalidad del alcance que se le quiera dar a la CA. Un ejemplo claro son las discusiones en relación con la posibilidad de emplear la CA en los casos donde no puedan ser identificados los miembros de la *class* y el representante/abogado actúa como PAG (ver capítulo tercero). En esta circunstancia el debate sobre la constitucionalidad no se refiere a la constitucionalidad del mecanismo procesal de la CA, sino a la constitucionalidad de ese tipo de legitimación para actuar y su relación con los límites del art. III de la Constitución en lo relacionado con la exigencia del *case-or-controversy*. Otro tipo de discusión sobre la constitucionalidad, pero no referido al mecanismo procesal como tal, se verifica en el caso de la legitimación para actuar por vía de la CA en representación de sujetos que no han sufrido (pero probablemente sufrirán) el incumplimiento de los deberes correlativos a sus derechos: en este caso (es decir, referido a los daños futuros) la discusión se relaciona principalmente con la *Due Process Clause*.

valoración de la justificación de la CA<sup>54</sup> -principalmente de la función disuasiva (la *deterrence*)<sup>55</sup> y de la economía procesal<sup>56</sup>; disminuyendo entonces las inquietudes en relación con el contenido tradicionalmente atribuido al principio del acceso a la justicia en su condición de derecho subjetivo y entonces individual<sup>57</sup>-, frente a una

---

<sup>54</sup> Como ya he precisado a lo largo de este capítulo, la justificación de la CA opera sobre la base de una concepción ético-normativa utilitarista especificada (por parte de los operadores jurídicos y la doctrina) en las finalidades de garantizar el acceso a la justicia, la economía procesal y el efecto disuasivo. Cuando hago referencia a una ultra-valoración de esta justificación lo hago en términos comparativos frente a los discursos justificativos de la CA desde 1966 con el objetivo de resaltar - dado que la dificultad para enraizar en la cultura jurídica estadounidense la extensión de los efectos de un *giudicato* a miembros ausentes no despierta ya más estupor- como la justificación de la CA ahora se extiende al escenario externo al proceso, a sus consecuencias fuera del proceso, donde el efecto disuasivo -con la herencia clara del análisis económico del derecho procesal y del análisis económico del derecho de la responsabilidad civil (sobre este fenómeno ya resulta casi banal citar a CALABRESI G., *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970; o POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, and Co., Boston, 1972, 1977, 1986; o SHAVELL S., *Economic Analysis of Accidental Law*, Harvard University Press., Cambridge, 1987; o LANDES W., POSNER R., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press., Cambridge, 1987, etc., como obras que el mismo Rosenberg reconoce que (o se entiende que) determinaron sus estudios a favor de la valorización del efecto disuasivo de la CA (ver pie de página número 88 del capítulo tercero)- comienza a gobernar los discursos justificativos, no sólo en el escenario estadounidense, sino, como ya precisé, también en el discurso doctrinal italiano: en relación con Italia, además de los trabajos de Giussani ya citados en este trabajo, ver, por ejemplo, AMATUCCI C., *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2008, pp. 11-26.

<sup>55</sup> Sobre este aspecto, además del anterior pie de página y el pie de página 30, ver el pie de página número 88 del capítulo tercero y en este capítulo numerales del 4-6 (particularmente ver pies de página 93-100).

<sup>56</sup> Al respecto ver pie de página 29 de este capítulo.

<sup>57</sup> En efecto, aunque no es evidente, la discusión sobre el acceso a la justicia en los discursos justificativos de la CA se ha diluido en discursos mucho más amplios en cuanto, como ya he señalado, la preocupación inicial en el discurso justificativo de la CA era lograr extender los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes de la *class* pero, actualmente, la preocupación trasciende este objetivo y se consolida en un discurso justificativo que pretende, por vía del proceso judicial, garantizar la tutela del así llamado 'interés general' entendido como la garantía del efecto disuasivo y del *enforcement* de las normas-derechos (ver capítulo tercero). En este amplio contexto justificativo - donde, además, los discursos colectivistas han encontrado el terreno apto- el individuo tiende a desaparecer junto con sus derechos relativos al macro(meta)derecho de acción y la adecuada representación se consolida como el "huésped incómodo". Claro, esto no significa que el discurso doctrinal deje de hacer referencia al acceso a la justicia de sujetos titulares de DSH vulnerados (en efecto incluso HAY B., ROSENBERG D., "*Sweetheart*" and "*Blackmail*" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, en *Notre Dame Law Review*, 75, pp. 1377-1408 sostienen, en un discurso

inversamente proporcional *relajación y matización* del requisito de la adecuada representación mediante afirmaciones (justificadas muchas veces, pero no siempre, en análisis de tipo empírico y de “teoría” del análisis económico) que, sobre la base (ya no sólo) de la misma justificación utilitarista, tienden a restar valor a la relevancia, no sólo de los derechos relativos la macro(meta)derecho de acción de los miembros ausentes en la forma tradicionalmente interpretado desde *Hansberry v. Lee*, sino, y sobre todo, de la relevancia de las pretensiones del miembro ausente<sup>58</sup> (contemplando la posibilidad de modificar mediante la legislación, y otras veces mediante la vía del proceso -es decir, un camino no legislativo- los DSH objeto de tutela<sup>59</sup>, desconociendo en este último caso la

---

claramente dirigido a la -prescriptiva- necesidad de generar una igualdad material que garantice un proceso equilibrado, que «[t]he potencial virtue of a class action is that it prevents the defendant from using the plaintiffs’ numerosity against them. Once the plaintiffs’ claims are aggregated and the task of representing them assigned to a single group of attorneys, the plaintiffs can exploit the same scale economies as the defendant when investing in the case» (p. 1380)), sino que este discurso ya no está conectado con la “temerosa” posibilidad de extender los efectos del *giudicato* a los miembros de la *class*, sino que ahora la preocupación se extiende más a los efectos del fallo fuera del escenario endoprocesal.

<sup>58</sup> En particular, por ejemplo, las *smalls claims* (ver pie de página 109 del capítulo tercero y, aquí, el numeral 4, y particularmente pies de página 86-87). En efecto, algunos afirman que, dado que la tutela del DSH incumplido, o en vía de incumplimiento, tiene un costo mayor al valor que se obtiene como resarcimiento por el incumplimiento de los deberes correlativos, es decir, dado que se trata de las llamadas ‘pretensiones negativas’, el titular del DS no tendría ningún interés en adelantar la acción y, en tal medida, la tutela de dicho DS en “realidad” (si no se verifica *ex ante*) resultaría poco relevante para el titular, mientras sí sería relevante en consideración al efecto disuasivo. En este sentido nuevamente resulta pertinente citar, por ejemplo, a SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, *cit*, p. 923, cuando afirma que «the small claim class action strikes me as one that serves the purpose not of compensating those harmed [...] but rather, and perhaps entirely, the purpose of allowing a private attorney general to contribute to social welfare [...]» Ahora bien, más allá de la corrección que pueda tener este razonamiento (y que por aspecto metodológicos no abordo en cuanto mi trabajo tiene una pretensión no valorativa) lo cierto es que con estas premisas “teóricas” la tutela de las *smalls claims* en el lenguaje de parte de la doctrina, pasan de ser el fin último de la CA para convertirse en el medio para equilibrar un defecto del mercado a favor de interés general entendido en la cultura jurídica estadounidense, como ya precisé en el tercer capítulo, como una situación de ventaja que (si bien ambiguamente) desbordaría la órbita individual de los sujetos titulares.

<sup>59</sup> Sobre este punto el escenario de las *Settlements CA* resulta particularmente relevante (ver pie de página 50 de este capítulo). Parte de la doctrina ha resaltado como «in complex class actions, defendants purchase a commodity-finality» o que la CA es «a market for *res giudicata*» (RUBENSTEIN W., *A Transactional Model of Adjudication*, en *Georgetown Law Journal*, 89, 2000-2001, pp. 371-438, (part. pp. 372, 375)) o que «the defendant seeks to purchase this preclusive effect

(ya tantas veces señalada en este trabajo) distinción conceptual entre el (meta)derecho subjetivo de acción y los DSH objeto de tutela por vía de una acción grupal<sup>60</sup>), hasta desembocar, pero no siempre, en la ambigua negación de la individualidad del sujeto como titularidad de los DSH objeto de tutela, en cuanto su tutela perseguiría intereses superiores: el así llamado ‘interés general’<sup>61</sup>.

De esta forma, y a la luz de lo argumentado hasta este momento presentados, estas ideas se agrupan en al menos tres tipos de reflexiones donde la versión ya consolidada de la adecuada representación se constituye en un concepto que es considerado como el “huésped incómodo” en el discurso justificativo de la CA<sup>62</sup>:

---

and, with it, peace in the litigation as a whole» (NAGAREDA R., , *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action, cit.*, p. 152); compra que se lleva a cabo mediante la elaboración del acuerdo por parte del *class Counsel* quien, en sentido práctico, gobierna la acción (ver numeral 4 del capítulo tercero). La dificultades que ha generado este fenómeno agrupadas por Rosenberg en la forma de «sweethart» y «blackmail» *settlements* CA, y que el autor considera no son un problema estructural de la CA y que normativamente pueden ser solucionado (ROSENBERG D., “*Sweetheart*” and “*Blackmail*” *Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, cit.*) propician la reforma a la CA de 2003 que, sin embargo, continua a presentar dificultades a los ojos de aquella doctrina que considera que en el acuerdo transativo de la CA (y, en general en la CA) se conforma un «rival to the ordinary process of lawmaking [...]» donde «Class settlements aspire to operate as a kind of privatized mini-legislation- a vehicle by which the dealmakers may fashion a binding peace for a constellation of wrongs allegedly suffered by a cross-segment of the populace» y, entonces, donde «the upshot of all these developments has been to empower class action attorneys to buy and sell rights en masse but largely outside the familiar constraints of the legislative or the public administrative process»: NAGAREDA R., , *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action, cit.*, p. 152-153 ( idea que el autor recientemente profundiza, después del debate que sostuvo con Rosenberg, en NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement, cit.*).

<sup>60</sup> Sobre el particular ver principalmente numeral 13 del capítulo primero.

<sup>61</sup> Sobre este punto remito al capítulo tercero, particularmente al numeral 3.

<sup>62</sup> El término ‘*rethinking*’ es empleado frecuentemente por la literatura referida a la CA y, particularmente, a la adecuada-representación (BONE R., *Rethinking the “Day in court” Ideal and Nonparty Preclusion, cit.*; TIDMARSH J., *Rethinking Adequacy of Representation, cit.*; REDISH M., *Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private litigation and Public Goals, cit.*; MILLER G., *Rethinking Certification and Notice in opt-out Class Action*, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 74, 2005-2006, pp. 637-649 etc.). Pues bien, aunque se trata de un término cuyos significados obviamente son amplios, de la lectura de la literatura al respecto se puede precisar algo respecto a su uso: la tendencia doctrinal de este *re-pensamiento* que afronta el nuevo discurso justificativo de la CA (con su vestido de garantizadora de situaciones de ventaja externas al proceso e, incluso, presentadas como externas al individuo: léase con respecto al último la *deterrence* y el *enforcement* de las políticas públicas) refleja el esfuerzo de adaptación frente a los nuevos alcances normativos de la CA. La doctrina presenta dos opciones que supone, sin

- (i) la re-evaluación, por la misma vía justificativa de carácter utilitarista, de la relevancia de los derechos de los miembros ausentes: en concreto, por ejemplo, el carácter (no)necesario de la función del *class representative* en su condición actualmente ornamental en el proceso<sup>63</sup>; o el carácter (no)necesario, e incluso contraproducente, del derecho de exclusión (*opt-out*) o del derecho a la *notice*.
- (ii) La poca relevancia -imputada incluso al comportamiento psicológico del miembro ausente- de las pretensiones de valor negativo (*smalls claims*) vistas individualmente y, en cambio, la relevancia que la tutela de las mismas (sea *ex-ante*, sea con posterioridad al incumplimiento de los deberes correlativos) tiene (si consideradas como un todo), para la estabilidad macro-económica y social.
- (iii) La consideración -esta vez con evidentes cargas colectivistas-moderadas- de la *class* como sujeto de derecho.

---

embargo, siempre una inevitable *rendición*: (i) o se proponen soluciones normativas dirigidas a proteger cuanto resta del tradicional significado adscrito a la locución ‘adecuada representación’; (ii) o se considera valorativamente eficiente la nueva tendencia y se auspicia una interpretación restrictiva de la locución ‘adecuada representación’ a la luz del nuevo discurso justificativo de la CA. En ambos casos la tutela de los miembros ausentes sigue presente (en cuanto su adecuada representación es un “huésped incómodo” pero inmóvil) y en ambos casos, sólo que con concepción ético-normativas diferentes, se revela como prioritaria e inevitable.

<sup>63</sup> Sobre el particular ver, además del numeral 4 del capítulo tercero, por ejemplo, MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, cit., p. 61: «We conclude that named plaintiffs are—or should be—largely irrelevant in large-scale, small-claim cases and should be eliminated»; BURNS J., *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, en *Hastings Law Journal*, 42, 1990-1991, pp. 165-202, quien precisa, por cierto en defensa también del llamado ‘*entity model*’ ya mencionada a lo largo de este trabajo, que «the time has come to think about the unthinkable: eliminating the class representative. He serves no function in the actual prosecution of the class action. Yet his presence engenders confusion and the proliferation of phantom issues in class action jurisprudence» (p. 202). Cuanto llama la atención de este enfoque (y de otros) -que sin duda resalta un fenómeno ya estudiado en profundidad en el tercer capítulo, es decir, que el *class representative* desde un punto de vista descriptivo muchas veces es un ornamento en la práctica del litigio de CA- es que la justificación de esta eliminación parte de la premisa según la cual la actual “realidad” de la CA pone en crisis los fundamentos normativos sobre los cuales se construyó el equilibrio menoscabado a raíz de la justificación primera de la CA a partir de 1966: la adecuada representación.

Como se precisará más adelante, en estos enfoques doctrinales –abiertamente declarado casi siempre como una propuesta normativa- se evidencia, sin embargo, un interesante acercamiento anti-formalista al instituto procesal de la CA: en efecto, se resalta como la *notice* o el *opt-out* no necesariamente garantizan la adecuada representación de los miembros ausentes, se resalta igualmente como la exigencia de ambos requisitos termina por impedir adelantar los procesos a raíz de exigencias que aumentan los costos de la acción e, incluso (esto con el mismo espíritu que alimento el discurso justificativo de la CA en 1966) se tiende a romper la relación entre los enunciados normativos de la R23 y la *Due Process Clause* en la forma como ha sido interpretada, proponiendo nuevas interpretaciones a favor de una garantía diferente (y según esta doctrina, más garantista) de dicha *Clause*.

De esta forma, el carácter de “huésped incómodo” de la tradicional interpretación de la locución ‘adecuada representación’ no corresponde *necesariamente* a una concepción que rechaza la necesaria tutela del (meta)derecho subjetivo de acción de los miembros ausentes, sino que propone nuevas interpretaciones bajo una específica concepción ético-normativa, todo con el propósito de extender el ámbito aplicativo de la CA liberando restricciones a raíz de la interpretación de la locución ‘adecuada-representación’.

#### **4. EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LAS *MANDATORY CA* Y DEL (META)DERECHO SUBJETIVO DE EXCLUSIÓN (*OPT-OUT*): EL INDIVIDUO EN FUNCIÓN DE UN “FIN SUPERIOR”**

Junto con los requisitos generales apenas analizados, la R23 prevé tres circunstancias (requisitos) específicos en los que es posible (justificado) certificar una CA. Estos requisitos, al igual que los requisitos generales, prescriben escenarios normativos “excepcionales” donde, en el sentir del legislador, la CA puede ser certificada y, entonces, se puede proveer a la tutela grupal de DSH (restringidos, como ya precisé, a aquellos que correspondan a la categoría prescrita por el juez en la *certification*).

La distinción entre los tres escenarios ha sido profundamente analizada por la doctrina y la jurisprudencia, sea en atención a las características estrictamente procedimentales, sea en atención al debate relativo a la tutela (y la naturaleza jurídica)

de los derechos de los miembros ausentes de la *Class* en cada una de las circunstancias específicas prescritas por la norma. En este trabajo resulta relevante principalmente el segundo aspecto y para tal fin la distinción doctrinal entre *Mandatory CA* y *no-Mandatory CA* resulta de utilidad<sup>64</sup>.

Las tres circunstancias prescritas por la R23<sup>65</sup>, como ya he precisado, son analizadas por la doctrina con base en las funciones (por ella misma) adscritas a la CA, es decir, el

---

<sup>64</sup> Una explicación doctrinal de esta distinción la propone ROSENBERG D., *Mass Tort Class Actions: What defendants have and plaintiffs don't*, cit. p. 394, «[FRCP] distinguishes between mandatory and “opt-out” class certifications. Mandatory certifications bind all class members to the class judgment, allowing no option for voluntary “exit”. Generally, mandatory certification is used when, as a practical or conceptual matter, class members’ interest are indivisible or at least so interdependent in nature that separate adjudication of one member’s claim could effectively determine or jeopardize the viability of another member’s claim. In contrast, the interests in recovery of damages for injury to person and property involved in mass tort class actions are generally regarded as living rise to independent claims. Their aggregation is expedient but not sufficiently compelling to override the preference of an individual class member to opt out for separate action». Es importante señalar que el mismo autor, como ya he precisado varias veces, considera, sin embargo, que los casos relativos a las *Mass Tort* deberían ser *mandatory* en cuanto no encuentra justificado permitir el derecho de *opt-out* a los titulares de los DSH objeto de tutela: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, cit. Respecto a la R23 los operadores jurídicos y la doctrina –dejando a un lado la propuesta normativa de Rosenberg y similares– señala que la distinción se colige a partir de la previsión normativa de la R23 que prescribe para el tipo de CA previsto en la R23(b)(3) el derecho de exclusión, mientras que para los tipos de CA previstos en la R23(b)(1) y (2) no.

<sup>65</sup> No es de más señalar que la *certification* de una CA tiene efectos normativos diferentes dependiendo el tipo de CA de que se trate, comenzando por las exigencias relativas a la notificación y al derecho de *opt-out* (ver, por ejemplo, Ver *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974)). Por este motivo no han sido pocos los casos en los que las partes del proceso han discutido sobre el tipo de CA bajo el cual debe ser certificada la CA. En efecto, como se precisa en *In Re Dennis Greenman Sec. Litig.*, 829 F2d 1539 (1987) «we note that the propriety of certification under the various subsections is quite controversial and not well defined. At stake are the nature of the notice to be given to class members and their right to opt out from or refuse to be part of the class». La discusión se verifica precisamente porque las partes, con el objetivo de que se apliquen requisitos más estrictos (alegaría la parte demandada), o menos estrictos (alegaría la parte demandante) buscan que la CA sea certificada como una *Monetary CA* (dirían los demandados ya que ese tipo de CA –R23(b)(3)– exige la *notice* más adecuada a todos los miembros identificables y, entonces, un costo más alto) o como *Mandatory CA* (dirían los actores, para evitar así los costos de la notificación). Claro, el problema es más complejo en el caso de las ya analizadas *hybrid CA* (ver pie de página 38 de este capítulo) donde no es clara la elección normativa sobre los requisitos que se deben aplicar puesto que, en el mismo proceso, se discuten asuntos que encuadrarían en la *Mandatory CA* (liberando a la parte actora de la obligación de la notificación y privando a los miembros ausentes del derecho de *opt-out*) y otros que,

imperativo de garantizar el acceso a la justicia, la economía procesal y el efecto disuasivo, enfatizando, en un principio, las dos primeras funciones y, sólo con posterioridad, sobre la base de la irrupción de las teorías y de las doctrinas de análisis económico del derecho que hacen énfasis en la relevancia de la eliminación del riesgo<sup>66</sup>, se comienza a valorizar con mayor intensidad la función disuasiva<sup>67</sup>, hasta convertirse en la función preponderante, también en los casos relativos a las *monetary CA*<sup>68</sup>.

---

en cambio, encuadrarían en las *Monetary CA* (donde la notificación y el derecho de *opt-out* son obligatorios).

<sup>66</sup> Ver pie de página 88 del capítulo tercero y pies de página 30, 54, 55 y 68 de este capítulo.

<sup>67</sup> Además de cuanto precisado en el numeral 5 del capítulo tercero y en este capítulo particularmente numerales 4-6, ver específicamente pie de página 109 del capítulo tercero y pies de página 68 y 93-100 de este capítulo.

<sup>68</sup> Se trata específicamente de aquellos DSH que el juez prescribe sean tutelados por vía del tipo de CA previsto por la R23(b)(3). La prioridad dada a la *deterrence* como función más relevante de la CA, no deja a un lado la necesaria compensación por los daños ocasionados. En efecto, como ya he precisado, el objetivo que gobierna este proceso es la búsqueda de un principio concreto: ‘la minimización del costo de los accidentes’ (CALABRESI G., *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis, cit.*, 24-33) que incluye la suma de los costos de precaución dirigidos a evitar los accidentes, los costos de los daños causados (cuando no se logra prevenirlos) y los costos de litigio en razón del daño sufrido. En otras palabras, la ultra-valoración dada a la función disuasivo no supone, a los ojos de esa específica doctrina y en el escenario de las *monetary CA*, que no sea también una prioridad la reparación de los perjuicios causados y, entonces, el acceso a la justicia; sino que, con base en otras premisas teóricas (particularmente económicas) parte de la doctrina considera que la reparación es sólo el residuo por una ineficiente disuasión: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases, cit.*: «therefore, the need exists fo “optimal tort deterrece” to prevent unreasonable risk of accident and for “optimal tort insurance” to cover residual reasonable risk» con base en la premisa según la cual «[...] everyone rationally prefers ex ante to maximize individual welfare by securing optimal deterrence and insurance through mass tort liability. Ex ante, everyone also understands that for mass tort liability to achieve optimal deterrence and insurance, individuals must act collectively [...]» (p. 832). En términos generales, sin embargo, la *deterrence* gobierna el discurso justificativo bajo este enfoque ético-normativo: ver ROSENBERG D., *Mass Tort Class Actions: What defendants have and plaintiffs don’t, cit.*, p. 408 y, si bien en el escenario canadiense (pero en calidad de discípulo de Resenberg), ver JONES C., *Theory of Class Actions, cit.*, quien afirma, por ejemplo, que «many of my arguments with respect to aggregative legislation rely on an assumption that deterrence is, from a public police perspective, a more important objective tan compensation in furthering the goals of class action» (p. 30). Ver en profundidad pies de página 93-100 de este capítulo.

Este enfoque de dar prioridad a la función disuasiva no es exclusivo de estudios abiertamente catalogados como de análisis económico de la CA (donde, sólo como ejemplo, se puede incluir también, entre muchos otros, los trabajos ya varias veces citados de Coffee J., y Miller G. (ver bibliografía)), sino que ha permeado la mayoría de la doctrina actual que, sobre la base de estas



Un rápido comentario respecto a esta tripartición en tipos de CA (que para efectos de los objetivos de este trabajo resulta relevante sólo en cuanto a la distinción entre *Mandatory CA* y *no-Mandatory CA*) es pertinente.

La R23(b)(1)<sup>69</sup> toma en consideración como criterio justificativo las circunstancias normativas en la cuales: si se adelantase las acciones de forma separada por parte de cada uno de los miembros de la *class* se generaría el riesgo de que (A) la sentencia

prioridad, han formulado sus críticas a la estructura normativa de la CA resaltando, todos, la necesaria consideración (también) de los efectos extra-procesales de la decisiones: por ejemplo en cuanto interesa a este trabajo, llama la atención Shapiro D. (ver pie de página 88 y 92 de este capítulo) y Nagareda R. (ver bibliografía), este último con enfoque matizado en una consideración más garantista del macro(meta)derecho subjetivo de acción: precisamente, a este respecto, ver el debate entre Nagareda y Rosenberg en relación con el derecho subjetivo de *opt-out* en el caso de las *settlement CA* que, según el primero, debería ser siempre garantizado, incluso para efectos disuasivos, bajo la forma de un así llamado ‘*back end Opt-Out Right*’ (al respecto, y en general para el debate, ver a partir de -y antes de la reforma de 2003- NAGAREDA R., *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions*, en *Harvard Law Review*, 115, 2002, pp. 747-830 y ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.*; ver también MULLENIX L., *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, *cit.* Recientemente en relación con la posición de Nagareda ver el ya varias veces citado NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement*, *cit.* pp. 135-160 y para Rosenberg ver, después de la reforma de 2003, ROSENBERG D., *Adding A Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 19-69).

<sup>69</sup> R23 «(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition [...]» (sobre los requisitos previstos en el literal (a) ver numerales 2 y 3 de este capítulo). Esta disposición normativa aborda el argumento que inquietó a la cultura jurídica estadounidense desde los primeros comentarios relativos las *representative suits*: en concreto, condensa los casos en los que por tradición (incluso inglesa) la extensión de los efectos del *giudicato* a sujetos ausentes era necesaria para poder adelantar la acción puesto que se trataba de casos en los que era necesario que, para poder iniciar y decidir el litigio, estuviesen presentes todos los sujetos que conformarían el litisconsorcio pero que, en la práctica, resultaba imposible reunirlos. Permitiendo la CA en esas circunstancia, no sólo resulta posible adelantar la acción sino que, además, se verifica la extensión de los efectos del fallo. Como precisó en su momento el *Advisory Committee*: «The consideration stated [en la R23(b)(1)] are comparable to certain of the elements which define the persons whose joinder in an action is desirable as stated in Rule 19(a) [...]», pero que, dado que se verifican los requisitos de la R23(a), es permitido adelantar la acción con los titulares de los DSH ausentes. En efecto, como se precisa en *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999) «[...] the committee intended subdivision (b)(1) to capture the “standard” class actions recognized in pre-Rule practice». Sobre este debate ver principalmente la introducción a esta parte del trabajo y, para un análisis histórico con relación a Inglaterra, ver HAZARD G., *Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom*, en *Columbia Law Review*, 61, 1961, pp. 1254-1289.

imponga al demandado (titular de los deberes correlativos insatisfechos o en vía de incumplimiento) conductas incompatibles a favor de los titulares de los DSH<sup>70</sup>, o (B) la sentencia imponga conductas al demandado (titular de los deberes correlativos) cuya ejecución implique un menoscabo de los derechos de los demás titulares de DSH que no hacen parte del proceso, o implique que la ejecución de dichas conductas dificultará o incluso impedirá a los demás titulares de los DSH perseguir el cumplimiento de los deberes correlativos<sup>71</sup>.

La R23(b)(2) toma en consideración como criterio justificativo la circunstancia normativa en la que el demandado (titular de los deberes correlativos a los DSH) lleva a cabo un comportamiento, o se reusa de llevar a cabo un comportamiento, que incumbe a todos los miembros de la *class*, haciendo apropiado (justificando) un *final injunctive relief* o un *declaratory relief* que se aplique a todos los miembros de la *Class*<sup>72</sup>.

La R23(b)(3) toma en consideración como criterio justificativo las circunstancias normativas en las que las cuestiones individuales de derecho (es decir, ciertas

---

<sup>70</sup> R23(b) «(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class [...]».

<sup>71</sup> R23(b) «(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of [...] (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interest of other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests [...]».

Un ejemplo de este tipo de CA es el famoso caso *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999) que se trataba, específicamente, de una *Limited Fund CA*, es decir, el caso en el que el demandado tiene recursos limitados para indemnizar y el total de las pretensiones de los miembros de la *class* excede los recursos a disposición.

<sup>72</sup> R23(b) «(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole [...]»

La analogía con las llamadas acciones inhibitorias previstas en el ordenamiento italiano es evidente. Sin embargo, en la cultura jurídica estadounidense respecta a este tipo de acciones no se verifica cuanto precisado en el capítulo segundo de este trabajo. Es decir, este tipo de acciones (que incluyen las acciones que se han adelantado para la tutela de los derechos civiles: por ejemplo, el ya citado caso de *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) -ver pies de página 19 y 108 del tercer capítulo- es un ejemplo claro) en ningún momento se hace referencia a una acción para la tutela de IDC sino, por el contrario, se hace énfasis en que se trata siempre, y sólo, de DSH (aunque, sobre la base de este tipo de acciones durante la década de los años setenta del siglo pasado se desarrolló toda la ideología justificativa del PAG: ver capítulo tercero).

posiciones normativas) y/o de hecho (circunstancias temporales y/o espaciales) comunes a los miembros de la *Class prevalecen* o son *predominantes* (previo análisis del juez para efectos de determinar la *Class* y la posibilidad de *Certification*) frente a las situaciones individuales de hecho y/o de derecho que no son comunes a los miembros de la *Class*<sup>73</sup>.

Este último requisito contempla un escenario normativo donde le “sacrificio” de la autonomía individual a favor del logro de las finalidades de la CA (mediante la tutela grupal de DSH) es aún más escrupuloso<sup>74</sup>. En efecto, fija nuevas tareas al juez que en

---

<sup>73</sup> R23(b) «(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy». Para un análisis sobre el significado dado al término “predominate” ver *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

<sup>74</sup> En 1966 el mismo *Advisory Committee* precisó que «[a] “mass accident” resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses to liability, would be present, affecting the individuals in different ways, In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried». En otras palabras, la *monetary* CA en 1966 estaba cargada de una excepcionalidad mayor que los demás casos, dado que se trataba de DSH cuyo objeto era el disfrute de un bien no-colectivo (es decir, un bien que aceptaba exclusión en su disfrute y rivalidad en su consumo) y de DSH cuya relación mutua era precaria y contingente. En tal medida, la justificación de la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausente resultaba más difícil de conciliar con las tradicionales interpretaciones de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción.

En efecto, a diferencia de cuanto sucedió en relación con los primeros dos tipos de CA (que, en sentido general, pueden ser considerados como el resultado de un requerimiento que la cultura jurídica ya esperaba -ver introducción de esta segunda parte del trabajo-, en este tercer tipo se verifica lo que es considerado como la más “aventurada” innovación de la R23 (ver *Amchem v. Windsor, cit.*) que, tomando en consideración la posibilidad de agregar la tutela de DSH cuyos correlativos derechos han sido efectivamente vulnerados (y cuya reparación es resarcitoria) en un solo proceso, necesariamente generaba en el discurso justificativo una dificultad en relación con el principio de autonomía de elección de cada uno de los titulares de los DSH. De esta forma puede ser explicada la tutela más escrupulosa del macro(meta)derecho subjetivo de acción de los potenciales miembros de la *class*, prescribiendo a en cabeza del miembro ausente el (meta)derecho subjetivo de exclusión e imponiendo a cargo del juez el deber de controlar escrupulosamente determinadas circunstancias que confirmen que efectivamente para el miembro de la *Class* resulta más conveniente (esto desde la visión ético-normativa utilitarista) ser privado de su autonomía de elegir y que, al mismo tiempo, dicha privación (a nivel grupal) favorece el logro de las finalidades adscritas a la CA.

Sólo con la recepción del análisis económico del derecho en los discursos justificativos de la CA se abre la puerta a discursos más arriesgados que, como hasta el momento he precisado, buscan una

este tercer tipo de CA debe tomar en consideración, al momento de establecer si la CA puede ser certificada en atención al cumplimiento del requisito previsto en la R23(b)(3), (A) el interés de los miembros de la *Class* en adelantar la acción de forma separada<sup>75</sup>; (B) la existencia y el contenido de acciones ya iniciadas por algunos de los titulares de los DSH que serían tutelables por vía de la CA que se pretende sea certificada<sup>76</sup>; (C) la conveniencia, o no, de que la tutela de los DSH sea concentrada ante un mismo juez<sup>77</sup>; (D) las dificultades que se podrían verificar como consecuencia de la certificación de la CA<sup>78</sup>.

Respecto a estos tres grupos de requisitos justificativos de la certificación (que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense ha identificado como los tres tipos de CA) existen diferentes aspectos que evidentemente fijan distinciones. Pues bien, en el discurso de los operadores jurídicos, uno de los aspectos distintivos entre los diferentes tipos de CA que más han ocupado a la cultura jurídica estadounidense es la previsión normativa del (meta)derecho subjetivo de exclusión (*opt-out*) a favor de los miembros de la *Class*<sup>79</sup> cuando se verifiquen los requisitos previstos en la R23(b)(3) y la no-previsión normativa del (meta)derecho subjetivo de exclusión en los restantes dos casos.

re-interpretación (restrictiva) de los derechos subjetivos reconocidos a los miembros ausentes, aún cuando sus derechos sean DSH con objeto un bien no-colectivo. Me refiero al contexto en el que la interpretación de la locución ‘adecuada representación’ se convierte en el “huésped incómodo” del discurso justificativo de la CA (ver numerales 3-6 de este capítulo y, particularmente, pie de página 46).

<sup>75</sup> R23(b)(3)(A) «[...] The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions [...].»

<sup>76</sup> R23(b)(3)(B) «[...] The matters pertinent to the findings include: [...] (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class [...].»

<sup>77</sup> R23(b)(3)(C) «[...] The matters pertinent to the findings include: [...] (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum [...].»

<sup>78</sup> R23(b)(3)(D) «[...] The matters pertinent to the findings include: [...] (D) the difficulties likely to be encountered in the management of the class action».

<sup>79</sup> Ya he precisado a lo largo de este capítulo como en la cultura jurídica estadounidense, al menos en un principio, tomando en cuenta que en las *no-mandatory* CA los miembros ausentes son vinculados por el resultado del fallo a pesar de que, dadas las propiedades del bien objeto del derecho el actor procesal podría adelantar una acción individual (o incluso no adelantarla), esto genera, y los jueces así lo han señalado, inquietudes en relación con la *due process clause*. El derecho de *opt-out* previsto por la R23(c)(B) (norma que prescribe que en la *notice* enviada a los miembros ausentes cuando la CA es certificada bajo el tipo R23(b)(3) tiene que contener la indicación de que «the court

Con base en esta distinción en las posiciones normativas individuales de los miembros de la *Class* se ha construido a nivel doctrinal la distinción entre las *Mandatory CA* y las *no-Mandatory CA*, es decir:

- (i) De una parte los tipos de CA donde no es permitido a los miembros de la *Class* excluirse de los efectos del *giudicato*, negativos o positivos, una vez el juez certifique la CA (fijando, entre otras cosas, las circunstancias fácticas y de derecho que circunscriben –restringiendo– los titulares de DSH objeto de tutela que serán objeto del proceso), siempre y cuando, además, se cumpla el requisito de la adecuada representación de dichos sujetos: así, la R23(b)(1) y (2) serían entonces *Mandatory CA*, donde el término ‘*mandatory*’ está a significar (no cierto que la sentencia –es decir la norma– proferida por el juez o el acuerdo conciliativo aprobado igualmente por el juez sólo en este caso es obligatoria, sino) que precisamente, dadas las circunstancias previstas por la norma no resulta justificado e, incluso, desde el punto de vista ético-normativo del legislador, puede resultar contraproducente que los miembros de la *Class* puedan excluirse del proceso aún en menoscabo (injustificado, diría parte de la doctrina) de la autonomía del miembro ausente de decidir si quiere, o no, hacer parte del proceso.

---

will exclude from the class any member who requests exclusion, stating when and how members may elect to be excluded[...]» se convierte entonces en, según EISENBERG T., MILLER G., *The Role of opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 1529-1567 «a central component of the argument for why (b)(3) class actions satisfy procedural due process requirements, even though absent class members are represented by attorneys they did not select and may have never met» (p. 1534). Es de señalar que estos autores presentan, sin embargo, un estudio en el que evidencia empíricamente como el *opt-out* es un derecho que los miembros ausentes ejercen muy pocas veces (claro, esta conclusión puede implicar que el miembro de la *class* no se entera de la existencia del proceso, pero también puede implicar que el miembro ausente si se entera pero no le interesa en ciertos casos ejercer el derecho). El derecho de exclusión en el discurso justificativo de la CA, resulta siendo el *legitimador* de la extensión de los efectos del *giudicato*. En efecto, y siguiendo *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), la *notice* adecuada y, entonces, la consecuente posibilidad (cuando permitida) de ejercer el *opt-out*, legitima (cuando no se ejerza el derecho) la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes. En la versión precedente de la manifestación de consentimiento para hacer parte de la *class* en 1938, es decir, el *opt-in* (previsto actualmente en el escenario italiano para la *azione di classe* del art. 140bis del código del consumo) la situación antes señalada no se podía verificar (ver pie de página 80 de este capítulo).

- (ii) De otra parte, el tipo de CA donde cada miembro ausente de la *Class* es titular de la posición normativa activa de excluirse del proceso y, entonces, no ser vinculado por los efectos negativos o positivos de la sentencia, aún cuando el juez considere que dichos sujetos *deberían* hacer parte de la *Class* y aún cuando el requisito (o, mejor, el derecho subjetivo) de la adecuada representación sea (o, mejor, se considere que ha sido) garantizado: así, la R23(b)(3) es una *no-Mandatory CA*.

Pues bien, el (meta)derecho subjetivo de exclusión (que en estricto sentido denota una posición hofeldiana de inmunidad -frente a la modificación de la posición normativa de su órbita de derechos por vía de la sentencia-, de libertad -de no sufrir interferencias en el ejercicio, o no, del derecho de exclusión- de pretensión -que se le garanticen las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de exclusión-) ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia, incluso con anterioridad a su prescripción normativa a raíz de las críticas formuladas contra la anterior versión (prescrita por cierto en el escenario jurídico italiano) de *opt-in*<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Interesante la descripción hecha por NAGAREDA R., *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action*, cuando afirma que «[i]f one were to say that class actions are binding only insofar as individual class members choose to opt-in, the one effectively would be allocating the area between legislation and contract entirely to the model of contract. By contrast, the right to escape the binding effect of a class judgment by opting out is essentially sui generis in the law of civil procedure. That, however, is a testament no to the folly or Rule 23 in setting its default rule in favor of binding effect but, rather, to its practical realism in situating the modern class action in the middle ground between public legislation (no opportunity to exclude oneself) and private contract (organized in term of a right to opt in)» (p. 226). Pues bien, precisamente en esto consiste la distinción entre ambas opciones que implica un menor, o mayor, “sacrificio” del principio de la autonomía de elección de la parte actora. Sin embargo, como ya he precisado varias veces el discurso justificativo de la CA está dirigido precisamente a una restricción del principio de la autonomía de elección en favor de cuanto se considera sea el acceso a la justicia, la economía procesal y, actualmente con mayor intensidad, el efecto disuasivo. De esta forma, las críticas al *opt-in* se construyen sobre la base de la ponderación de todos estos principios y conducen a que en la cultura jurídica (también alguna fuera de Estados Unidos) se opte normativamente por el *opt-out*. El *opt-in*, dicen algunos, priva de cualquier contenido particular el instrumento procesal de la CA (sería sólo un clásico *permissive joinder devices*). En efecto, sin *opt-out* la extensión de los efectos del *giudicato* a los miembros ausentes resulta ambigua y difícil de circunscribir porque abraza un menor grupo de personas (tomando en cuenta que, como señalan los análisis empíricos -ver EISENBERG T., MILLER G., *The Role of opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, cit.- el *opt-out* es ejercido muy raramente, lo mismo se podría decir del *opt-in* con la diferencia que con el derecho de exclusión todos resultan vinculados por el resultado del fallo, salvo aquello que se

---

excluyan, mientras que con el derecho de inclusión sólo el poco número de personas que lo ejerzan resultará cubierto por el *giudicato*): en otras palabras, el objetivo que el ordenamiento jurídico se prefiguró para lograr superar la ambigüedad del discurso sobre las acciones representativas en 1966 (ver introducción a esta parte del trabajo) no sería posible sin la previsión del *opt-out*. La conciencia sobre este fenómeno genera una serie de discursos *justificativos* del instrumento de *opt-out* (derecho cuya justificación pocos ponen en duda, salvo excepcionales casos: ver pie de página 85 de este capítulo) que, incluso, como ya he precisado, con el objetivo de lograr una mayor extensión de los efectos del *giudicato*, actualmente está dirigido a la eliminación del derecho de exclusión en favor de una generalizada *mandatory CA* (ver, cuanto resta de este capítulo, especialmente pies de página 93-100). Esto, obviamente, al interior de un discurso justificativo que ha tomado en consideración la condición de sujeto pasivo del miembro ausente de la *class* resaltado, precisamente, que el no-ejercicio del *opt-out* no significa que el autor sepa de la existencia del proceso, o que “voluntariamente” haya aceptado participar mediante un “afirmativo” acto de omisión; sino, por el contrario, dicho miembro ausente puede ignorar la existencia del proceso. Por este motivo las reflexiones se han centrado en la protección de los derechos de los miembros de la *class* bajo la presunción que dicho miembro no tiene ningún tipo de control sobre proceso. Sobre este punto, además del capítulo tercero y la reforma de 2003, ver recientemente las interesantes reflexiones, particular atención a los *settlements*, de LESLIE C., *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, *cit.*, donde presenta un estudio dirigido a señalar que el «silence» no es un «endorsement» afirmando precisamente que «[i]f rational class members would remain silent when confronted with either an adequate or inadequate settlement, then a judge should read nothing into their silence. Class member silence is rational, interpreting this silence as endorsement of a proposed settlement is not» (p. 134).

Sin embargo, en escenarios (como el italiano) donde es previsto el *opt-in*, los defensores de la CA en su versión de *opt-out* presentan argumentos para resaltar su conveniencia: de estos argumentos llama la atención el enfoque de Giussani en varios de sus trabajos, últimamente, GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, *cit.*, quien argumenta el carácter necesario del *opt-out* sobre la base de un análisis de una amplia justificación de la CA en atención exclusiva a los incentivos y en razón de cuanto el autor considera sea el contenido de las finalidades de la CA. Así, afirma que «l’ovvia del sistema dell’*opt-out*, dal punto di vista dell’economia processuale [...] (dato che l’esperienza indica che qualsiasi sia il sistema adottato, solo ridottissime percentuali degli interessati si attivano, il sistema dell’*opt-in* veicola l’informazione che il comportamento prevalente è opportunistico, mentre quello dell’*opt-out* veicola l’informazione che l’opportunismo è inusuale, e quindi [...] favorisce assai di più la diffusione della cultura dell’associazionismo) non trova alcuna sorta di plausibile controindicazione: difficilmente, dunque, può ritenersi casuale che in vari ordinamenti si sia passati dal sistema dell’*opt-in* a quello dell’*opt-out* e che non sia mai accaduto il contrario» (p. 79). El análisis de Giussani, más allá de la corrección, o no, de su discurso interpretativo, es el claro ejemplo de un discurso justificativo construido sobre la base de la concepción utilitarista de matriz económica, una visión que, sin embargo, como ya precisé, no se impulsa hasta el punto de claudicar el derecho *opt-out* en cuando (dada la intangibilidad interpretativa del art. 24 de la const. italiana) el autor es manifiestamente contrario a las *mandatory CA* (ver, además del capítulo segundo, y particularment el texto que acompaña el pie de página 35-37, ver los pies de página 28, 40 y 41 de este capítulo).

Actualmente la discusión, sin embargo, no radica en su idoneidad para cumplir la función de *suplente* de la autonomía de elección para el ejercicio del macro(meta)derecho de acción en el caso de las acciones resarcitorias, sino que, en sentido inverso, la discusión radica en la posibilidad de restringirlo<sup>81</sup> o incluso eliminarlo<sup>82</sup> a favor de una extensión casi total de las *Mandatory CA*. En otras palabras, así como se verifica en relación con el (meta)derecho subjetivo a la adecuada-representación, el (meta)derecho subjetivo de exclusión, en los discursos justificativos contemporáneos, se revela también (y no sólo en una de sus versiones interpretativas, sino en todas ellas) como un “huésped incómodo”.

En efecto, la R23(b)(3) ya no resulta (como en cambio si en sus orígenes) extraña a los ojos de la doctrina y del operador jurídico sino que, por el contrario, a la luz de los nuevos discursos justificativos, resulta destinataria de interpretaciones que consideran (así como en su momento se consideró respecto a los otros dos tipos de CA) que una restricción más radical del macro(meta)derecho subjetivo de acción resulta necesaria a la luz de la nueva versión de la premisa ético-normativa utilitarista que justifica la CA (una premisa donde la *deterrence* sobresale como la finalidad primaria<sup>83</sup>).

En pocas palabras, se trata de un discurso que propone la eliminación, o al menos el redimensionamiento restrictivo, del derecho de *opt-out* a favor de una CA resarcitoria del tipo *Mandatory*.

En este contexto, en el discurso doctrinal pierde importancia el hecho de que el bien objeto del disfrute en los DSH tutelados por vía de la R23(b)(3) sea un bien claramente no-colectivo y que, entonces, y sin problema, al menos desde un punto de vista hipotético, podrían ser tutelados de forma individual sin que el resultado favorable a la parte actora afecte la eventual tutela de los demás derechos (como en cambio sucedería en la hipótesis de la R23(b)(1)) y sin que el resultado favorable a la parte actora implique necesariamente, dado el objeto de la condena, la satisfacción de las pretensiones de los demás potenciales miembros de la *class* (como en cambio sucedería en la hipótesis de la R23(b)(2)). En otras palabras, pierde importancia el hecho de que el legislador, en atención al carácter excepcional de la R23(b)(3)<sup>84</sup>, fijara criterios más

---

<sup>81</sup> Ver el texto que acompaña (y) los pies de página, 88 y 92 de este capítulo.

<sup>82</sup> Ver el texto que acompaña (y) los pies de página 93-100 de este capítulo.

<sup>83</sup> En general ver los numerales 4-6 de este capítulo y numeral 5 del tercer capítulo.

<sup>84</sup> Ver pie de página 74 de este capítulo.



exigentes a la hora de certificar la acción puesto que las características del bien objeto del disfrute en cada uno de los DSH tutelados por vía de la CA no justificaba por sí solo la privación de la autonomía de elección del titular del DS.

Así, estas reflexiones, ante el “nuevo” discurso justificativo de la CA (donde la disuasión es ultra-valorada y donde las reflexiones en términos económicos relacionadas con los efectos *extra-proceso* de la acción grupal cobran una importancia mayor) pierden su importancia<sup>85</sup>, por dos motivos:

---

<sup>85</sup> Esto no se puede afirmar, sin embargo, de forma totalmente generalizada. Redish es un ejemplo claro de autor que en todo su trabajo aún hoy insiste de forma radical sobre la defensa de las tradicionales interpretaciones del *day in court* y de toda la ideología inspiradora del *adversarial system* sobre la base de una reaccionaria propuesta normativa de reforma (que el autor considera liberal) de la CA: REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, «I seek to demonstrate that a class action rule derived from liberal theory provides a powerful alternative to existing class action models premised upon utilitarian, communitarian, or civic republican theory. The primacy afforded the role of individuals and the exercise of their process-based autonomy under liberal theory would appropriately establish a class action rule that maintains the American adversary tradition in which, in most cases, litigants are allowed to voluntarily choose to make use of the judicial process in order to protect or vindicate their individually held rights» (p.128). Se trata de un autor que considera (pero sobre la base de un ideológico punto de vista construido alrededor del *adversarial legalism*) que la interpretación tradicional del art. III de la constitución debe ser a favor de una visión del proceso conflictual y que implica la exigencia de la constatación de un *case-or-controversy* en una versión aún más radical de la actualmente aceptada por la *Supreme Court* (ver, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1991)) y, en este orden de ideas, se opone radicalmente a la opción de incluir entre los DSH objeto del juicio de CA las pretensiones futuras, tanto menos aquellas resultas por vía de los *settlements* en cuanto considera igualmente inconstitucional las ya comentadas *only-settlements* CA («[...] one should be able to conclude without much difficulty that the settlement class violates the case-or-controversy requirement of article III [...] the inherent non-adverseness of the settlement class—whether the underlying claims involve state or federal law—renders it non-justiciable» (p.206), al tiempo que precisa que «the plain meaning of Article III, strongly supported by the Court’s case-or-controversy jurisprudence, conclusively establishes the inherent unconstitutionality of the settlement class» (p. 213)). En fin, una propuesta de CA enemiga de las *Mandatory* CA y, entonces, una propuesta que, incluso en el caso de las *smalls claims*, no obstante su valor negativo, parte del supuesto que el (meta)derecho subjetivo de exclusión es intangible y debe ser respetado como premisa de la estructura *adversarial* de la cultura jurídica estadounidense («From the perspective of liberal theory, then, individuals should be able to register their dissent from the ideological ends being pursued. Thus, an individual should be able to register that dissent through self-removal from the class» (p. 130)), al tiempo que propone, incluso, un eventual regreso al (meta)derecho subjetivo de inclusión (o *opt-in*) («Most of that controversy, however, has focused on the choice between opt-out and mandatory class actions. Rarely has it concerned the choice between opt-out and opt-in procedures [...] Recognition of the relevance of the jurisprudence of constitutional waiver dictates a rejection of

- (i) (esta vez también en razón de la finalidad del acceso a la justicia) en atención las propiedades de la pretensión, especialmente si se trata de las llamadas ‘pretensiones con valor negativo’<sup>86</sup>, puesto que se toma en consideración que

---

opt-out procedure, in favor of one requiring opt-in» (p. 173) o que «As explained earlier in this book, a process that requires absent claimants to affirmatively opt into a class proceeding is preferable to an opt-out procedure, purely as a matter of democratic theory» (p. 169)). En fin, en relación específica con las *smalls claims*, se opone entonces a las propuestas de autores como Shapiro e Issacharoff y, sobre todo, la propuesta de Rosenberg. En pocas palabras, Redish, sobre la base de una específica concepción de los que él considera valores intangibles de la tradición jurídica estadounidense, aboga por un tipo de CA (y poco aceptada por la cultura jurídica actual) caracterizada por un regreso a una versión formalista (desde un punto de vista de la teoría de la interpretación) que proteja los valores del *sueño americano*.

<sup>86</sup> La literatura al respecto es muy amplia. Un autor que desde los años ochenta del siglo pasado dedica especial atención al tema (también con pretensiones descriptivas) es COFFE J., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Action*, *cit.*, quien define las pretensiones de valor negativo, llamándolas de *type B* (frente al tipo A cuyo valor es positivo y frente al tipo C donde se mezclan pretensiones de valor negativo y positivo): «*Type B class actions* are those in which no claim would be independently marketable. “Opting out” is by definition infeasible. Here, client control is illusory; probably, few clients have large enough stake to justify monitoring the attorney. The risk of attorney opportunism is substantial, although “fluid recoveries” and non-pecuniary settlements may mask such opportunism», es decir, CA en las que, en algunas ocasiones es posible afirmar que «it is very clear that no individual plaintiff would have sued» (p. 905). El ejemplo claro de las pretensiones con valor negativo son las *Smalls claims* que, para el punto que aquí interesa, en los casos de *mass torts* su tutela se verifica en el contexto de la «“large-scale, small-claim” litigation in which the overall liability is large but the individual interests of the class members or corporate shareholders are small» y, en estos términos, se puede afirmar que el titular de la *small claim* «has a choice between two courses of action. She can do nothing, in which case she will receive a check in the mail if the suit is successful and will incur no costs if the suit fails. Or she can go to the trouble of opting out of the action, in which case she will receive nothing whether or not the suit is successful. Such a decision is not hard to make. Nearly everyone who understands the nature of this choice will elect to do nothing and thereby remain part of the class action»: MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, *cit.*, p. 3 y 28.

En relación con las pretensiones de valor negativo es pertinente recordar que sobre la base de las mismas se construyó el discurso ideológico que presenta a la CA como una PAG *Action* con base en la idea de un PAG como el “buen samaritano” y que el mismo Coffee en su trabajo, sobre todo en COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, *cit.*, critica resaltando el actuar del PAG también como un “caza recompensas” (sobre el punto ver en profundidad capítulo tercero). También, como preciso más adelante (ver principalmente texto que acompaña (y) pies de página 58 y 86-100 de este capítulo y pie de página 109 del capítulo tercero) las reflexiones relativas a las *smalls claims* se resuelven en reflexiones que prestan más atención a los efectos macro-económicos o, en cambio, que presentan más atención a la

dichas pretensiones, aún cuando sean DSH con objeto un bien no-colectivo, racionalmente se puede afirmar que al titular no le interesa adelantar la acción porque resulta más alto el costo que el beneficio y, entonces, la acción grupal siempre está justificada y, de hecho, se considera que resulte más conveniente para la tutela de los DSH de los miembros ausentes<sup>87</sup>. En este caso entra en

---

tutela de los derechos de los miembros ausentes resaltando principalmente, en este último caso, dificultades que antes no eran previstas y que surgieron, por cierto, en el contexto del actuar del *attorney* en su vestido de PAG (ver también cuanto precisado en el capítulo tercero, particularmente el pie de página 109 y aquí, pie de página 86).

<sup>87</sup> Este enfoque, a esta altura del debate en la cultura jurídica estadounidense, resulta casi generalizado (salvo algunas excepciones). En sentido amplio, bajo estas propuestas (y principalmente en el escenario de las *mass tort* CA), se considera que la tutela de este tipo de DSH cuya vulneración implica sólo un (meta)derecho subjetivo a un *pequeño* resarcimiento, determinadas circunstancias empíricas indican que una escrupulosa garantía del (meta)derecho subjetivo de acción implicaría en sentido práctica una defectuosa tutela de cada uno de los DSH vulnerados. Se trata de un discurso doctrinal (que toma en consideración, pero no en gran medida, los efectos externos al proceso) que considera evidentemente como un “huésped incómodo” la tradicional interpretación de la locución ‘adecuada-representación’ en cuanto, al final, no garantiza de la tutela de los miembros ausentes titulares de *small claims*: particularmente, en relación con la exigencia de la *notice* y del *opt-out* en aquellos casos en los que los costos implican la imposibilidad de la acción en cuanto imposible identificar, incluso, el representante de la *class* que sea adecuado.

En este grupo de reflexiones llama la atención David Shapiro y su famoso artículo SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, *cit*, donde precisa, con base en su propuesta de considerar a la *class* como una *entity* diferente de la suma de los miembros que la componen (ver al respecto los pies de página 88 y 92 de este capítulo, así como los pies de página 21 del capítulo segundo y 109 y 155 del capítulo tercero) resalta, con el objetivo de justificar su propuesta normativa, algunos problemas que se presentan en relación con las *negative-value claims* (ver pies de página 58, 86 y 87 de este capítulo) en el contexto de la «“small claim” class action» que define como «an action defined here to embrace those cases in which the claim of any individual class member for harm done is too small to provide any rational justification to the individual for incurring the costs of litigation» (p. 923), acciones que el autor considera (siguiendo abiertamente el discurso justificativo actual que da prioridad a la finalidad disuasiva) que tienen sólo el propósito «to deter the kind of wrong that causes a small injury to a large number» (p. 925). Precisa que dadas las ventajas de un proceso grupal en términos de eficiencia (referidos especialmente a: - mayor información; - reducir costos para el pago del abogado; - mayor disponibilidad presupuestal por parte del demandado para el pago) bajo la óptica y el empleo del concepto rawlsiano del *velo de la ignorancia* (RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 136-42, utilizada en el contexto de la CA también por Rosenberg -ver principalmente pies de página 93-100 de este capítulo- para la justificación de su propuesta de aplicar una visión *ex ante* respecto de la R23(b)(3) que favorezca el efecto disuasivo y la prevención del riesgo; y también empleado, por ejemplo y recientemente, por DANA D., *Adequacy of Representation After Stephenson: a Rawlsian/Behavioral Economics Approach to Class Action Settlements*, en *Emory Law Journal*, 55, 2006, pp. 279-346) muy

consideración la versión normativa propuesta bajo la locución ‘*entity model*’ donde, para efectos de tutelar principalmente los derechos de los miembros ausentes, se propone la consideración de la *class* como una entidad diferente de los miembros que la componen<sup>88</sup>: propuesta que difícilmente puede

---

seguramente los sujetos optarán por favorecer esos beneficios de eficiencia, con mayor razón si sus pretensiones son de valor negativo. En autor, como criterio justificativo de su propuesta de considerar a la *class* como una entidad, sostiene que de esa forma la *notice* puede ser más flexible porque la parte actora es la *class* y no los miembros que la componen (evitando problemas de no certificación por motivos de imposibilidad de llevar a cabo una *notice*) y, entonces, la *notice* no debe ser tan exigente, por ejemplo en los casos de las *smalls claims* donde, sostiene el autor que «the interest of the individual in the case is relatively low, as is the corresponding likelihood that any member of the class will wish to spend the time and energy to monitor the action or will object to the very idea of class treatment» (p. 937). Lo mismo sucedería en el caso del (meta)derecho subjetivo de *opt-out*, derecho que el autor considera que ni siquiera necesariamente debe ser considerado como elemento estructurador de la adecuada representación y que, en tal medida, puede ser relativizado y limitado en beneficio de del logro de la adecuada-representación que ya no sería interpretada en la forma que se hace desde 1966 (en cuando evidentemente la considera como “huésped incómodo”) sino a la luz de una limitación del *opt-out* a favor de garantizar la certificación de la acción: «[...] the notion of the representative quality of the class action [...] suggested that the key to the satisfaction of due process requirements was only the adequacy of representation; notice to class members was not a prerequisite, and a fortiori, neither the opportunity to opt-out» (p. 937) y, en estos términos, para el autor nada impediría limitar el *opt-out* bajo la idea que «if there is a clear need for an unconditional right to opt out, one wonders about the soundness of the underlying decision to allow class treatment. On the other hand, a conditional or limited ability to opt out may serve the interests to the individual who (wisely or un wisely) insists on going it alone, without undermining the interests of the group as a whole, and may improve the level of monitoring of class counsel, and of the action as a whole» (p. 938).

<sup>88</sup> El *entity model* se presenta como una propuesta normativa, es decir, bajo enunciados del siguiente tenor: *se debería considerar (o sería bueno considerar, o es más justificado considerar) a la class como una entidad*. Se trata de un modelo que actualmente es aceptado por algunos autores. COOPER E., *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process*, en *New York University Law School*, 13, 1996, pp. 13-73; SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, *cit.*; ISSACHAROFF S., *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, *cit.*; BURNS J., *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, *cit.*; TIDMARSH J., *Rethinking Adequacy of Representation*, *cit.* El objetivo prescriptivo con el *entity model* es indicar defectos en las interpretaciones de los derechos procesales de los miembros ausentes, presentando como necesaria la re-interpretación de los mismos a la luz del *real* devenir de los procesos de CA. Sin embargo, este tipo de propuesta es construido sobre la base de una premisa conceptual errada; errada porque desde un punto de vista conceptual la *Class* no es, y no puede ser, titular de derechos (por los mismos motivos indicados en el capítulo primero y segundo de este trabajo). Pronunciarme sobre la conveniencia, o no, de su propuesta normativa no es objeto de este trabajo (salvo describir que su discurso justificativo está guiado por una concepción utilitarista que gobierna actualmente el discurso

escapar al título de comunitarista-moderada<sup>89</sup> y que seguramente resulta análoga a cuanto se registra en el escenario italiano respecto a la idea de la colectividad como titular de los llamados ‘IDC’<sup>90</sup>. En efecto, se trata de una propuesta que opta por *entificar* la *class* con el objetivo de justificar una re-interpretación del macro(meta)derecho subjetivo de acción, pero previa consolidación de la errada idea de la consistencia conceptual de situaciones de ventaja no individuales. De esta forma la propuesta, que desde un punto de vista prescriptivo considera que las tradicionales interpretaciones adscritas a locuciones como ‘adecuada representación’, ‘*opt-out*’ y ‘*right to notice*’ *deben ser* interpretadas de forma diferente<sup>91</sup>, se presenta sólo una previa consolidación de la *Class* como sujeto de derecho, un sujeto de derecho que en cuanto no individuo<sup>92</sup> no requiere la escrupulosa tutela de los derechos procesales tradicionales.

---

justificativo de la CA) pero seguramente sí es un objeto de este trabajo señalar que en este tipo de propuesta se *esconde* una confusión entre el plano conceptual y el plano justificativo construido sobre la misma base que en el escenario italiano se construyó a la colectividad como titular de los así llamados IDC.

<sup>89</sup> No obstante las críticas aquí formuladas al trabajo de Redish, no se puede negar que sus críticas a la carga comunitarista del *entity model* resultan, pero sólo a este respecto, correctas. Ver REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, 115-120 y 151-154.

<sup>90</sup> Ver principalmente capítulo segundo y, para las críticas a la posición comunitarista o, mejor, a la convicción según la cual la colectividad sea titular de derechos ver el capítulo primero.

<sup>91</sup> Como ya he precisado varias veces, es este el enfoque actual en los discursos justificativos de la CA donde varios (meta)derechos subjetivos son considerados (al menos en algunas de sus versiones interpretativas) como “huéspedes incómodos”. Para el tema que ahora interesa ver el pie de página 87 de este capítulo.

<sup>92</sup> Es importante señalar que la propuesta del *entity model* la *class* es funcional al individuo. La *class como parte y cliente* es un mecanismo para garantizar en último análisis la tutela de DSH de los miembros ausentes previa re-interpretación de algunos derechos procesales que se considera necesaria para poder alcanzar esta garantía. De esta forma, si bien desde un punto de vista conceptual resulta una propuesta homóloga a la idea de la colectividad como sujeto de derecho, desde un punto de vista prescriptivo-justificativo es evidente que se considera a la *Class* como sujeto de derechos pero sólo en el ámbito interno del proceso. Claro, algunas afirmaciones generan dudas a este respecto: «the public interest, finally, must play a far larger role in class-certification determinations than ordinarily occurs with preliminary injunction decisions. Class actions that aggregate small claims that cannot effectively be enforced one-by-one are more important as a means of vindicating and enforcing the underlying public purposes of regulating legal rules than as a means of providing often trivial relief to individual claimants. Perhaps because it is so important, measurement o the

- (ii) (esta vez en con fundamento casi exclusivo en el efecto disuasivo y, en parte, en la economía procesal) en atención a los efectos que la tutela grupal de las situaciones de ventaja en los casos de las *mass torts* CA pueden generar a favor del mayor número de personas en razón de sus efectos macro-económicos<sup>93</sup>. Se trata de propuestas normativas que, en su versión “radical”<sup>94</sup>, auspician la eliminación del (meta)derecho subjetivo de *opt-out*

---

public interest must begin with the question whether it is proper for courts to distinguish—or, in a less flattering word, discriminate—between the levels of public importance represented by different underlying legal rules and by different asserted violations of those rules»: COOPER E., *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process*, *cit.*, p. 20-21. Sin embargo, en este tipo de afirmaciones se combina otro aspecto: una específica interpretación de la locución ‘public interest’ (ya analizado en el capítulo tercero) que, en efecto, sí conduce a una mayor presencia de la (errada) idea de la colectividad como sujeto de derechos fuera del ámbito procesal (ver más adelante numeral 6 de este capítulo).

<sup>93</sup> Este discurso justificativo ha sido ya analizado a lo largo del presente capítulo, así como en el capítulo tercero, particularmente en relación con los autores que abrigan un enfoque acorde con las premisas teóricas y doctrinales del análisis económico del derecho (ver principalmente en el capítulo tercero pies de página 88 y 109, y en el capítulo cuarto, los pies de página 30, 54 y 68). En concreto, se trata de una propuesta que, sobre la base del principio de la minimización de los costos de los accidentes, sigue la idea según la cual «optimal deterrence thus enhances the expected welfare of the individual, and not simply that of society as an abstract whole, as many courts and commentators mistakenly believe. An individual who internalizes the total costs and benefits arising under alternative legal regimes that effect deterrence to different degrees will rationally prefer, ex ante, the rule that motivates optimal precaution, because this rule will prevent unreasonable risk»: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.*, p. 844 (sobre el efecto disuasivo en el discurso justificativo de la CA -que en realidad abriga gran parte del contenido de este capítulo- ver, en este trabajo, además de cuanto resta de este capítulo, entre otros, los pies de página 88 y 109 del capítulo tercero y pies de página 30, 54, 68, 86-100 de este capítulo).

<sup>94</sup> Un autor que puede ser adscrito a este “radical” enfoque ético-normativo justificativo de la CA es Rosenberg quien, como ya he precisado varias veces, propone que desde un punto de vista normativo los *mass tort cases* deben ser resueltos siempre por vía de una CA del tipo *mandatory*: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.* Se trata de una propuesta que nace con posterioridad (y con un enfoque crítico frente) a *Amchem* y a *Ortiz* pero con anterioridad a la reforma de 2003 (donde evidentemente no fue aceptada su propuesta: R23(e)«(3) In an action previously certified as a class action under Rule 23(b)(3) the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so»); reforma que Rosenberg critica en ROSENBERG D., *Adding A Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, *cit.*

En concreto, Rosenberg afirma que «mandatory-litigation class action provides the most effective means of resolving the collective action problems and litigating the costs that prevent mass tort

en las *mass torts* CA<sup>95</sup>, sobre la base de una ulterior-valoración de los efectos externos al proceso con el objetivo de garantizar el bienestar del mayor

liability from achieving optimal deterrence and insurance. Allowing plaintiffs to exit exposes litigation class action to market forces and thereby threatens to unravel the class and to undetermined collective action. Making litigation class action mandatory eliminates this problem [...]: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, cit., p. 862.

<sup>95</sup> En su versión (por llamarla así) *más extrema*, es decir, aplicable no sólo a los casos de las pretensiones con valor negativo sino a todo el escenario de los *mass torts*, se trata de un enfoque que dando prioridad al efecto disuasivo justifica una reinterpretación ulterior del los enunciados normativos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción, en concreto (en cuanto interesa a este trabajo) los enunciados relativos al (meta)derecho subjetivo de *opt-out*, proponiendo normativamente la eliminación de este derecho en cuanto contraproducente para lograr los objetivos de (cuanto en esta posición doctrinal se considera sea) la adecuada-representación y, en términos más amplios, la maximización del bienestar social. Se trata de una posición que, entonces, considera, tanto al *opt-out* (en todas sus manifestaciones interpretativas) como a la tradicional interpretación de la locución ‘adecuada-representación’, como “huéspedes incómodos” a la luz de la concepción ético-normativa utilitarista que gobierna la actual justificación de la CA («Some opponents of mandatory class action, however, seem to attribute supervening value to class action opt-out, suggesting that plaintiff autonomy is a good in itself. They fail to consider that the choice between exit and no-exit class action should, like any choice among competing designs of legal system, depend on their relative effects on individual welfare ex ante»: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, cit. p. 863). Se trata de un discurso justificativo que no niega la importancia de la tutela de las situaciones de ventaja individuales (aunque sí considera que dicha tutela por medio de las acciones grupales tiene consecuencias externas al proceso en un contexto que muchas veces estas últimas adquieren una relevancia prioritaria). Se trata entonces de una propuesta normativa construida sobre la idea según la cual la función disuasiva (sumado a la aseguración previa por los eventuales daños cuando la disuasión no surte efecto) *sería un bien colectivo* (para comentarios sobre esta errada afirmación de Rosenberg ver pie de página 102 y para confirmar entonces el indiscutible carácter de DS –o, mejor, de (meta)derecho subjetivo- de la pretensión al efecto disuasivo de los incumplimientos a los deberes correlativos, ver numeral 5 del tercer capítulo y numerales 6-11 del capítulo primero) cuyo logro se alcanza sólo: (i) si se toma en consideración un análisis *ex ante* de las elecciones de los potenciales miembros de la *class* y (ii) si la CA en los casos de *mass torts* CA es siempre *mandatory* (es decir, una supresión del derecho de *opt-out*) («litigation class action provides the most effective basis for aggregating and averaging all claims, thereby ensuring maximum deterrence and insurance benefit from mass tort liability. But this result is possible only if the class action is mandatory and bars opt-out»: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, cit., p. 861)).

Esta versión radical ha sido criticada incluso por autores que, con el mismo enfoque (al menos tácito) de análisis económico del derecho, consideran necesario el reconocimiento del derecho de *opt-out* particularmente en el caso de las *only-settlements* CA y, con mayor razón, cuando se trata de CA que resuelven futuras controversias, es decir, relativas a casos en los que aún no se ha verificado el incumplimiento de los deberes correlativos (me refiero a Nagareda quien con el mismo enfoque considera, sin embargo, que en el caso de los *settlement* siempre se debe permitir al final una

numero de sujetos; todo sobre la base de una valoración *ex ante* de las preferencias (de las elecciones) de los potenciales miembros de la *Class*<sup>96</sup> que, sin excepción, deben hacer parte del proceso y deben sufrir las consecuencias favorables o desfavorables del fallo o del *settlement*. Bajo esta perspectiva, la CA cumpliría entonces una función disuasiva que, sin negar al individuo<sup>97</sup>, trascendería el escenario de la controversia<sup>98</sup>; una función

---

oportunidad para excluirse: ver recientemente, pero no por primera vez, NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement*, *cit.*, capítulo 5, 3 y 8 y sobre el debate entre Rosenberg y Nagareda sobre el ‘*back end Opt-Out Right*’ ver cuanto señalado en el pie de página 68 de este capítulo-); y también ha sido criticada en relación con su radical propuesta reformadora de la tradicional interpretación del *day in court* y, en general, de la adecuada-representación: ver REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, pp. 107-115 que considera que su propuesta utilitarista es contraria a los valores políticos estadounidenses; o MULLENIX L., *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, *cit.*, quien afirma que «Professor Rosenberg is seemingly the anti-democrat: he envisions a universe of mandatory-only class actions, with no opt-out option, whether voluntary or not [...] Rosenberg’s vision is a top-down autocratic view of justice. It posits on actor who seemingly knows what is best for society, and what wrongs require punishment or redress», p. 200).

<sup>96</sup> Al igual que Shapiro (ver pie de página 86 de este capítulo) y al igual que algunos otros autores (ver HAY B., *Procedural Justice: Ex Ante vs. Ex Post*, en *University of California Law Review*, 44, pp. 1803-1850 part. pies de página 117-118 y ROSENBERG D., *Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases*, en *University of New York Law Review*, 71, 1996, pp. 210-257, pie de página 83, donde se señala variada bibliografía que también lo emplea) Rosenberg hace uso (extrañamente, dada su perspectiva evidentemente consecuencialista y utilitarista –tanto criticada por Rawls-) del concepto del *velo de la ignorancia* Rawlsiano para explicar el proceso de determinación *ex ante* de las elecciones adecuadas para garantizar los objetivos de disuasión y, entonces, la maximización del bienestar social: «I adopt and justify the “ex ante” perspective, which places individuals “behind a veil of ignorance” without information about their particular situations in the “ex post” world-to-come of accident risk and scarce resources»: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.*, p.840. Sobre la perspectiva *ex ante* afirma, que «ex ante any rational individual would choose a legal system that minimizes the sum of accident cost and uses mass tort liability to do so» (p. 840) y que el mismo individuo racional *ex ante* prefiere «a legal system that allocates enforcement resources to prevent unreasonable risk rather than merely to compensate it» (p. 840) Sostiene además que «indeed we often want and except legislators and judges to assume the ex ante perspective because it inhibits self-dealing and affords those lawmakers the most comprehensive understanding of everyone’s preferences and the array of policy tools that can be used to advance them» (p. 842).

<sup>97</sup> «My argument proceeds from the premises that the legal system should aim to improve individuals’ well-being and that individuals seek to maximize their own welfare. In short, in the face of accident risks, the legal system should do what an individual seeking maximum welfare would



disuasiva que sería la máxima prioridad de la CA y del derecho de los *torts*<sup>99</sup>; mientras que el derecho de *opt-out* se convierte en un “huésped incómodo” para el discurso justificativo en cuanto ineficiente para garantizar (según específicas premisas teóricas y normativas) el bienestar del mayor número de sujetos<sup>100</sup>.

---

prefer»: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, *cit.*, p. 840.

<sup>98</sup> D. ROSENBERG D., *Mass Tort Class Actions: What defendants have and plaintiffs don't*, *cit.*, p., 407-408, «When the two goals of deterrence and compensation come into conflict, as they often do in the current system, the sense that doing justice for individuals should count for more than maximizing some abstract social goal of deterrence usually lead to the conclusion that individual interests should prevail over society's. The benefits of optimal deterrence necessarily accrue to all individuals – in fact, to everyone who might be exposed to tortious risk – and not merely the relatively small fraction suffering actualized tortious harm. At the most basic level, optimal deterrence benefits every individual because reducing accident costs through reasonable precautions means more welfare to distribute and that makes everyone better off»

<sup>99</sup> En sus trabajos Rosenberg ha criticado siempre el formalismo que se ha centrado en los aspectos procedimentales sin prestar atención a la íntima relación entre la CA y la *Torts Law*. Además, precisamente por ese enfoque, el autor considera que no se ha dado importancia al aspecto central, es decir, la función disuasiva que la CA al interior de un sistema legal *debe* cumplir. En efecto, cuando criticó la reforma de 2003 que prescribió un segundo derecho de *opt-out* cuando se aprueba in *settlement* en una R23(e)(3), lo consideró el resultado de un triunfo para el «myopic “proceduralist” way of thinking», un modo de pensar que evidencia como, para el autor, el significado adscritos a los (meta)derechos relativos al macro(meta)derecho de acción como el (meta)derecho de *opt-out*, el (meta)derecho del *day in court* etc., son un “huéspedes incómodos” para alcanzar el bienestar de la gran mayoría. En efecto, define ese *myopic proceduralist way of thinking* como «the approach that ignores deterrence and compensation objectives and related individual welfare effects of the substantive law in evaluating the operation and potential redesign of the civil effects of substantive law in evaluating the operation and potential redesign of the civil liability system. In this case involving class action opt-out, as in many, the basic deficiency of the proceduralist mode is compounded by shoddy cost-benefit analysis, general disregard or pre-suit, ex ante conditions, and resort to deontological and even ontological claims, usually asserted in the form of vacuous and question-begging moralisms, hackneyed slogans, pseudo-traditions, and other conceptual shell games like “plaintiff autonomy,” “day in court,” and “process values”» (cursive mia): ROSENBERG D., *Adding A Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, *cit.*, p. 19. Por cierto, no resulta extraño (sobre todo tomando en cuenta lo dicho en este trabajo: ver pies de página 86-88 y 92 de este capítulo) que el autor cite a SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, *cit.*, como uno ejemplo de un enfoque crítico del soporte *proceduralist* de la doctrina sobre la CA.

<sup>100</sup> Ya afirmaba en ROSENBERG D., *Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases*, en *University of New York Law Review*, 71, 1996, pp. 210-257 que «[t]he concept of individual justice adopted here embraces a rational-choice notion of self-determination.

En estas propuestas normativas -que redimensionan (aún más) la autonomía dispositiva del miembro ausente mediante una restricción al reconocimiento del derecho de *opt-out*- las funciones de la CA continúan siendo direccionadas a los principios de economía procesal, al efecto disuasivo y al acceso a la justicia; aunque este último sea re-formulada a la luz de una “exasperación” de la concepción ético-normativa que gobierna las argumentaciones justificativas de la CA.

Una “exasperación” que, aún sin desdibujar al individuo como titular de situaciones de ventaja, encuentra en el proceso judicial un instrumento propulsor e ejecutor de políticas públicas donde el valor de las consecuencias externas al proceso judicial (sus efectos hacia el futuro, incluso en un ejercicio de *previsión* de potenciales incumplimientos de derechos subjetivos) *deberían* gobernar y determinar las elecciones procesales internas al proceso, al tiempo que *deberían* condicionar el contenido de los derechos relativos al macro(meta)derecho de acción de los miembros ausentes a favor de situaciones de ventaja en ocasiones presentadas (erróneamente) como situaciones de ventaja que desbordan la órbita individual de dichos sujetos. Una “exasperación” que, sin embargo, no necesariamente resulta contraria, sino más bien, favorable a la intervención legislativa que fije criterios respecto al contenido de los derechos de los miembros de la *Class* y, entonces, un juez que no adquiriera (que *no* debería adquirir necesariamente) la facultad de modificar los derechos sin previa determinación legislativa.

---

Under this assumption, an individual confronting uncertainly prefers the process option that maximizes expected personal utility (welfare) from tort liability [...] [i]n short, if allowed to select the process for adjudication and settling mass tort [...] individuals would choose mandatory collectivization» (p. 216). De esta forma, las tradicionales interpretaciones de la adecuada representación y del derecho de *opt-out* (e incluso la tradicional interpretación del *day in court* respecto del cual el autor afirma que «despite its moral pretensions, the day-in-court concept guarantees nothing that the money cannot buy»: ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases, cit.*, p. 864) difícilmente resultan compatibles con la justificación de la CA formulada por este autor.

## 5. EL INTERÉS GENERAL ENTRA EN ESCENA: REFLEXIONES SOBRE LA (SUTIL) MUTACIÓN EN EL DISCURSO JUSTIFICATIVO DE LA CA

El “nuevo” discurso justificativo de la CA podría seguir siendo entendido como una consecuencia irreversible de la tradicional justificación de la CA que se lleva a cabo por vía de una concepción ético-normativa utilitarista. En efecto, se trataría de una nueva re-interpretación de los principios derechos relativos al macro(meta)derecho de acción donde el significado tradicionalmente adscrito al enunciado normativo contentivo de la locución ‘adecuada representación’ sede el paso a una matización del mismo (en los mismos términos que la adopción del mecanismo procesal de la CA determinó respecto a las que entonces eran las tradicionales interpretaciones del (meta)derecho subjetivo de acción) a favor de cuanto se considera determina el bienestar de un mayor número de sujetos.

Sin embargo, en estos razonamientos, se verifica un cambio sustancial en el discurso justificativo: en efecto, en las nuevas reflexiones justificativas de la CA hasta el momento analizadas en este capítulo, caracterizadas por una exasperación de la función disuasiva de la CA, un discurso que se podría llamar colectivista-moderado entra a formar parte de la justificación (aunque pocas veces como falsa descripción sino, casi siempre, como abierta propuesta prescriptiva-valorativa) aduciendo, o la existencia de (o la necesidad de prescribir) situaciones de ventaja fuera de la órbita individual, como sucede en el caso en el que la estabilidad del mercado se convierte en receptora directa de los beneficios de la acción grupal, o como sucede en el caso de las reflexiones relativas al *entity model* que propugna por una ontología colectivista según la cual la *Class* es entendida, ya no como un concepto que denota DSH agrupados en atención a factores que (sólo utilitaristamente) justifican la acción grupal, sino como una entidad (*entity*) detentadora de situaciones de ventaja diferentes de (e incluso con mayor importancia que) las situaciones de ventaja de los miembros que la componen<sup>101</sup>.

En esta modificación del discurso ético-normativo justificativo de la CA, la adecuada representación, junto con la (naturaleza jurídica de la) *class* también son re-formuladas (si bien, por ahora, sólo a nivel doctrinal) previa consolidación en la cultura jurídica de la defensa doctrinal (si bien maquillada, como en Italia, de lenguaje indicativo) de una

---

<sup>101</sup> Ver principalmente pies de página 88 y 92 de este capítulo.

específica concepción del *public interest* según la cual este denotaría situaciones de ventaja (no individuales y cuya tutela se adelantaría por vía de las acciones grupales, particularmente, pero no sólo, por vía de la CA, sino) que desbordarían la órbita de los sujetos individualmente considerados<sup>102</sup>.

Un interés general que, como ya precisé en el anterior capítulo, se especifica en los usos de la cultura jurídica estadounidense relativa a la CA (y a las demás, así llamadas, *PAG actions*) en (i) el *enforcement* de las normas-derechos y (ii) en el efecto disuasivo de las potenciales violaciones de los deberes correlativos a DSH.

Sin embargo, y esto también ya ha sido analizado en el anterior capítulo, desde un punto de vista conceptual el interés general denota (meta)derechos subjetivos, funcionales a la garantía de todo derecho subjetivo. En efecto, en ambos casos, esto resulta evidente: si una norma prescribe un derecho en cabeza de un sujeto es lo mismo que afirmar que otros sujeto es titular del deber correlativo a la posición normativa activa reconocida por el ordenamiento que, en primera medida, implican (i) que el deber correlativo sea cumplido y (ii) que no se verifique el incumplimiento de dichos deberes. En otras palabras, el titular de un derecho subjetivo es siempre titular en primera instancia del (meta)derecho subjetivo (funcional) a que se cumplan los deberes

---

<sup>102</sup> Ver principalmente numeral tercero y quinto del capítulo tercero. A este respecto, además de cuanto ya afirmado, es necesaria aclarar una impresión conceptual que a este respecto se verifica. ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases, cit.*, p. 847 afirma que «Deterrence and insurance are common (or public) goods, which means that their production necessarily benefits everyone individually ex ante but requires that everyone agree to sacrifice some wealth-maximizing opportunities in the tort system ex post». Pues bien, desde un punto de vista conceptual, así como no es correcto considerar la disuasión (deterrence) como una situación de ventaja cuya titularidad desborda la órbita individual, tampoco es correcto afirmar que la disuasión de las violaciones de los deberes correlativos a DSH sea un bien que no admite exclusividad en su disfrute ni rivalidad en su consumo (ver numeral 8 del capítulo primero). En efecto, como ya he precisado varias veces, la disuasión del incumplimiento de los deberes correlativos a DSH corresponde conceptualmente con un posición normativa de ventaja individual de segundo nivel, es decir, un (meta)derecho subjetivo funcional al ejercicio y (eventualmente) la tutela de DSH, cuyos sendos objetos de disfrute bien pueden ser colectivos, como no-colectivos. Presentar la disuasión (*deterrence*) como un bien colectivo es conceptualmente una afirmación incorrecta que, desde un punto de vista justificativo (también) corresponde con la idea de presentar la CA (si su finalidad principal es la *deterrence*, como en efecto considera Rosenberg) como un instrumento procesal que trasciende la esfera del proceso y se consolida (bajo la retórica del lenguaje *quasi-colectivista*) como un instrumento procesal cuya finalidad se consolida fuera del proceso y fuera de la órbita individual de los sujetos titulares de los DSH objeto de tutela, un instrumento procesal dirigido a tutelar una visión específica del *public interest*.

correlativos por parte del destinatario de la situación pasiva y, además, titular del (meta)derecho subjetivo (funcional) a que se impida el incumplimiento potencial de los deberes correlativos<sup>103</sup>.

En efecto, incluso cuando el *enforcement* de las normas-derechos es identificado bajo la nomenclatura de ‘*enforcement* de las políticas públicas’, se trata igualmente (esto en atención a la tesis de la correlatividad lógica hohfeldiana entre derecho y deberes<sup>104</sup>) del derecho subjetivo al *enforcement* de los deberes correlativos; de la misma forma que la expectativa individual fundada sobre normas (es decir, el derecho subjetivo) a que no se verifique el incumplimiento de los deberes correlativos (es decir, la pretensión de que se *disuadan* los potenciales incumplimientos de los deberes correlativos a los propios derechos) denota evidentemente una posición activa hohfeldiana funcional a la garantía de los propios derechos.

Sin embargo, como ya precisé a lo largo del tercer capítulo, en el discurso doctrinal justificativo del PAG y de las PAG *actions* en la cultura jurídica estadounidense ambas situaciones de ventaja son presentadas (ambiguamente por la doctrina y los operadores jurídicos) como situaciones de ventaja no individuales, es decir, no como derechos subjetivos.

De esta forma la disuasión de la violación de los deberes correlativos a los DSH sería un objetivo, una finalidad normativa justificada en cuanto favorece (no sólo al titular del DS específico aún no vulnerado, sino) sobre todo una estabilidad del mercado como garantía del bienestar (de la felicidad, de la utilidad) social, del *well-being* del mayor número de personas. Y, en cuanto al *enforcement* de las normas-derechos se verifica un discurso similar: la garantía de la ejecución de las políticas públicas encuentra su justificación en la garantía del disfrute de un bien que favorecería el bienestar (no sólo del sujeto titular del correlativo DS al cumplimiento de las políticas públicas, sino) de la sociedad entendida como titular receptora de los efectos favorables de dicha garantía<sup>105</sup>.

En pocas palabras, visto que el interés general no denotaría (meta)derechos subjetivos, sino una situación de ventaja no-individual cuya garantía se constituye en un fin-último, el discurso justificativo de la CA no se hace (exclusivamente) en función del

---

<sup>103</sup> Ver principalmente numeral 3 y 5 del tercer capítulo.

<sup>104</sup> Ver capítulo primero, especialmente el texto que acompaña (y) los pies de página 12, 14 y 23.

<sup>105</sup> Ver capítulo tercero.

individuo y su DS sino que, por el contrario, la tutela del DS resulta siendo *funcional* a la tutela del interés general que desbordaría la esfera individual de cada sujeto.

Pues bien, esta concepción de interés general, cuya tutela los operadores jurídicos sitúan en el marco de las finalidades del proceso, influencia el discurso justificativo de la CA<sup>106</sup>. En efecto, se convierte en el argumento de política normativa dirigido a emprender una nueva concepción de las finalidades de la CA donde el *enforcement* de las normas-derechos y el logro del efecto disuasivo de las futuras vulneraciones de los deberes correlativos a los DS se convierten en la finalidad principal de la CA y, entonces, en su propia justificación.

Es precisamente en este contexto que la adecuada representación de los miembros ausentes (en su tradicional interpretación) se convierte en un “huésped incómodo” del discurso justificativo de la CA en cuanto su garantía (al menos en los términos del significado adscrito desde 1966) resulta un potencial impedimento para el logro de la garantía de los dos contenidos atribuidos al “concepto” de interés general. En efecto, como ya he precisado durante este capítulo, la ultra-valoración del efecto disuasivo que se verifica en el discurso justificativo de la CA, coherente con los discursos justificativos del PAG (al menos en lo relacionado con la desatención a la individuación intra-procesal de la parte actora), se contrapone con la escrupulosa atención que en un principio la propia cultura jurídica prestaba a la re-interpretación (garantista) de los principios-relativos al macro(meta)derecho de acción: el meta(derecho) subjetivo a la adecuada representación pierde el protagonismo en proporción al aumento de la relevancia de los efectos externos al proceso de CA<sup>107</sup>.

Así, la visión ético-normativa utilitarista se *colorea* con una concepción colectivista-moderada o, para ser menos radicales, es el contexto en el que se *desdibuja* el individuo, no (necesariamente) porque no-receptor de la tutela de los DS y no (necesariamente) porque no-titular de las situaciones de ventaja objeto de tutela por vía de la CA; sino porque dicha tutela en el “nuevo” discurso justificativo de la CA (y, en general, de las acciones grupales) resultaría funcional a fines diferentes: no en vano se emplean locuciones como ‘public rights’ y ‘entity model’ y no en vano, en los discursos

---

<sup>106</sup> Ver el análisis elaborado a lo largo del presente capítulo.

<sup>107</sup> Para un ejemplo claro de este fenómeno ver el análisis del trabajo de Shapiro (pie de página 86, 87, 88 y 92 de este capítulo) y, aún más radical, de Rosenberg (principalmente pies de página 93-100 de este capítulo).

justificativos de la CA, con su disfraz de PAG *action*, ha sido presentada como una acción para la tutela, no de DS, sino de, precisamente, el ‘interés general’.

Las reflexiones justificativas de la CA (siempre inspiradas en una concepción ético-normativa utilitarista) varían dependiendo del énfasis que se le quiera dar a los dos elementos que, según los operadores jurídicos y la doctrina, constituyen el contenido del concepto del interés general. En efecto, si bien en ambos eventos la justificación de la CA se verifica en atención a sus efectos externos al proceso, a sus consecuencias respecto a situaciones de ventaja que, al menos en atención a las justificaciones iniciales de la CA, no harían parte de los DSH de los miembros de la *Class* (es decir, una función con efecto macro-sociales similares a aquellos que cumple la legislación), las reflexiones justificativas varían dependiendo de si:

- (i) Se hace énfasis (sin ignorar obviamente el elemento del efecto disuasivo) en la CA como mecanismo procesal idóneo para garantizar el *enforcement* de las normas-derechos o en el *enforcement* de las políticas públicas: este enfoque justificativo guarda una estrecha relación con la idea colectivista-moderada que: - considera relevante la distinción entre escenario público y escenario privado y - considera, en relación con el art. III y su requisito de *case-or-controversy*, que la CA puede ser certificada, no por vía de una nueva interpretación de dicho requisito, sino mediante la consolidación de la idea de que los DSH objeto de tutela en la CA son funcionales a la tutela de una situación de ventaja que en cierta medida desborda (ambiguamente) la órbita individual de cada sujeto.
- (ii) Se hace énfasis (sin ignorar obviamente el elemento del *enforcement* de las políticas públicas) en la CA como mecanismo procesal idóneo para garantizar el efecto disuasivo: este enfoque que no presenta necesariamente un contenido colectivista-moderado: - hace el énfasis en valoración de carácter estrictamente consecuencialista en atención al beneficio al mayor número de personas que se pueda obtener mediante la maximización de los recursos, incluso en menoscabo de los derechos relativos al (macro)meta derecho subjetivo de acción; - la distinción entre público y privado no es tomada en consideración puesto que se hace referencia siempre a derechos subjetivos individuales; - la superación de la restricción del requisito del art. III de la

constitución opera mediante consideraciones favorables la maximización de los bienestar del mayor número de personas.

Pues bien, este segundo grupo de reflexiones, donde la justificación de la CA se verifica mediante una ultra-valoración del efecto disuasivo (en menoscabo de la valoración del tradicional contenido adscrito por los operadores jurídicos al acceso a la justicia), ya ha sido analizado a lo largo del presente capítulo.

En pocas palabras, se trata de reflexiones donde el discurso justificativo de la CA requiere de una ulterior re-interpretación de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho subjetivo de acción en cuanto la tradicional interpretación de la locución ‘adecuada representación’ se revela como un “huésped incómodo” que dificulta el logro prefijado por las nuevas versiones de las finalidades de la CA a la luz de la estabilidad macro-económica que se obtiene mediante la garantía de la *deterrence*; una estabilidad que toma en consideración factores externos al proceso como criterios reguladores del contenido adscrito a los principios procesales y como criterios reguladores del tipo de DSH que se consideran objeto de tutela por vía de la CA al momento de la especificación de los miembros de la *Class*.

Estas reflexiones justificativas se diferencian en parte de aquellas relativas al primer grupo de reflexiones antes enunciadas donde, en cambio, la distinción entre público y privado resulta más relevante y donde los discursos justificativos del PAG surten una influencia más importante como criterio para superar las restricciones del art. III de la constitución. Pues bien, de este aspecto (íntimamente relacionado con el tercer capítulo de este trabajo) me ocuparé en el siguiente, y último, numeral.

## **6. (SIGUE) LA JUSTIFICACIÓN DE LA CA CON ÉNFASIS EN EL *ENFORCEMENT* DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA ASÍ LLAMADA ‘FUNCIÓN PÚBLICA DE LA CA’**

Como ya precisé en el anterior capítulo, el debate sobre la legitimación para actuar (*standing*) en representación de otros sujetos conduce, después de breves menciones a partir de 1943<sup>108</sup>, a una explosión en el empleo de la locución ‘PAG’ durante la década de los años setenta del siglo pasado como resultado de un esfuerzo justificativo por

---

<sup>108</sup> Ver la sentencia (ya varias veces citada en el tercer capítulo) con ponencia de Gerome Frank, *Associated Industries of New York State, Inc., v. Ickes, Secretary of the Interior, et. Al.*, 134 F.2d. 694 (1943).



reconocer la legitimación para actuar para la tutela de DSH a un sujeto no-titular de uno de estos DS; también en los casos en los que ni siquiera los titulares de los DSH objeto de tutela son identificables<sup>109</sup>.

Los críticos al reconocimiento de dicha legitimación, es decir, la doctrina y demás operadores jurídicos favorables al llamado ‘*Private Rights model*’, alegan que la misma es inconstitucional en cuanto contraria a una específica interpretación del art. III de la constitución estadounidense según la cual es requisito necesario para que se verifique la legitimación para actuar, pero sobre todo para que la jurisdicción se active, que exista un *case-or-controversy*<sup>110</sup>.

En pocas palabras, afirman que en el contexto de un ordenamiento normativo construido alrededor de las premisas del *adversarial system* y de la separación de poderes<sup>111</sup>, es necesario que se debatan pretensiones en contraste, en colusión y en

---

<sup>109</sup> Sobre este punto remito en general al capítulo tercero y, en particular, para el concepto de ‘PAG’, ver numeral 2 del mismo capítulo.

<sup>110</sup> Sobre el punto, junto a las consideración que más adelante presentaré, ver pie de página 8 del capítulo tercero. Se trata de un enfoque defendido, no solo por la actual *Supreme Court*, sino por varios autores: Por ejemplo BRILMAYER L., *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement*, en *Harvard Law Review*, 93, 1979, pp. 297-321 quien (criticando a JAFFE L. *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological plaintiff*, *cit.*: artículo en este trabajo ya citado y criticado, pero por razones conceptuales -ver pie de página 116 del capítulo tercero- y no por las razones interpretativas que, en cambio, presenta este autor) precisa que «the case or controversy requirement, also called the “justiciability” doctrine [...] limits the jurisdiction of federal courts; when its requirements are not satisfied courts are without power to proceed, regardless of the wishes of the parties [...]» (p. 298) y, en concreto, precisa, no sólo que «[...] the position of the ideological challenger is not precisely comparable to that of the class representative» (p. 307), sino que «[t]he case or controversy requirement guarantees that the individuals most affected by the challenged activity will have a role in the challenge. This guarantee should be seen as a minimal element of the legitimacy of legal system which imposes legal burdens upon its members. At some point in the legal process the affected individuals should have their day in court» (p. 310). Con posición similar REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.*, quien precisa que «Unless the plaintiff has suffered some form of personal injury traceable to the defendant’s violation of the law and remediable by judicial action, she constitutionally lacks the standing necessary to invoke the federal courts’ jurisdiction» (p. 31).

<sup>111</sup> En efecto en *Lujan, Secretary of The Interior v. Defenders of Wildlife Et. Al.*, 504 U.S. 555 (1991), p. 576. se prescribe que «[v]indicating the *public* interest (including the public interest in Government observance of the Constitution and laws) is the function of Congress and the Chief Executive». De esta afirmación se puede además concluir que la *Supreme Court* considera -al igual que aquellos que justifican precisamente en contra de *Lujan* al PAG- que existe una diferencia entre

*actual* enfrentamiento para garantizar una contienda procesal equilibrada y para garantizar, además, que los jueces no se apropien de las funciones de otros poderes<sup>112</sup>.

De esta forma, si el actor procesal no es titular de uno de los DSH objeto de tutela y si, peor, los titulares de los DSH objeto de tutela no son identificables, legitimar a este sujeto para actuar, es decir, reconocerle el *standing*, sería inevitablemente inconstitucional precisamente en razón del no cumplimiento de los requisitos que, según la *Supreme Court* (en la posición actual manifestada de forma radical en *Lujan v. Defenders of Wildlife*<sup>113</sup> pero ya claramente precisada, por ejemplo, en *City of Los Angeles v. Lyons*<sup>114</sup>) deben ser cumplidos para poder activar la jurisdicción federal según el art. III. Estos requisitos son: (i) el actor procesal tiene que haber sufrido «an injury in fact» que debe ser concreto y particularizado (este último entendido por la *Supreme Court* en el sentido que el daño debe afectar al actor procesal de una forma personal e individual<sup>115</sup>) además de actual o inminente<sup>116</sup>; (ii) tiene que existir una conexión causal entre el «the injury and the conduct complained»<sup>117</sup>; (iii) Debe ser probable, en oposición a especulativo, que el daño será «redressed by a favorable decision»<sup>118</sup>.

En cambio, la doctrina y la jurisprudencia favorable al reconocimiento de la legitimación procesal en los casos mencionados (y, entonces, a favor de la justificación

en *public interest* y los DS. En realidad, como ya he precisado varias veces, el *enforcement* de las normas es un (meta)derecho subjetivo y, entonces, afirmar una distinción (como en efecto se hace el *Lujan*), sea para negar la legitimación para actuar, sea para concederla, implica una premisa conceptual errada.

<sup>112</sup> En efecto, en *Lujan v. Defenders of Wildlife* se prescribe que «[w]hether the courts were to act on their own, or at the invitation of Congress, in ignoring the concrete injury requirement described in our cases, they would be discarding a principle fundamental to the separate and distinct constitutional role of the Third Branch» (p. 576).

<sup>113</sup> *Lujan v. Defenders of Wildlife, cit.*

<sup>114</sup> *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S., 95 (1983)

<sup>115</sup> *Lujan, Secretary of The Interior v. Defenders of Wildlife, cit.*, pie de página 1.

<sup>116</sup> «the plaintiff must have suffered an “injury in fact”—an invasion of a legally protected interest which is (a) concrete and particularized [...] and (b) “actual or imminent , not ‘conjectural’ or ‘hypothetical’» *Lujan v. Defenders of Wildlife, cit.*, p. 560; *Worth v. Selding*, 422 U.S. 490 (1975), p. 508 *Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983) p. 102

<sup>117</sup> *Lujan v. Defenders of Wildlife, cit.*, p. 560 donde además precisa, citando *Simon v. Eastern Ky. Welfare Rights Organization*, 426 U.S. 26 (1976), pp. 41-42, que «the injury has to be “fairly ... trace[able] to the challenged action of the defendant, and not... th[e] result [of] the independent action of some third party not before the court”».

<sup>118</sup> *Lujan v. Defenders of Wildlife, cit.*, p. 561.

de la legitimación del PAG) emprende la siguiente vía justificativa a favor, entonces, del llamado ‘*Public rights model*’: (muchas veces en una consonancia-moderada con el fenómeno italiano descrito en el capítulo segundo, es decir, escapando, sin superar, la intangibilidad interpretativa del art. III -en el caso italiano, como precisé, se trataría del art. 24-) se afirma que el actor procesal está tutelando sobre todo el interés general y que en tal medida resulta legitimado para actuar en cuanto (también titular) del interés objeto de tutela que, sin embargo, no sería un DS<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Ya desde la ponencia de Frank en *Associated Industries of New York State, Inc., v. Ickes, Secretary of the Interior, et. Al.*, 134 F.2d. 694 (1943) se precisa que «[...] there is nothing constitutionally prohibiting Congress from empowering any person, official or not, to institute a proceeding involving such a controversy [se refiere: “a suit to prevent action by officer in violation of his statutory powers] even if the sole purpose is to vindicate the public interest. Such persons, so authorized, are, so to speak, private Attorney General».

Posiciones favorables a esta visión ya fueron mencionadas a lo largo capítulo tercero: llama la atención, en relación con el escenario italiano, que Cappelletti (pero siempre en defensa de su ambigua construcción doctrinal a favor de los IDC) es favorable también a esta posición por cierto contraria, según él, al mal llamado *Hohfeldian Plaintiff* (ver pie de página 116 tercer capítulo).

En el escenario jurídico estadounidense los discursos favorables a esta línea interpretativa son identificables con facilidad durante los años setenta del siglo pasado (sobre todo con anterioridad a la crítica en relación con el *actuar* empresarial de los abogados), también a raíz de pronunciamiento jurisprudenciales: *Baker v. Carr*, 369 U.S., 186 (1962), o *Flast v. Cohen*, 392 U.S., 83 (1968). En la doctrina, entre muchos, ver el escrito de TUSHNET M., *The sociology of Article III: A responde to profesor Brilmayer, cit.*, donde precisa, con el objetivo de evidenciar «the inappropriateness of traditional standing requirements in light of actual experiences of public interest litigants» (p. 1698) que «[...] no good reason exists to accept her assumption that the ideology of contemporary law is consistent only with self-determination, and inconsistent with the altruism of the public interest» (1724). Ver también SUNSTEIN C., *What’s Standing After Lujan? Of citizen suits, “Injuries,” and Article III, cit.*, que precisa no solo que «[...] the Court should have said [en *Lujan*] that the injury created by Congress – to prevent the U.S. government from threatening to produce extinction – would indeed have been redressed by a decree in the plaintiffs’ favor», sino que «[...] an injury in fact is neither a necessary nor a sufficient condition for standing» (p. 236).

Es necesario precisar que esta favorabilidad al *public rights model*, aunque opuesta en el resultado a la posición expresada en *Lujan*, en realidad se construye con base en el mismo error conceptual de considerar que el interés general denota una situación de ventaja diferente al DS. Se trata de un enfoque doctrinal que, precisamente a raíz del mismo error conceptual, por ejemplo en la doctrina italiana (GIUSSANI A., *Azioni Collettive risarcitorie nel processo civile, cit.*, pp. 103-104) se ha considerado como un ejemplo de un momento procesal en el que por medio de las acciones grupales estadounidenses se adelantaba la tutela de IDC (entendidos como situaciones de ventaja diferentes del DS). Lo cierto es, en cambio, que, como ya he precisado varias veces, los IDC (al igual que el interés general) denotan siempre DSH y, en tal medida, su tutela se ha verificado desde los mismos inicios de la CA y, aún hoy, sigue vigente. La variación radica realmente es en la disponibilidad, o no, por

En efecto, como ya precisé, la consolidación del significado adscrito por los operadores jurídicos y la doctrina a la locución ‘PAG’ refleja la elección preponderante por parte de los operadores jurídicos de esta opción justificativa<sup>120</sup>. De esta forma -y más allá de la crítica conceptual que formulo a lo largo del anterior capítulo al PAG, donde reflejo el *riesgo* del empleo de esta locución (si entendida en los términos apenas señalados: es decir un actor procesal que actúa para la tutela de situaciones de ventaja diferentes del derecho subjetivo), o su *inutilidad* (si entendido el PAG como un sujeto legitimado para actuar para la tutela de DSH)- lo cierto es que en la cultura jurídica estadounidense el PAG tradicionalmente es “definido” (con un evidente error conceptual que no toma en consideración la distinción entre el plano definitorio y el plano justificativo) como el actor procesal titular (también, junto con todos o, al menos, junto con una específica categoría) de una situación normativa de ventaja *macro-colectiva* denotada por el “concepto” de interés general.

De esta forma -así como en la posición contraria a la legitimación para actuar del PAG cuando dicho sujeto procesal no es titular de un DS incumplido que generó a su favor el (meta)derecho subjetivo al resarcimiento a raíz de un *injury in fact* del que ha sido víctima- en este caso también se considera que el PAG, precisamente en cuanto (también) titular del interés general, es entonces titular (seguramente, cuando prescrito por el Congreso<sup>121</sup> y probablemente, cuando es por decisión jurisprudencial) del (meta)derecho de acción para actuar para la tutela de dicha situación de ventaja<sup>122</sup>.

---

parte del ordenamiento jurídico a la tutela de ciertos DSH con objeto ciertos bienes colectivo. Pero además, resulta más extraño en la posición doctrinal de Giussani la afirmación según la cual exista una distinción entre el discurso justificativo ahora estudiado y aquel relativo a la llamada *headless CA*, donde el representante de la *class* pierde la titularidad de uno de los DS pero, aún así, por motivos de conveniencia, se le permite continuar desempeñando su función de representante (ver GIUSSANI A., *Studi sulle “Class Actions”*, cit. p. 177-178). En realidad, tanto en la aplicación del *Public Rights Model*, como en el caso de las *Headless CA*, se presenta el mismo fenómeno: un actor procesal que, sin ser titular de uno de los DSH objeto de tutela en la acción grupal, es legitimado para actuar en representación de DSH y, entonces, legitimado en contravía de la actual interpretación del art. III imperante en la *Supreme Court*.

<sup>120</sup> Ver capítulo tercero, principalmente numerales 2, 6 y 7.

<sup>121</sup> Contrario a esta posición, en *Lujan* se precisa que la legitimación por parte del congreso no es suficiente para poder actuar, a no ser que se verifiquen los requisitos relativos a la exigencia del *case-or-controversy* del art. III. En efecto, se precisa en SUNSTEIN C., *What’s Standing After Lujan? Of citizen suits, “Injuries,” and Article III*, cit., p. 165 que la *Supreme Court* en *Lujan*, con ponencia de

En otras palabras, tanto los opositores a la legitimación del PAG, como los favorables a la legitimación del PAG (en ambos casos cuando no es titular de uno de los DSH objeto de tutela) utilizan como argumento justificativo de sus opuestas posiciones la misma errada<sup>123</sup> premisa conceptual: el interés general no denota DS o, al menos, no denota sólo DS. La diferencia radica en que los primeros consideran que dicho interés general no puede ser tutelado puesto que no se ha generado, a favor del actor procesal, un (meta)derecho subjetivo a la reparación o a la inhibición; mientras que los segundos consideran que si se puede tutelar, aún cuando no se identifique un *injury in fact* en cabeza del actor.

---

Scalia, «held that Article III required invalidation of an explicit congressional grant of standing to “citizens”».

<sup>122</sup> Sin embargo, como ya precisé en el capítulo tercero, el interés general denota siempre DSH y, en tal medida, en ambos casos, sea que se niegue la legitimación para actuar porque el interés general no puede ser tutelado por la jurisdicción (a no ser que se verifique un daño) o que, en cambio, se conceda la legitimación porque el interés general si puede ser tutelado por la jurisdicción aún cuando el actor no sea víctima directa de un incumplimiento de deberes correlativos a un derecho personal que, a su vez, le generó o seguramente le generará un (meta)derecho subjetivo a la reparación, en ambos casos las premisas conceptuales son erradas.

<sup>123</sup> Ver capítulo primero. En pocas palabras, toda situación de ventaja es siempre, y sólo, un DS, aún cuando el bien objeto del disfrute sea un bien colectivo. Este último punto resulta relevante en relación con *Lujan* (dejando a un lado la aclaración de voto de Stevens y los salvamentos de voto de Blackmun y O'Connor) en cuanto parte del argumento presentado por Scalia para negar la verificación del *case-or-controversy* y, específicamente, del *injury in fact*, se construye sobre la idea según la cual, a fin de cuentas, los DSHBC no pueden ser fácilmente tutelados, insinuando que el disfrute del bien (en el caso particular el ambiente) no es relevante salvo que tenga una conexión directa con el actuar del sujeto y que su impedimento se traduzca en daños concretos e identificable. De esta forma, aún cuando no se afirma expresamente que dichos DS no lo son, una insinuación en este sentido por parte de Scalia no puede ser descartada: en efecto, se afirma en *Lujan* que: «It goes beyond the limit, however, and into pure speculation and fantasy, to say that anyone who observes or Works with an endangered species, anywhere in the world, is appreciably harmed by a single Project affecting some portion of that species with which he has no more specific connection» (p. 567). Con lo anterior no estoy asumiendo una posición respecto a la tutelabilidad, o no, de ciertos intereses (ni siquiera en relación con un sistema normativo moral); simplemente resulta interesante esta afirmación de Scalia en cuanto explicativa de la “elección” doctrinal y también legislativa que, por ejemplo en Italia, condujo a considerar que ciertos DS son, en realidad, IDC precisamente (entre muchas otras razones ya descritas en el capítulo segundo) porque no se lograba capturar la idea de que el disfrute de los bienes colectivos (es decir bienes que no admiten exclusión en su disfrute ni rivalidad en su onsumo) sólo puede ser tutelado por el ordenamiento mediante un enunciado siempre expresable en el lenguaje de los DS, aún cuando dicho bien sea definido como tal a nivel macro-colectivo y aún cuando su consumo y disfrute no se verifique en la forma de los tradicionales bienes de consumo.

Pues bien, el discurso justificativo de la CA no ha sido ajeno a ambas vertientes doctrinales relativas a la interpretación del art. III de la constitución, es decir, el discurso justificativo no ha sido ajeno a la influencia de ambos modelos hasta el momento descritos. De esta forma, se encuentran, tanto evidencias de la influencia del llamado ‘*public rights model*’, como evidencias de la influencia del llamado ‘*private rights model*’<sup>124</sup>; es decir, respectivamente, un modelo que no exige que en la CA el representante de la *class* sea titular de uno de los DSH objeto de tutela y un modelo que, en cambio, exige que el representante de la *Class* sea titular de uno de los DSH objeto de tutela. En pocas palabras, un modelo no-condescendiente con la interpretación imperante del art. III y un modelo que, en cambio, comparte la actual interpretación de la sección segunda del art. III en relación con la exigencia de un *case-or-controversy*.

La adopción del primer modelo implica consecuencias específicas en relación con el discurso justificativo de la CA que, en cambio, no se presentan (en principio<sup>125</sup>) con la adopción del primer modelo.

En efecto, afirmar que por vía de ciertos tipos de CA se tutela principalmente<sup>126</sup> el interés general, particularmente el *enforcement* de las políticas públicas (entendido

---

<sup>124</sup> *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S., 991 (1982) donde la *Supreme Court*, con ponencia de Renhquist, precisa que, dado que el actor procesal no sufrió directamente la conducta que se reclama como antijurídica, el juez de primer grado «was without Article III jurisdiction to enter its judgment» (p. 999) y, particularmente en relación con el *class representative*, citando *Warth v. Seldin*, 422 U.S., 490 (1975), precisa que, para tener tal calidad, el representante «“must allege and show that they personally have been injured, not that injury has been suffered by other, unidentified members of the class to which they belong and which they purport to represent”» y (citando la misma sentencia que a su vez cita *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S., 488 (1974)) precisa que «[u]nless these individuals “can thus demonstrate the requisite case or controversy between themselves personally and [petitioners], ‘none may seek relief on behalf on himself or any other member of the class’”» (p. 1001, pie de página 13). Ver también *Lewis v. Casey*, 518 U.S., 343 (1996) donde la *Supreme Court* prescribe que «[i]f the right to complain of *one* administrative deficiency automatically conferred the right to complain of *all* administrative deficiencies, any citizen aggrieved in one respect could bring the whole structure of state administration before the courts for review. That is of course not the law». (p. 359, pie de página 6).

<sup>125</sup> En efecto, como precisaré más adelante, algunos jueces, no obstante no afirmen que la CA tutela el interés general (entendido como situación de ventaja diferente del DS), muchas veces generan alguno de los efectos propios de la adopción del modelo de los *public rights* ignorando la relación entre el art. III y la CA y certificando CA donde tradicionalmente se consideraría que su *certification* requeriría la adopción de este modelo. Al respecto ver FORD M., *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger*, *cit., passim*.

como situación de ventaja diferente del DS)<sup>127</sup> conduce a la *certification* de una CA por vía de una argumentación que no comulga en estricto sentido con el tradicional discurso justificativo de la CA<sup>128</sup> principalmente porque: (i) se certifica una CA donde no resulta

---

<sup>126</sup> Es necesario precisar, como ya lo he resaltado a lo largo de toda esta segunda parte del trabajo, que en este discurso justificativo (así como en aquel que hace énfasis en el efecto disuasivo) el individuo sigue siendo siempre receptor de la tutela por vía de las acciones grupales («A court should not permit a plaintiff to bring suit on behalf of unnamed class members unless the class lawsuit is necessary to vindicate important public rights and the named plaintiff satisfies the court that he will adequately represent the interests of the other class members»: BRONSTEEN J., FISS O., *The Class Action Rule*, cit., p. 1423; «The citizen furthers the public interest by pursuing private ends»: FISS O., *The Political Theory of the Class Action*, cit., p. 22) . Precisamente por este motivo no es posible afirmar que en el discurso justificativo de la CA se presenta el mismo fenómeno notorio en los discursos ético-normativos justificativos de las acciones grupales para la tutela de los IDC en Italia, puesto que, en este último, el individuo resulta no-receptor de la tutela por vía de la acción grupal. Por el contrario, en los discursos justificativos de la CA (incluso en aquellos propulsores de la doctrina del *entity model*: ver pies de página 88 y 92 de este capítulo), además de presentarse casi siempre como discursos abiertamente prescriptivos, la tradición del *adversarial system* difícilmente toleraría un discurso donde el individuo se desvanezca en su totalidad: de esta forma los operadores jurídicos optan preferiblemente por una instrumentalización del individuo y de la tutela de sus derechos a favor de “finalidades superiores”.

<sup>127</sup> Ver numerales 3 y 5-8 del capítulo tercero.

<sup>128</sup> Se trata de un discurso según el cual la limitación de la autonomía de la libertad de elección del miembro ausente es justificada, no tanto en razón de sus ventajas al individuo miembro de la *class* en cuanto garantizaría el acceso a la justicia y la economía procesal, sino, más bien (o sobre todo), porque es favorable, también, al *enforcement* de las políticas públicas («Rule 23 recognizes the value of the class action. It aims to permit class actions in order to redress significant public wrongs, and for that reason it accepts the concept of interest representation»: BRONSTEEN J., FISS O., *The Class Action Rule*, cit., p. 1421; ) Este discurso justificativo de la CA se presenta también en relación sobre todo con las *smalls claims*, pero en este caso se hace mención no tanto al efecto disuasivo, sino particularmente al efecto en el contexto del escenario público en caso que no se satisfagan dichas pretensiones. En efecto, se afirma, desde un punto de vista prescriptivo, que en el caso de las pretensiones con valor negativo (ver principalmente pies de página 109 del capítulo tercero y numeral 4 de este capítulo) «[...] the legal system could be relatively indifferent as to whether the [small claim] is ever collected, but not at all indifferent to the public ramifications of the defendants' action because of the enormous social loss incurred»: FISS O., *The Political Theory of the Class Action*, cit., p. 22. En este discurso el autor, más que hacer énfasis en el efecto disuasivo (sin que ello signifique que no lo toma en consideración) hace énfasis en el efecto de su eventual no-tutela al interior del llamado “escenario público”: bajo este perfil, ese tipo de CA es justificada, no tanto en razón de la tutela de los DSH de los miembros ausentes (en cuanto de valor negativo), sino en razón del alcance extraprocesal de la eventual no-tutela de dichos derechos. Con posición abiertamente contraria a este discurso justificativo ver REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit., pp. 120-125 que lo identifica con la concepción ético normativa del

claro que las situaciones de ventaja tuteladas son DSH (o son sólo DSH); (ii) porque difícilmente se podrá afirmar el cumplimiento de los requisitos de *commonality* e *typicality* y, entonces, tampoco de adecuada-representación<sup>129</sup>, tomando en cuenta que el representante de la *class* no necesariamente debe ser titular de uno de los DSH objeto de tutela<sup>130</sup>.

Por el contrario, la adopción de *private rights model* comulga con la tradicional justificación de la CA<sup>131</sup> en cuanto no resulta necesario para certificar la acción entrar a justificar porque el representante de la *class* no es miembro de la *class* (en cuanto en el *private rights model* el representante de la *class* siempre -salvo en el caso de las *headless CA*<sup>132</sup>- es titular de uno de los DSH objeto de tutela y, entonces, *se deben* cumplir los requisitos de *commonality* y *typicality* y, entonces, *se espera* que se cumpla el requisito de la adecuada representación), ni resulta necesario entrar a justificar porque la función de la CA sería aquella de tutelar una situación de ventaja que desborda la

*Civic Republicanism* (concepción que el mismo autor critica fuertemente en REDISH M., LIPPMAN G., *Freedom of Expression and the Civil Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications*, en *California Law Review*, 79, 1991, pp. 267-311) y lo critica con su ya comentada visión ideológica favorable al *adversarial legalism* (definido en su fuerte carga ideológica, como ya he señalado varias veces, por KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, trad. italiana *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto, cit, passim.*) afirmando que dicho discurso justificativo «[b]ecause Fiss's model, much like the theory of civic republicanism, focuses exclusively on protection of the public interest, rather than on the need to vindicate individuals' private interests, he seems to dismiss the possibility that, under certain circumstances, use of the class action device could effectively facilitate the vindication of private rights» (p. 124).

<sup>129</sup> Para la relación entre estos tres requisitos ver numeral 3 de este capítulo.

<sup>130</sup> Es precisamente bajo ambas premisas -que reflejan un alejamiento del tradicional discurso justificativo de la CA- que se activa (no sólo en relación con la CA) en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación, el discurso sobre la relevancia de los honorarios y, en general, de los incentivos de los representantes/abogados en las llamadas PAG *actions*. En efecto, tomando en cuenta que quien adelanta la acción (que, en realidad es, en sentido práctico, el abogado: ver numeral 4 del capítulo tercero) no es titular de uno de los DSH objeto de tutela, los incentivos resultarían necesarios para que el actor lleve a cabo un proceso adecuado y leal (es decir, privo de conflictos de intereses). Sobre los efectos, los resultados y las críticas a este fenómeno ver ampliamente el capítulo tercero.

<sup>131</sup> Es necesario precisar con esta afirmación no estoy adoptando una posición favorable al modelo. Sólo estoy afirmando que desde un punto descriptivo del discurso justificativo no se pone en entredicho los tradicionales principios-derechos justificativos de la CA en cuanto no resulta necesario justificar que el representante de la *Class* puede serlo, aún cuando no es titular de uno de los DSH objeto de tutela.

<sup>132</sup> Ver la parte final del pie de página 19 de este capítulo.



órbita individual de los sujetos miembros de la *class* (precisamente porque en el *private rights model* se considera que siempre se están tutelando DS de los miembros de la *Class*)<sup>133</sup>.

De esta forma, el modelo de los *public rights*, donde se hace énfasis, sin desatender al individuo miembro de la *Class* (pero en ocasiones instrumentalizándolo), en la función de *enforcement* de las normas-derechos (como elemento “definitorio” del *public interest*) se encuentra ante la misma dificultad justificativa de la CA cuando se hace énfasis en la función disuasiva de la CA (también como elemento “definitorio” del *public interest*). En concreto, en el modelo de los *public rights* (que actualmente es rechazado por la *Supreme Court* por la razones ya analizadas), las interpretaciones tradicionales de la locución ‘adecuada representación’ se revelan nuevamente como un “huésped incómodo” para el discurso justificativo de la CA, un discurso justificativo que ultra-valorando (no particularmente la función disuasiva adscrita a la CA por la cultura jurídica, sino) la función de la CA como instrumento apto para el *enforcement* de las políticas públicas, desdibuja al individuo miembro de la *class* a favor de una función de la CA que se verificaría *fuera* del proceso, particularmente que se verificaría en el escenario de las competencias tradicionalmente adscritos al gobierno y a la legislación<sup>134</sup>. La CA, entonces, es entendida como un instrumento con una función

---

<sup>133</sup> En pocas palabras, el *private rights model* corresponde a la actual interpretación del art. III de la constitución defendida por la *Supreme Court*, no sólo en *Lujan*.

<sup>134</sup> En efecto, es pertinente señalar que según el modelo que enfatiza la función de *enforcement* de las normas derechos -como por cierto sucede también en los discursos justificativos ya analizados a lo largo de este capítulo en los que se da prioridad al efecto disuasivo (ver especialmente numeral 4 y 5 de este capítulo)- se presta una fuerte atención (con prioridad en términos jerárquicos) a los efectos *externos* al proceso. Así, respecto al *public rights model*, afirma BANDES S., *The Idea of a Case*, en *Stanford Law Review*, 42, 1989-1990, pp. 227-319, que este modelo, (llamado también el ‘*public law model*’) «establishes “principle of preference” for values which enable the Court to give meaning to the Constitution. According to this principle, the Court should adjudicate ideological constitutional interests in preference to property or pecuniary interests derived from common law [...]. Broad participation should be encouraged to permit the Court to see the widest ramifications of its decisions as it engages in public norm creation» (p. 290); o ver FISS O., *The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice*, en *Harvard Law Review*, 93, 1979-1980, pp. 1-58 «what is critical is not the black child turned away at the door of the white school, or the individual act of police brutality [...] the ultimate subject matter of the lawsuit or focus of the judicial inquire is not these incidents, these particularized and discrete events, but rather a social condition that threatens important constitutional values and the organizational dynamic that creates and perpetuates that condition» (p. 18).

pública, más que privada, y el representante de la *class* (pero para ser más exactos, el abogado o *class counsel*<sup>135</sup>) es valorado en su condición de PAG (como “definido” por la cultura jurídica estadounidense<sup>136</sup>) que, más que ocuparse principalmente (o sólo) de la tutela de DSH de los miembros de la *Class*, cumple una función que trasciende el proceso generando (y legitimando) una ruptura de la (aquí ya criticada, en cuanto conceptualmente errada<sup>137</sup>) distinción entre público y privado: en pocas palabras, la CA (también) como una legítima intromisión del “privado” en lo “público”<sup>138</sup>.

De esta forma resulta casi inevitable resaltar la similitud con el discurso justificativo que ultra-valoriza la función disuasiva. Una similitud que, si bien no es absoluta, seguramente es preponderante; y lo es precisamente porque en ambos casos, con pretensiones justificativas, se valoriza una específica interpretación del sintagma ‘*public interest*’ (con énfasis principal, pero no exclusivo<sup>139</sup>, en alguna de sus dos características principales adscritas por los operadores jurídicos y la doctrina) que se pasea peligrosamente en el límite entre los discursos ético-normativos abiertamente prescriptivos y los falsos análisis conceptuales que, a su vez, pueden generar

---

En fin, es necesario precisar que en los discursos justificativos donde se hace énfasis en el efecto disuasivo, si bien no se trata de un discurso que se construya sobre la base del *enforcement* de las políticas públicas, refleja las mismas consecuencias en relación con el art. III. De esta forma, el *Entity Model* (no sólo) de David Shapiro (ver pies de página 88 y 92 de este capítulo) es, bajo muchos puntos de vista, consecuente con las premisas doctrinales del *public rights model*.

<sup>135</sup> Ver numeral 4 del capítulo tercero.

<sup>136</sup> Ver numeral 2 del capítulo tercero.

<sup>137</sup> Ver principalmente numeral 5 del capítulo tercero.

<sup>138</sup> Sobre este punto ver capítulo tercero.

<sup>139</sup> En efecto, los discursos justificativos de la CA que enfatizan el efecto disuasivo de sirven también de la valorización de la función de *enforcement* de las normas derechos, así como los discursos justificativos de esta última se sirven de la valorización de la primera. Esto, precisamente, porque ambos discursos justificativos están dirigidos a legitimar una re-interpretación de los principios-derechos relativos al macro(meta)derecho de acción como eran previstos (o , mejor, como fueron interpretados) durante los primeros años posteriores a 1966. El recurso a ambas justificaciones (con énfasis diferentes) es el camino elegido para poder re-interpretar el sintagma ‘adecuada representación’ sobre la base de la relevancia de los efectos de la CA *fuera* del proceso, es decir, su relevancia en el *enforcement* de las políticas públicas y/o su relevancia en la disuasión de los futuros incumplimientos de los deberes correlativos a DSH.

ambiguamente la idea de una falsa consistencia conceptual de situaciones de ventaja no-individuales<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> En este trabajo no me he ocupado sobre la “bondad” o “maldad” de los discursos justificativos tradicionales y “nuevos” de la CA; ni tanto menos de su “conveniencia” o “inconveniencia”. Me he limitado a (la pretensión de) describir dichos discursos fijando como límite inamovible (y, entonces justificativo, a su vez, de eventuales críticas a los discursos justificativos de la CA, sea cual sea su matriz ético-normativa): la distinción entre el plano justificativo y el plano conceptual; distinción que, muchas veces, en el discurso justificativo de las acciones grupales es (voluntaria o involuntariamente) ignorada, generando la idea según la cual el individuo no sería el único titular de situaciones de ventaja.

## BIBLIOGRAFIA

- ALCHURRON C.E., BULYGIN E., *Normative system*, Springer, Wien, 1971.
- ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- ALLEN M., *The Supreme Court, Punitive Damages and State Sovereignty*, en *George Mason Law Review*, 13, 2004-2006, pp.1-68.
- ALLEN W., *Finality of Judgments in Class Actions: A Comment on Epstein v. MCA, Inc.*, en *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 1149-1166.
- ALPA G., BESSONE M., CARNEVALI U., GHIDINI G., *Tutela giuridica di interessi diffusi, con particolare riguardo alla protezione dei consumatori. Aspetti privatistici*, en GAMBARO A. (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976, p.179, pp. 173-293.
- ALPA G., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Milano, 1978.
- ALPA G., *Voce, Interessi Diffusi*, en *Digesto*, Utet, Torino, 1993, pp. 609-611.
- AMATUCCI C., *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2008, pp. 11-26.
- ARENA G., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell'esperienza statunitense*, en A. (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 95-110.
- BANDES S., *The Idea of a Case*, en *Stanford Law Review*, 42, 1989-1990, pp. 227-319.
- BARBERA A., art. 2, en BRANCA G. (ed.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli y Soc. Ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, p.100.
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 2ª edición, Giappichelli, Torino, 2005.
- BARBERIS M., *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, en *Analisi e diritto*, 2006, p. 8.
- BASSETT D., *Constructing Class Action Reality*, en *Brigham Young University Law Review*, 2006, pp. 1415-1468.
- BEISNER J, SHORS M., DAVIDSON MILLER J., *Class Action "Cops": Public Servants or Private Entrepreneurs?*, en *Stanford Law Review*, 57, 2004-2005, pp. 1441-1474.
- BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, LECALDANO E.(ed.), Utet, Torino, 1998.
- BENTHAM, J., *Anarchical fallacies* en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham (1843)*, reimpresión Russel &Russel, New York, 1962.

- BESSONE M. (ed.), *Sullo stato dell'organizzazione giuridica. Intervista a Giovanni Tarello*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- BIANCA M., *Note sugli interessi diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, LANFRANCHI, L. (ed.), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 67-78.
- BIONDO F., *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Giappichelli, Torino, 2003;
- BOBBIO N., *Organicismo e Individualismo: un'analisi*, en PETRONI A., VIALE R., (eds.), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997. pp. 179-192.
- BOBBIO N., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1981.
- BOBBIO, N., *Teoria generale della politica*, BOVERO M (ed.), Einaudi, Torino, 1999.
- BONAUDI E., *La tutela degli interessi collettivi*, Torino, 1911.
- BONE G., *Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation*, en *Boston University Law Review*, 70, 1990, pp. 213-307.
- BONE R., EVANS D., *Class Certification and the Substantive Merits*, en *Duke Law Review*, 51, 2002, pp. 1261-1262.
- BONE R., *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, en *Columbia Law Review*, 89, 1989, pp. 1-118.
- BONE R., *Rethinking the "Day in court" Ideal and Nonparty Preclusion*, en *New York University Law Review*, 67, 1992, 193-293.
- BRICOLA F., *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp. 103-178.
- BRILMAYER L., *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the "Case or Controversy" Requirement*, en *Harvard Law Review*, 93, 1979, pp. 297-321.
- BRONSTEEN J., FISS O., *The Class Action Rule*, en *Notre Dame Law Review*, 78, 2003, pp. 1419-1454.
- BUCHANAN J., *The Demand and Supply of Public Goods*, Rand McNally Company, Chicago, 1968.
- BUCHANAN J., TULLOCK G., *Il calcolo del consenso, fondamenti logici della democrazia costituzionale*, Mulino, Bologna, 1998.
- BURBANK S., *Pleading and the Dilemmas of "General Rules"*, en *Wisconsin Law Review*, 2009, pp. 535-564.
- BURBANK S., *Procedure, Politics and Power: The Role of Congress*, en *Notre Dame Law Review*, 79, pp. 136 ss.
- BURBANK S., *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2008, pp. 1439-1551.

- BURBANK S., *The Rules Enabling Act of 1934*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1981-1982, pp. 1115-1197.
- BURNS J., *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, en *Hastings Law Journal*, 42, 1990-1991, pp. 165-202.
- BUXBAUM H., *The private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation*, en *The Yale Journal of International Law*, 26, 2001, pp. 219-263.
- CALABRESI G., *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.
- CAMERER C., *Behavioral Game Theory. Experiments in Strategic Interaction*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 2003.
- CAMOGGIO, L. P., art. 24, en BRANCA G. (ed.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli y Soc. Ed. del foro italiano, Bologna-Roma, 1981, pp. 100 ss.
- CANDIAN, A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953.
- CANNI T., *Who's Making False Claims, The Qui tam Plaintiff or the Government Contractor? A Proposal to Amend the FAC to require that All Qui Tam Plaintiffs possess direct Knowledge*, en *Public Contract Law Journal*, 37, 2007, pp. 2 ss.
- CAPONI R., *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2007, p. 1229-1256.
- CAPPELLETTI M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp. 191-221.
- CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 3, 1975, pp. 361-402.
- CAPPELLETTI M., GARTH, B. (ed), *A world Survey*, vol. I, en *Access to Justice*, Sijthoff – Giuffrè, Milano, 1978.
- CAPPELLETTI M., *Vindicating the Public Interest Through the Courts: a Comparativist's Contribution*, en *Buffalo Law Review*, 25, 1976, p. 643-690.
- CAPPELLETTI, M, GARTH B., *Access to Justice: The Newest wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. en *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, pp. 181-292
- CARACCILO R., *¿Existen los Derechos Colectivos?*, en *La legge e i diritti*, POZZOLO S. (ed.), Giappichelli, Torino, 2002.
- CARNELLUTTI F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1928.
- CARNELLUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1926.
- CARPI F., *Brevi osservazioni sull'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1428.

CARRATA A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, en *Giusto processo civile e procedimenti sommari*, LANFRANCHINI L. (ed.), Torino, 1999, pp. 140 ss.

CARRATA A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, LANFRANCHI, L. (ed.), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 79-143.

CARRATA A., *Effetti del giudicato e tutela collettiva*, en BELLI C. (ed.), *Le azioni collettive in Italia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 100-133.

CASABIVA M., *Il nuovo diritto sindacale italiano*, en *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia e diritto sociale*, I, 1951, pp. 116 ss.

CASTIGNONE S., *Giustizia e bene comune in David Hume*, Giuffrè, Milano, 1964.

CASTIGNONE S., *La maquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, MORENO CRUZ P. (ed.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

CASTIGNONE S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995.

CELANO B., *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, en *Analisi e diritto*, 2001, pp. 1-58.

CERULLI IRELLI, V., *Il convegno di Pavia sulle azioni a tutela di interessi collettivi*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, pp. 1216-1219.

CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, en BELLI C. (ed.), *Le azioni collettive in Italia*, p. 25-54.

CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, en CHIOVENDA, G., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p.3 ss.

CLARK C., MOORE J., *A New Federal Civil Procedure. I. The Background*, en *Yale Law Journal*, 44, 1935, pp. 387-435.

COFFE J., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, en *Columbia Law Review*, 100, 2000, p. 370-439.

COFFEE C., *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, en *Maryland Law Review*, 42, 1983, pp. 215-288.

COFFEE C., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private enforcement of Law through Class and Derivate Actions*, en *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 669-727.

COFFEE J., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, en *Columbia Law Review*, 95, 1995, pp. 1343-1465.

COFFEE J., *Law and Market: The impact of enforcement*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2007-2008, pp. 229-311.

COFFEE J., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, en *Columbia Law Review*, 106, 2006, pp.1534-1586.

- COFFEE J., *The regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, en *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, pp. 877-937.
- COFFEE J., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private enforcement of Law through Class and Derivate Actions*, en *Columbia Law Review*, 86, 1986, pp. 669-727.
- COMANDUCCI P., *Assaggi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992.
- COMANDUCCI P., *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giappichelli, Torino, 1991
- CONSOLO C., DE CRISTOFORO M., *Clausole abusive e proceso*, en *Corriere giuridico*, 1997, pp. 479 ss.
- COOK W. W., *I contributi di Hohfeld alla scienza del diritto*, en HOHFELD W., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en *The Yale Law Journal*, 23, 1913, p. XXXVIII.
- COOPER E., *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process*, en *New York University Law School*, 13, 1996, pp. 13-73.
- COOPER H., *Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process*, en *New York University Law Review*, 71, 1996 pp. 13-73.
- CORASANITI A., *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, en *Rivista di diritto civile*, I, 1978, pp. 180-204.
- CORBIN A., *Jural Relations and their Classification*, en *Yale Law Journal*, 30, 1921, pp. 226-238.
- COSTANTINO G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp. 223-239.
- COSTANTINO G., *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, en *Foro Italiano*, IV, 2007, pp. 140 ss.
- COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929.
- DAMASKA, M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- DAMASKA, M., *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- DANA D., *Adequacy of Representation After Stephenson: a Rawlsian/Behavioral Economics Approach to Class Action Settlements*, en *Emory Law Journal*, 55, 2006, pp. 279-346.
- DE FILIPPO E., *Le bugie con le gambe lunghe*, Einaudi, Torino, 1958.
- DE JASAY A., *Social Contract, Free Rider. A Study of the Public-Goods*, Libery Fund, Indianapolis, 1989.
- DE VITA A., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti in tema di protezione degli interessi dei consumatori*, en GAMBARO A. (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con*



*particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 347-388.

DENTI V., *Interessi diffusi e controllo della legittimazione*, en *Regioni*, 1983.

DENTI V., *La giustizia civile*, 2° ed., TARUFFO M., ET. AL., (eds.), Il Mulino, Bologna, 2004, p. 122.

DENTI V., *Relazione introduttiva*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, p. 3-22.

DENTI V., voce *Interessi Diffusi*, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1983, p. 306.

DONDI A., *Funzione «remedial» delle «Injunctive class actions»*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 245-256.

DONDI, A., *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, pp. 529-539.

DONZELLI R., *Considerazioni sul procedimento per la repressione della condotta antisindacale alla luce delle tecniche di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e/o diffusi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, LANFRANCHI, L. (ed.), Giappichelli, Torino, 2003, p. 181-252.

DU VAL B., *The Class action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Experience (Part II)*, 1976, A.B. Fund Res. J. 1976.

DUBINSKY P., *Justice for the Collective: the Limits of the Human Rights Class Action*, en *Michigan Law Review*, 102, 2003-2004, pp. 1152-1190.

EISENBERG T., MILLER G., *The Role of opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 1529-1567.

EPPLE, D., ROMANO, R., *Collective Choice and Voluntary Provision of Public Goods*, en *International Economic Review*, 44, 2, 2003, pp. 545-572.

ERICHSON M., *Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and The Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*, en *U. C. David Law Review*, 34, 2000, pp. 1-48.

ERICHSON M., *Private Lawyers, Public Lawsuits: Plaintiffs' Attorneys in Municipal Gun Litigation*, en LYTTON T. (ed.), *Suing the Gun Industry. A Battle at the Crossroads of Gun Control & Mass Torts*, University of Michigan Press, Ann Harbor, 2006.

FANLO CORTÉS I., *Bambini e diritti, una relazione problematica*, Giappichelli, 2008.

FEINBERG J., *Duties, Rights and Claims*, en *American Philosophical Quarterly*, III, 1966, pp. 137-144.

FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, en VITALE, E., (ed.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma, 2007, pp. 5-40.

FINNIS J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

FISS O., *The Allure of Individualism*, en *Iowa Law Review*, 78, 1992-1993, p. 965-980.

- FISS O., *The Political Theory of the Class Action*, en *Washington & Lee Law Review*, 21, 1996, pp. 21-32.
- FISS O., *The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice*, en *Harvard Law Review*, 93, 1979-1980, pp. 1-58.
- FORD M., *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger*, en *Yale Law & Policy Review*, 27, pp. 1-46.
- FREEMAN J., *The Private Role in Public Governace*, en *New York University Law Review*, 75, 2000, p.546-675.
- GALANTER M., *Why the «Haves» Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, en *Law & Society Review*, 1974, pp. 95-160.
- GALGANO F., *Commentario al Codice Civile. Persone giuridiche artt. 11-35*, Zanichelli, Bologna, 2006.
- GAMBARO A. (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976.
- GARGARELLA R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.
- GAROFALO M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979.
- GAROFALO M.G., *Repressione della condotta antisindacale*, en *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario diretto da Giugni*, 1979, p. 455.
- GARTH B., NAGEL I., PLAGER S., *The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action litigation*, en *Southern California Law Review*, 61, 1987-1988, 353-398.
- GEORGE L., *Sweet Uses of Adversity: Parklane Hosiery and the Collateral Class Action*, en *Stanford Law Review*, 32, 1980, pp. 655-686.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Il Mulino, 1970.
- GIANNINI M. S., *Intervento*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, p. 352-358.
- GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1886.
- GILLES M., FRIEDMAN G., *Exploding the Class Action agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 2006, p. 103-164.
- GIUSSANI A. *Studi sulla "class action"*, Cedam, Padova, 1996.
- GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, en *Rivista di diritto e procedura civile*, 2008, pp. 239-250.
- GIUSSANI A., *Enter the Damage Class Action in European Law: Heading towards Justice on a Bus*, en *Civil Justice Quarterly*, 2009, pp. 132-140.

GIUSSANI A., *La tutela dei diritti*, en NIVARRA L.,(ed.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 304-312.

GIUSSANI A., *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 1257-1266.

GIUSSANI A., *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, Giappichelli, Torino, 2007.

GIUSSANI A., *Tutela collettiva e prova del danno*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 1299-1303.

GIUSSANI, A., *Considerazioni sull'art. 1469-sexies c .c.*, en *Rivista di diritto privato*, 1997, pp. 325 ss.

GIUSSANI, A., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, en *Danno e responsabilità*, n. 12, 1998.

GORLA G., *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Giuffrè, Milano, 1948.

GRASSO E., *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, en *Rivista di Diritto processuale*, 1983, pp. 25 ss.

GUASTINI R., *«Un soggetto, un diritto, un giudice». I fondamenti teorici di un giustizia non-amministrativa*, en *Diritto pubblico*, 1, 2008, pp. 29-57.

GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992.

GUASTINI R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino, 2001.

GUASTINI R., *Introduzione* [a la segunda parte «Giovanni Tarello Giurista»], en

CASTIGNONE, S. (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989.

GUASTINI R., *Tre problemi di definizioni*, en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, VITALE, E., (ed.), Laterza, Roma, 2007, pp. 43-48.

GUTTMANN M., *Absent Class Members: Are They really absent? The Relationship between Absent Class Members and Class Counsel with regards to the Attorney-client and Work Product Privileges*, en *Cardozo Public Law, Policy Ethics Journal*, 7, 2008-2009, pp. 493-530.

HALFMEIER AXEL, *Populaeklagen im Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tubingen, 2006.

HARDIN R., *Collective Action*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1982

HARDIN R., *One For All. The Logic of Group Conflict*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

HARRISON J., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts and the Text of Article III*, en *University of Chicago Law Review*, 64, 1997, p. 203-256.

- HART H.L.A., *Definition and Theory in Jurisprudence* en *The Law Quarterly Review*, 70, 1954, pp. 37-60 (ahora publicado en NINO, C. (ed.), *Rights*, Dartmouth, 1992, pp. 3-26)
- HART H.L.A., *Legal Rights*, en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 162-193.
- HARTNEY M., *Some Confusions concerning Collective Rights*, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 4, 1991, p. 293-314.
- HAY B., *Procedural Justice: Ex Ante vs. Ex Post*, en *University of California Law Review*, 44, pp. 1803-1850.
- HAY B., ROSENBERG D., "Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, en *Notre Dame Law Review*, 75, pp. 1377-1408.
- HAZARD G., GEDID J., SOWLE S., *An Historical analysis of the binding effect of class suits*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 1997-1998, pp. 1849-1948.
- HAZARD G., *Indispensable Party: The Historical Origin of a Procedural Phantom*, en *Columbia Law Review*, 61, 1961, pp. 1254-1289.
- HAZARD, G., *Modeling Class Counsel*, en *Nebraska Law Review*, 81, 2002-2003, pp. 1397-1411.
- HENAO J.C., *De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés*, en *Daño ambiental*, II, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 187-222.
- HENSLER D. N., DOMBEY-MOORE B., GIDDENS B., GROSS J., MOLLER E., *Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand, Santa Monica, 2000.
- HIERRO L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Iustel, Madrid, 2009.
- HINESTROSA F., *La representación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- HITTINGE C., BONA J., *The Diminishing Role of the Private Attorney General in and Securities Class Action Cases Aided by the Supreme Court*, en *Journal of Business Technology Law*, 4, 2009, pp. 167-186.
- HOHFELD W., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en, *The Yale Law Journal*, 23, 1913, pp. 16-59 (trad. it. LOSANO M., *Concetti giuridici fondamentali*, Einaudi, Torino, 1969)
- HOLMES S., SUNSTEIN R., *The Cost of the Rights. Why Liberty depends on Taxes*, W. W. Norton & co., New York, 1999.
- HOPKINS J., *The New Federal Equity Rules*, W. H. Anderson Co., 1913, pp.103-105.
- HUSIK I, *Hohfeld's Jurisprudence*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 72, 1924, pp. 263-277.
- ISSACHAROFF S., *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, en *Supreme Court Review*, 1999, p. 337-393.

- ISSACHAROFF S., *Preclusion, Due Process, and The Right to Opt Out of Class Actions*, en *Notre Dame Law Review*, 77, 2001-2002, pp. 1057-1082.
- JAEGER N., *Contributo alla determinazione del concetto di rapporto collettivo*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1936.
- JAFFE L. *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological plaintiff*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 116, 1967-1968, pp. 1033-1045
- JONES C., *Theory of Class Actions*, Irwin Law, Toronto, 2003.
- JORI M., *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980.
- KAGAN R., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2001 (*La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, TARUFFO M. (trad. ed.), Il Mulino, Bologna, 2009)
- KAHAN M., SILBERMAN L., *The Inadequate Search for "Adequacy" in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc.*, en *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 765-792.
- KAIRYS D. (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique* 3<sup>o</sup> ed., Pantheon Books, 1998.
- KALVEN H., ROSENFELD M., *The Contemporary Function of the Class Suit*, en *University of Chicago Law Review*, 8, 1941, pp. 684-721.
- KARLAN P., *Disarming the Private Attorney General*, en *University of Illinois Law Review*, 6, 2003, 183-209.
- KENNEDY D., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, pp. 1349-1357.
- KENNEDY D., *The Structure of Blackstone's Commentaries*, en *Buffalo Law Review*, 28, 1978-1979, pp. 205-382.
- KENNEDY D.; MICHELMAN F., *Are Property and Contract efficient?*, en *Hofstra Law Review*, 8, 1979-1980, pp. 711-770.
- KIMLICKA W., NORMAN W. (eds), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York, 2000.
- KLARE K., *The Public/Private Distinction in Labor Law*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, pp. 1362-1422.
- KLONOFF H., *The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's "Adequacy of Representation" Requirement*, en *Michigan State Law Review*, 2004, pp. 671-702.
- KLONOFF R, BILICH E., MALVEAUX S., *Class Action and other Multi-Party Litigation. Cases and Materials*, 2<sup>o</sup> Ed., Thomson/West, 2006.
- KLONOFF R., BILICH E., MALVEAUX S., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, 2<sup>o</sup> Ed., Thomson/West, St. Paul, 2006, pp. 1047-1123.
- KOINAK S., *How like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, en *Notre Dame Law Review*, 79, 2004, p. 1761-1786.
- KRAMER M. H., *Rights without Trimmings*, en *A Debate over Rights*, KRAMER M. H., SIMMONDS N. E., STEINER, H., (eds), Clarendon Press, Oxford, 1998.

- LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1996.
- LANDES W., POSNER R., *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press., Cambridge, 1987.
- LANFRANCHINI V., *Le animulae vagulae blandulae e l'altra faccia della luna* en LANFRANCHINI, V. (ed.), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. XVI-XLVII.
- LANFRANCHINI V., *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 st. Lav.*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 419.
- LESLIE C., *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, en *Florida Law Review*, 59, 2007, pp. 72-134.
- LIEBMAN E., *L'azione nella teoria del processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, I, pp. 53 ss.
- LONG D.G., «Utility» and «Utility Principle»: *Hume, Smith, Bentham, Mill*, en *Utilitas*, 2, 1990, pp. 16 ss.
- LOSANO M., *Sistema e struttura nel diritto*, volumen I (dalle origini alla Scuola storica) y II (Il novecento), Giuffrè, Milano, 2002.
- MACCORMICK N., *Children's Rights. A Test-Case for Theories of Rights*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 3, 1976, pp. 305-316 (ahora en NINO C. (ed), *Rights*, Dartmouth, Cambridge, 1992, pp. 75-86)
- MACEY J., MILLER G., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, en *The University of Chicago Law Review*, 58, 1991, pp. 1-118
- MANCEY R., *Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure*, en *The Journal of Legal Studies*, 23, 1994, pp. 627-646.
- MARINUCCI E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, en *Corriere giuridico*, 7, 2008, p. 1024.
- MARUOTTI L., *La tutela degli interessi diffusi e collettivi*, en *Diritto e processo amministrativo*, 1992, p. 255.
- MATTEI U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Giuffrè, Milano, 1987.
- MAZZARESSSE T., 'Proposizione normativa'. *Interrogativi epistemologici e semantici*, en *Analisi e diritto*, 1991, pp. 193-243
- MCCANN M., *How the Supreme Court Matters in American Politics*, en *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Perspectives*, GILAM H, CLAYTON C. (eds.), University Press of Kansas, Lawrence, 1999.
- MILLER A., *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, en *Harvard Law Review*, 92, 1978-1979, pp. 664-694.
- MILLER G., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, en *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2008, p. 211-230.

- MILLER G., *Rethinking Certification and Notice in opt-out Class Action*, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 74, 2005-2006, pp. 637-649.
- MONATERI P.G., *Pensare il diritto civile*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2006.
- MOORE J., *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems raised by the Preliminary Draft* en *Georgetown Law Review*, 25, 1937, pp. 551-576.
- MORENO CRUZ P., *Presentación*, en CASTIGNONE S., *La maquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, MORENO CRUZ P. (ed.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- MULHERON R., *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2004.
- MULLENIX L., *Getting to Shutts*, en *University of Kansas Law Review*, 46, 1998, pp. 727-749.
- MULLENIX L., *Judicial Power and Rules Enabling Act*, en *Mercer Law Review*, 46, p. 733-756.
- MULLENIX L., *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 177-246.
- MULLENIX L., *Taking Adequacy Seriously: The inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 1715-1744.
- MURA V., *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, Giappichelli, Torino, 1997
- NAGAREDA R., *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions*, en *Harvard Law Review*, 115, 2002, pp. 747-830.
- NAGAREDA R., *Closure in Damage Class Settlements: The Godfather Guide to opt-out Rights*, en *The University of Chicago Law Forum*, 2003, pp. 141-175.
- NAGAREDA R., *Mass Torts in a World of Settlement*, University of Chicago Press, Chicago, 2009.
- NAGAREDA R., *Punitive Damage Class Actions and the Baseline of Tort*, en *Wake Forest Law Review*, 36, 2001, pp. 943-978.
- NAGAREDA R., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, Foundation Press, New York, 2009.
- NAGAREDA R., *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action*, en *Columbia Law Review*, 103, 2003, pp. 149-242.
- NAGY A., *Certifying Mandatory Punitive Damages Classes in a Post-Ortiz and State Farm World*, en *Vanderbilt Law Review*, 58, 2005, pp. 599-630.
- NARVESON J., *Collective Rights?*, en *Canadian Journal Law & Jurisprudence*, 1991, pp. 329-345.
- NICOLÓ R., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1962.

- NICOLÓ R., *Le situazioni giuridiche soggettive*, en ZATTI, P. y ALPA, G. (eds.), *Lecture di diritto civile*, Cedam, Padova, 1990, pp. 129-148.
- NICOLUSSI A., *I consumatori*, en NIVARRA L.,(ed.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 897-442.
- NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, en *Foro Italiano*, V, 1987, pp. 7-20.
- NINO C. (ed), *Rights*, Dartmouth, Cambridge, 1992.
- NINO C., *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.
- NINO C., *The Communitarian Challenge to Liberal Rights*, en *Law and Philosophy*, 8, 1989, p. 37-52.
- NIVARRA L.,(ed.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008.
- OLIVERCRONA K., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. it. PATTARO E., Milano, 1972.
- OLSEN F., *The Family and the Market: A study of Ideology and Legal Reform* en *Harvard Law Review*, 96, 1983, pp. 1497-1577.
- OLSON M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- ORESTANO R., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, 1978.
- ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto (linee di una vicenda concettuale)*, en *Ius*, 1960.
- ORNAGHI L., COTELLESA S., *Interesse*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- OSTROM V., OSTROM, E., *Public Goods and Public Choice*, en MCGINNIS, MICHAEL DEAN (ed.), *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis (Institutional Analysis)*, Indiana University, Bloomington, 1999.
- PACE N.M., *Groups and Aggregate Litigation in the United States*, en HENSLER R., HODGES C., TULIBANCKA M. (eds.), *The Globalization of Class Actions*, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2009, pp. 32-40
- PAGNI I., *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (prime riflessioni sull'art. 3, 1, 30 luglio 1998, n. 282)*, en BARBA (ed.), *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 1999, pp. 132 ss.
- PAGNI I., *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, en *Analisi giuridica della economia*, 1, 2008, pp. 127 ss.
- PARDOLESI R., *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, p. 241-262.
- PEKELIS, A., *Azione*, en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, 1937, pp. 91 ss.



- PERA G., *Commento all'art. 28*, en ASSANTI C. (ed.), *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972.
- PETRILLO C., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Aracne, Roma, 2005.
- PETRONI A., VIALE R., (eds.), *Individuale e collettivo. Decisione e razionalità*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997.
- PINO G., *Diritti Soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2009, 487-508.
- PIRAINO S., *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, en *Rivista di diritto processuale*, 1979, pp. 202-222.
- POGGI F., *Norme permissive*, Giappichelli, Torino, 2004.
- POLINSKY A., SHAVELL S., *Punitive Damages: An Economic Analysis*, en *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 869-962.
- POMEROY J., *Remedies and Remedial Rights by Civil Actions according to the Reformed American Procedure*, Little Brown & Co., Boston, 1894.
- POMEROY J., *Treatise on Equity Jurisprudence*, A. L. Bancroft & Co., San Francisco, 1881.
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co, Boston, 1986.
- POSNER R., *Economy Analysis of Law*, Aspen, New York, 2002.
- PROTO PISANI A., *Appunti preliminari per un studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, p. 263-286.
- PUNZI C., *art. 28*, en *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dirigitto por PROSPERETTI U., vol. II, Giuffrè, Milano, 1975, p. 969.
- PUNZI C., *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, en *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 647 ss.
- PUPOLIZIO I., *Più realisti del re? Il realismo giuridico statunitense nella prospettiva dei CLS*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2010, en curso de publicación.
- PUSHAW J., *Article III's Case/Controversy Distinction and the Dual Functions of Federal Courts*, en *Notre Dame Law Review*, 69, 1994, p. 447-532.
- RABKIN J., *The Secret Life on The Private Attorney General*, en *Law and Contemporary Problems*, 61, 1998, pp. 179-203
- RADIN M., *A Restatement of Hohfeld's Jurisprudence*, en *Harvard Law Review*, 51, 1938, pp. 1141-1164.
- RAINBOLT G., *The Concept of Rights*, Springer, 2006.
- RATTI G., *Sistema Giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.

- RAWLS J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 136-142.
- RAZ, J., *Rights and Individual Well-Being*, trad. it. COMANDUCCI P., *Diritti e benessere individuale*, en *Analisi e diritto*, 1991, pp. 277-300.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Claredon Press, Oxford, 1986.
- RÉAUME D., *Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*, en *University of Toronto Law Journal*, 28, 1, 1988, pp. 1-27.
- RECCHIA G., *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella costituzione*, en GAMBARO A. (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 25-70.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1941.
- REDISH M., BERLOW C., *The Class Action as Political Theory*, en *Washington University Law Review*, 85, 2007, pp. 753-814.
- REDISH M., *Class Actions and the Democratic Difficulty: Rethinking the Intersection of Private Litigation and Public Goals*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, 71-140.
- REDISH M., LARSEN N., *Class Actions, Litigant Autonomy, and Foundations of Procedural Due Process*, en *California Law Review*, 95, 2007, pp. 1573-1618.
- REDISH M., LIPPMAN G., *Freedom of Expression and the Civil Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications*, en *California Law Review*, 79, 1991, pp. 267-311.
- REDISH M., *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, Stanford University Press, Stanford, 2009.
- RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della «class action» ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, en *Giurisprudenza italiana*, nov. 2000, p. 2228.
- RESTA G., *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, «class actions»: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, en *Rivista critica di diritto privato*, 2, 2007, pp. 31-340.
- RIPOLI M., *Carcere, risocializzazione, diritti*, FANLO CORTÉS I.; TASSO, M. (eds.), Giappichelli, Torino, 2006.
- RIPOLI M., *Itinerari della Felicità. La Filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, Jhon Stuart Mill*, Giappichelli, Torino, 2001.
- RODOTÀ S., *Le azioni civilistiche*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp. 81-102.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1918 (2° edición, 1946).
- ROSEMBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 2001, pp. 831-898.

- ROSENBERG D., *Adding A Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 19-69.
- ROSENBERG D., *Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, en *Harvard Law Review*, 97, pp. 849-929.
- ROSENBERG D., *Individual Justice and Collectivizing Risk-Based Claims in Mass-Exposure Cases*, en *University of New York Law Review*, 71, 1996, pp. 210-257.
- ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 2001-2002, pp. 831-897.
- ROSENBERG D., *Mass Tort Class Actions: What defendants have and plaintiffs don't*, en *Harvard Journal on Legislation*, 37, 1999-2000, pp. 393-431.
- ROSS A., *On Law and Justice*, Steven & Sons Ltd, London, 1958, trad. it. GAVAZZI G. *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1965.
- RUBENSTEIN W., *A Transactional Model of Adjudication*, en *Georgetown Law Journal*, 89, 2000-2001, pp. 371-438.
- RUBENSTEIN W., *On What A "Private Attorney General" is—and Why It matters*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 2129-2174.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 6° edición, Napoli, 1952.
- SANTORO-PASSARELLI F., voce. *Autonomia collettiva*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 371.
- SATURNO A. *Le associazioni dei consumatori e le azioni collettive*, en STANZIONE P., MUSIO A. (eds.), *La Tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 705.
- SAUCA J., *Liberalismo y derechos colectivos. Análisis de su fundamentación en la teoría seymouriana*, en *Analisi e diritto*, 2008, pp. 119-150.
- SCHUCK P., *Suing Governmental: Citizen Remedies for Official Wrongs*, Yale University Press, New Heaven, 1983.
- SCOCA F., *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, p. 43-80.
- SEN A., WILLIAMS B. (EDS.), *Utilitarismo e oltre*, Il Saggiatore, Milano, 1982 (trad. de la versión en inglés: *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, 1982);
- SENIGAGLIA C., *La comunità a piú voci*, Franco Angeli, Milano, 2005.
- SEYMOUR M., *De la tolérance à la reconnaissance. Une théorie libérale des droits collectifs*, Boréal, Montréal, 2008;
- SFORZA C., *Preliminari sul diritto collettivo*, en *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963.
- SHAPIRO D., *Class Actions: The Class as Party and Client*, en *Notre Dame Law Review*, 73, 1997-1998, pp. 913-961.
- SHAVELL S., *Economic Analysis of Accidental Law*, Harvard University Press., Cambridge, 1987.

- SILVER C., *“We’re scared to Death”*: *Class Certification and Blackmail*, en *New York University Law Review*, 78, 2003, pp. 1357-1430.
- SOMMA A., *Razzismo economico e società dei consumi*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2009, p. 447-480.
- SOMMA A., *Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoralistico nell’economia sociale di mercato*, en BALANDI G.; CAZZETTA G. (eds.), *Diritto e lavoro nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, 2009.
- SOMMA A., *La buona fede contrattuale: modelli ordoliberali e modelli solidali a confronto*, en *Europa e diritto privato*, 2006, pp. 501-542.
- SOMMA A., *La cittadinanza nella società del diritto privato*, en *Politica del diritto*, 3, 2008, pp. 507-530.
- SOMMA A., *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell’Europa dei mercati e nella distribuzione dell’Europa dei diritti*, en *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2008, p.437-467.
- STONE R., *An Analysis of Hohfeld*, en *Minnesota Law Review*, 48, 1963, pp. 313-338.
- STORY J., *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Boston, Massachussets, 1836.
- STREET T., *Federal Equity Practice*, New York, 1909.
- SUBRIN S., *How Equity conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 135, 1986-1987, pp. 909-1002.
- SUNSTEIN C., *What’s Standing After «Lujan»? Of Citizen suits, «injuries», and Article III*, en *Michigan Law Review*, 91, 1992, pp. 163-236.
- TARELLO G., *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- TARELLO G., *Interventi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, 346-351.
- TARELLO G., *L’ideologia e lo spazio della teoria*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, 2, 1987.
- TARELLO G., *Linguaggio prescrittivo nei discorsi dei giuristi*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, pp. 429-435.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976.
- TARELLO G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 2° ed., 1972.
- TARELLO G., *Voce. Realismo giuridico*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, p. 9.
- TARUFFO M., *Efficacia della pronuncia sul licenziamento per motivi sindacali*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1516 ss.
- TARUFFO M., *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, en *Rivista di diritto processuale*, 1969, pp. 609-636.

- TARUFFO M., *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, en *Foro Italiano*, V., pp. 345-360.
- TARUFFO M., *Intervento*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, pp.329-336.
- TARUFFO M., *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, en *Rivista critica di diritto privato*, 1987, pp. 433 ss.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, La Terza, Roma-Bari, 2009, pp. 107 ss.
- TARUFFO M., *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, en *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, LANFRANCHI, L. (ed.), Giappichelli, Torino, 2003, pp. 53-65.
- THOMSON J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- TIDMARSH J., *Rethinking Adequacy of Representation*, en *Texas Law Review*, 87, 2008-2009, pp. 1137- 1203.
- TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, XIII edición, Giuffrè, Milano, 2000.
- TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, primera parte en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 35-65.
- TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, segunda parte en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 439-460.
- TROCKER N., *Voce. Interessi collettivi e diffusi*, XVII, Roma, 1989.
- TUSHNET M., *The sociology of Article III: A response to profesor Brilmayer*, en *Harvard Law Review*, 93, 1979-1980, pp. 1698-1726.
- VACARELLA R., *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977.
- VERGARA O, *El derecho como fenómeno psicosocial. Un estudio sobre el pensamiento de Karl Olivercrona*, Comares, Granada, 2004.
- VESTAL A., *Res Judicata/Preclusion: Expansion*, en *South California Law Review*, 47, 1974, 839-381.
- VIGORITI V., *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, en *Contratto e impresa*, 3, 2008, p. 729-755.
- VIGORITI V., *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, en *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2006, pp. 95-111.
- VIGORITI V., *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979.
- VILLONE M, *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (Considerazioni sul sistema statunitense)*, en GAMBARO A. (ed.), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 71-93.

- VITALE E., *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma, 2000.
- WALDRON J., *Introduction*, en WALDRON J. (ed), *Theories of Rights*, Oxford U. P., Oxford, 1984, pp. 5-8.
- WEINER W., SZYNDROWSKI D., *The Class Action. From the English Bill of Peace to Federal Rule of Civil Procedure* en *Whittier Law Review*, 8, 1986-1987, pp. 935-992.
- WELLMAN C., *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997.
- WILLIAMS B., *Una critica dell'utilitarismo*, en SMART J., WILLIAMS B. (ED.), *Utilitarismo: un confronto*, Bibliopolis, Napoli, 1985, p. 107
- WOLFF T., *Preclusion in Class Action Litigation*, en *Columbia Law Review*, 105, 2005, pp. 717-808.
- WOOLLEY P., *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, en *Texas Law Review*, 79, 2000-2001, pp. 383-446.
- YEAZELL S. C., *Form Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation*, en *UCLA Law Review*, 27, 1979-1980, pp. 514-564.
- YEAZELL S. C., *Form Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation*, en *UCLA Law Review*, 27, 1979-1980, pp. 1067-1121.
- YEAZELL S. C., *Group Litigation and Social Context: Towards a History of the Class Action*, en *Columbia Law Review*, 77, 1977, pp. 866-896.
- ZANUTTIGH L., *Intervento*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova, 1976, p. 310-322.