



La protección de los derechos colectivos*

Michele **TARUFFO****

SUMARIO

Introducción. I. Lo colectivo y lo individual. II. La dimensión colectiva. III. Tipos de recursos. IV. Camino hacia una justicia colectiva global. V. Una conclusión abierta. VI. Notas personales acerca de algunos términos o frases en el texto traducido.

MARCO NORMATIVO

■ Código Procesal Civil: art. 82.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este informe introductorio no es proporcionar a la audiencia de una completa o amplia vista panorámica de los métodos e instrumentos procesales que existen, en algunos ordenamientos jurídicos, para la protección colectiva de los derechos. Esa tarea implicaría ir más allá de las posibilidades de este ponente y de lo que el tiempo asignado permite.

Actualmente, alrededor del orbe —o por lo menos en la mayoría de lugares del mundo desarrollado—, existe una tendencia general a favor de la implementación de estos instrumentos; parece que el propósito generalmente perseguido es ofrecer una protección judicial y aplicarla a situaciones legales (llamadas derechos, intereses o lo que fuere) que probablemente no sean objeto de litigio en forma individual, principalmente debido a su poco valor monetario.

Sin embargo, debe considerarse —aunque este aspecto es frecuentemente olvidado— que para muchas personas que sufren violaciones masivas de sus derechos, la dificultad o incluso la imposibilidad de protección individual, no se debe solo a las desventajas económicas, sino a factores sociales, culturales e incluso políticos que dificultan o impiden la persecución individual de la justicia.

El autor analiza las alternativas de protección de los derechos colectivos pasibles de implementación pese a su resistencia en latitudes que no pertenecen al common law. Sostiene su perspectiva desde un doble plano, una dimensión individual (acciones de clase donde el conjunto de tales reclamaciones individuales es el objeto de la acción colectiva); y otra colectiva (creación de vías colectivas, cuando la composición de la clase de personas perjudicadas es en gran parte indeterminada). Finalmente propone reformas que perfilen una justicia colectiva de carácter global.

Desde este punto de vista, un instrumento eficaz para la protección de los derechos de manera colectiva puede ser considerado como una realización de la garantía fundamental de efectivo acceso a la justicia que está, algunas veces, establecido en Constituciones modernas.

Además, la protección colectiva de los derechos debe ser considerada como un esencial y necesario instrumento de justicia. En particular, debe proporcionarse la protección que muchas personas no obtienen justamente a través de pretensiones individuales.

Así, como las técnicas y las maquinarias que se utilizan para la protección colectiva de los derechos son muy diferentes en los diversos ordenamientos jurídicos —en consecuencia—, también son distintos los niveles de eficiencia que se logran y varían desde casi cero (como por ejemplo en Italia) a grados relevantes de satisfacción.

Bien sabemos que el modelo líder en este ámbito ha sido la acción de clase americana, pero este modelo, a veces, ha sido mal interpretado y prácticamente rechazado, principalmente en la mayoría de los países del *Civil Law*.

* Ponencia presentada ante la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio del 2012, pp. 23-30. Versión original en idioma inglés titulada "Notes on the collective protection of rights". Traducción realizada por J. María Elena Guerra Cerrón debidamente autorizada por el autor.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia, Italia.

En cuanto a la conocida metáfora de Arthur Miller¹, el temor al “monstruo de Frankenstein” ha prevalecido por sobre el *Shining Knight* y, ese temor desalienta a algunos legisladores para adoptar el modelo de acción de clase. Puede decirse, sin embargo, que esa situación no tiene en cuenta al menos dos factores importantes, a saber: a) la acción de clase americana puede aparecer como un monstruo a los ojos de futuros acusados, pero ciertamente no a los ojos de los miembros de clase; b) algunos (pero pocos) sorprendentes juicios se deben a algunos aspectos del excepcionalismo estadounidense en este ámbito, esto es, el Jurado y los *punitive damages* (al menos hasta que estos no se limiten).

En cualquier caso, varios ordenamientos jurídicos no siguen el modelo norteamericano, por diversas razones, incluyendo la cultura parroquial, resistencia a reformas efectivas y la influencia negativa de los posibles emplazados que tienen miedo de ser efectivamente sancionados por sus conductas ilegales².

I. LO COLECTIVO Y LO INDIVIDUAL

Sin ir muy lejos, en un análisis comparativo de los diversos tipos de acciones colectivas y de su distancia del modelo americano, prefiero centrar nuestra atención en tres de los más importantes rostros del complejo fenómeno poliédrico que nos ocupa.

El primero de esos rostros puede ser a grandes rasgos definido como una especie de paradoja, ya que hace hincapié en la orientación individualista que predomina en muchos enfoques para la protección colectiva de los derechos.

Es bien sabido que el individualismo ha sido históricamente y sigue siendo una categoría fundamental y una fuerza de construcción en la estructuración de la justicia civil en general, que alcanza a muchos aspectos de cualquier proceso civil. Que ello no cause extrañeza, al menos en la medida en que estamos pensando en la ligación civil, como una disputa entre dos (la mayoría) los particulares individuales que compiten por el cumplimiento de sus (pretendidos) derechos. En gran medida, si adoptamos la clásica teoría “liberal” según la cual un litigio civil es un asunto “privado” en el que el Estado no debe tener ningún interés (ni mucho menos intervenir en la competición), la teoría de la “lucha de la justicia”, descrita hace décadas por Roscoe Pound puede ser tomada como una buena descripción de un litigio civil. El conocido modelo adversarial de la justicia civil, que es tan popular, también más allá de las fronteras de Estados Unidos, se corresponde muy bien con la ideología de la justicia civil como una empresa particular³.

La paradoja surge tan pronto como empezamos a hablar de una protección “colectiva” de derechos, porque lo que es imaginado como “colectivo” difícilmente puede ser imaginado también como “individual”. Pero la aparente paradoja se resuelve fácilmente mediante la creación de una vía procedimental colectiva, de tal manera que se adapte a los valores individuales que están influenciando la cultura legal, y específicamente el modelo de las acciones colectivas. Hace algunos años, Owen Fiss hizo hincapié al escribir que, en cualquier caso, los valores individualistas “siempre van a ejercer una influencia moderadora en la gran tentación de los reformadores sociales para crear instrumentos colectivos”⁴. Algunos ejemplos pueden aclarar este punto.

Cuando, como sucede a menudo, se dice que una acción colectiva tiene por objeto proteger los derechos “homogéneos o intereses individuales”, es claro que lo que está en juego es un grupo o conjunto de situaciones jurídicas individuales. Este tipo de situaciones se juntan por razones de eficiencia y economía procesal, pero siguen siendo individuales, independientemente del número de sujetos involucrados. Uno bien podría decir que un conjunto es algo más que la mera suma de sus componentes, y puede ser cierto, pero ello no cambia el hecho de que los miembros del grupo o de la clase

son individuales y que las situaciones jurídicas involucradas son también esencialmente individuales.

Un ejemplo puede ser el caso en el cual se dirige una acción colectiva a compensar los daños sufridos por todos aquellos que compraron un vehículo defectuoso. Por supuesto, la clase está compuesta por el grupo de estos compradores, y cada uno de ellos tiene una pretensión individual: el conjunto de tales reclamaciones individuales es el objeto de la acción colectiva.

El punto es aún más evidente cuando la acción colectiva está basada en el sistema *opt in*, en el que el procedimiento y la cosa juzgada, alcanza solamente a aquellos que manifestaron su voluntad de participar en el proceso y respecto a sus pretensiones. Es bien sabido que el sistema *opt in* solo se utiliza con el fin de reducir la composición de la clase (y de hecho en Italia tenemos una clase de dos miembros), y para tener solamente en cuenta las pretensiones individuales de los miembros que activamente presentaron sus demandas, mientras que el sistema *opt out* está orientado a maximizar la composición de la clase, cuyos miembros son todos los sujetos que han sufrido un daño a causa del mismo evento, con la excepción de aquellos que decidieron no ser incluidos en el procedimiento. Sin embargo, el punto relevante aquí es que el

“En muchos casos, la composición de la clase de personas perjudicadas es en gran parte indeterminada, y la situación legal en cuestión no puede reducirse a una simple suma de los derechos individuales.”

1 Ver MILLER, Arthur. “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Mythm Reality, and the Clas Action Problem”. En: 92 Harv. L. Rev. 1979.

2 Para un mayor análisis de esas razones, véase TARUFFO, Michele. *Some remarks on group litigation incomparaive perspective*. 11 Duke J. Comp. Int. Law 2001, p. 413.

3 Acerca de las raíces profundas de esta ideología ver Kagan Adversarial Legalism, the American Way of Law, Cambridge, Mass - London 2001, p. 99.

4 Ver FISS, Owen. “The Political Theory of the Class Action”. En: *The law as it could be*. New York, 2003, p. 132.

sistema *opt in* también hace hincapié en la dimensión individualista de la acción colectiva⁵.

Esta dimensión es relevante también desde el punto de vista de las consecuencias que una acción colectiva pueden producir. Si, por ejemplo, un banquero deshonesto roba 50 euros de las cuentas de 10,000 clientes, las pretensiones individuales de restitución son altamente improbables debido al escaso valor de cada demanda, pero una acción de clase basada en el *opt in* podría probablemente involucrar solamente a algunas docenas o algunos cientos de “activos” clientes con la correspondiente alta rentabilidad ilegal para el banquero. Por el contrario, un *opt out* acción de acción de clase va a terminar con una sentencia de casi 500,000 euros, ya que solo unos pocos clientes deciden presentar las reclamaciones individuales: luego los beneficios de los banqueros pueden tender a cero y la voluntad de la acción colectiva tener un efecto disuasivo considerable.

Por lo tanto, el “espíritu” individualista no es neutral desde el punto de vista de los resultados que una acción colectiva pueden producir. Cuando tal espíritu es más fuerte, puede legitimar malas acciones de clase de masas y no será sancionado por carecer de actividad individual. Pero esto es justamente lo contrario del objetivo que debe inspirar la introducción de vías procedimentales colectivas.

II. LA DIMENSIÓN COLECTIVA

Aunque la dimensión individual es muy relevante, del otro lado de la moneda está que la protección colectiva de los derechos también puede ser verdaderamente colectiva porque involucra a grupos, clases, comunidades de personas, y cada grupo de individuos es considerado como una unidad y quizá como entidad homogénea. Sin embargo, este aspecto no se presenta en todas las situaciones con el mismo grado de intensidad: como hemos visto, el factor colectivo puede ser bastante débil en el caso de la indemnización de daños individuales homogéneos producidos a un grupo de personas por el mismo evento. En tales casos, el factor colectivo solo es funcional y no puede ser especialmente relevante.

Por el contrario, se convierte en el factor más importante cuando la situación jurídica en juego es intrínsecamente colectiva (como por ejemplo en el caso de la “unión de los derechos” protegida por una acción especial prevista en artículo 28 del Tratado de la ley italiana 300/1970), o cuando el asunto objeto de protección es por sí colectivo, como por ejemplo un medio ambiente sano⁶.

En estos casos, muchas personas pueden estar involucradas, porque también sus derechos individuales son

infringidos por múltiples actos o eventos dañinos, pero la protección se orienta principalmente hacia la dimensión colectiva nociva en el hecho en cuestión.

Además en muchos casos, la composición de la clase de personas perjudicadas es en gran parte indeterminada, y la situación legal en cuestión no puede reducirse a una simple suma de los derechos individuales. Por ejemplo, las sanciones por la contaminación de un río están dirigidas a la protección de una “cosa colectiva”, aunque la indemnización de daños y perjuicios cuando haya sido pretendida y probada, puede también ser admitida.

Este punto podría ser más fácilmente entendido si dejamos de lado el estereotipo del consumidor y sus daños económicos, considerando que muchos otros derechos merecen ser protegidos principalmente por medio de procedimientos colectivos. Aunque en algunos casos solo los consumidores son permitidos a tomar ventaja de las acciones colectivas, esta protección de los derechos no debe ser pensada solo como un medio para la compensación económica de los pequeños daños individuales sufridos por grupos de personas.

Después de todo, el mercado no es la universal y única dimensión de vida de los individuos y las sociedades, y el dinero no es el único y exclusivo objetivo que vale la pena perseguir. En consecuencia, el consumidor no es la única figura social y humana que merece ser tenida en cuenta a la hora de pensar en acciones colectivas. Además —y antes— del dinero, hay otros y más importantes valores que deben ser considerados en las formas colectivas, como la igualdad, la libertad (incluyendo por supuesto las “libertades de” y la “libertades desde”), los derechos fundamentales a una manera decente de la vida, la salud, la educación, a un lugar de trabajo, a un medio ambiente sano, y así sucesivamente. Solo para dar algunos ejemplos, se puede pensar en la protección contra el género, la raza o la discriminación religiosa y la protección de las minorías étnicas o sociales, de los pobres y de los trabajadores.

Cuando un recurso colectivo está disponible en este tipo de situaciones, bien puede ocurrir que las necesidades individuales se encuentran también satisfechas, pero el factor más importante es el problema colectivo que estamos tratando. El argumento puede ser extendido a una amplia y creciente área de los derechos humanos fundamentales que suelen infringirse en una dimensión colectiva— algunas veces impresionante dimensión, aunque su violación puede afectar a una pluralidad de individuos. Tal pluralidad puede ser pequeña o grande, y a veces es tan grande que, en realidad, corresponde a una sección o parte de una sociedad, o incluso a la sociedad en general, pero el

5 En particular, se basa en una actitud que puede definirse como “individualismo egoísta”, ya que la cifra resultante es el de los miembros del grupo que son activos en la búsqueda solo de su propio beneficio, y participan solo con la intención de un logro individual. Menos importante es el “individualismo altruista” que caracteriza a los que toman la iniciativa para iniciar un procedimiento de protección colectiva de los derechos de un grupo o clase de personas, este tipo de actitud, sin embargo, es más evidente cuando la acción colectiva se basa en un sistema “opt out”, ya que en este caso, el propósito de la demandante es proteger algo realmente colectivo, y no solo un grupo de situaciones individuales. Sobre estos dos tipos de individualismo. Ver Taruffo (*supra*, N° 2) p. 417.

6 También en la protección de los consumidores se puede tener en cuenta la dimensión colectiva de los intereses de los consumidores, al menos cuando muchas personas están involucradas y las organizaciones de consumidores tienen derecho a demandar. Ver STADLER, Mass. “Tort Litigation”. En: *Estudios Comparativos sobre el Business Tort Litigation*. R. Stürmer ed. by y M.Kawano, Tübingen, 2011, p. 166.

aspecto más relevante del problema es que la mayoría o todos los sujetos afectados no pueden, por diversas razones, protegerse por medio de las distintas acciones legales individuales.

Estas situaciones requieren un cambio en la definición de la materia y los efectos de la protección colectiva de los derechos. En realidad, la solución colectiva se dirige principalmente a sancionar la causa de los daños colectivos que se han cometido a un grupo de personas, y esto puede hacerse, aun cuando los efectos de esta causa —es decir, los daños y perjuicios individuales— pueden no ser específicos y determinados por completo. Entonces, el tema del juzgamiento es “todo” el daño que se produjo, y no solo los daños y perjuicios individuales que han sido específicamente reclamados. Así, el banquero deshonesto será sancionado por el importe total de su robo, y no se limitará a la poca suma reclamada por el *opt in*. En esta perspectiva la protección colectiva de los derechos no es solamente, como se mencionó anteriormente, un instrumento para la justicia del *oriented damage*. Es también un instrumento para una *oriented politic*⁷ al tipo de justicia, y luego —en términos generales— un instrumento de justicia social.

III. TIPOS DE RECURSOS

Si consideramos que la protección colectiva de derechos puede y debe tener una amplia gama de diferentes propósitos, también hay que tener en cuenta el hecho de que no todos estos fines se pueden conseguir de la misma manera, es decir, por medio de un mismo procedimiento.

Cuando la perspectiva individualista prevalece, es evidente que el tipo ideal de reparación colectiva es la compensación por los daños sufridos por las personas incluidas en el grupo. Esta compensación puede tener diversas formas (dinero, bonos, etc.), pero la idea básica es que cada persona representada en el litigio colectivo debe obtener exactamente lo que merece.

Sin embargo, el cambio hacia un propósito diferente puede ser observado cuando además de la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por las personas, hay otros tipos de remedios monetarios, como condena por todo daño producido⁸ (y no solo por los daños que se reclaman), y sobre todo cuando se señalan *punitive damages*. En estos casos, el propósito de la demanda colectiva no solo es “compensatorio”: es también “regulador”, ya que dichos remedios están dirigidos fundamentalmente a disuadir la repetición de conductas ilícitas⁹.

Cuando la perspectiva colectiva y política orienta y privilegia la retribución individual de los daños, todavía pueden proporcionarse, pero el remedio típico es la compensación *in natura*. Dado que el objetivo principal es eliminar o prevenir la causa de la violación colectiva de los derechos, el juicio final debe ser adaptado en función de tal propósito. Dos ejemplos pueden ser útiles para aclarar este punto. El primer ejemplo es el de las acciones que —como el alemán *Verbandsklage*— están dirigidas a nulificar y eliminar cláusulas ilegales o abusivas incorporadas en los contratos en masa.

Aquí el tema es el modelo de contrato en sí mismo, en los términos en que deben ser aceptados por los consumidores, y el mecanismo colectivo tiene por objeto proteger a toda la clase de los consumidores de dichas cláusulas. Está claro, en este caso, que la sentencia tiene un efecto regulador general y tiene por objeto garantizar una práctica comercial justa.

El segundo y extremadamente interesante ejemplo es el de los “estructural” o “institucional” *injunctions* que en la experiencia estadounidense han sido utilizados como un medio para cambiar la organización de las entidades públicas o privadas, tales como escuelas, cárceles o los hospitales, con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas involucradas en dichas entidades¹⁰. En estas situaciones, el efecto regulador del *injunction* es especialmente claro, y la dimensión intrínsecamente colectiva del mecanismo procesal es claro también, los derechos fundamentales civiles de grupos de personas (o incluso de los sectores de la sociedad) están protegidos y reforzados no por medios individuales sino cambiando las estructuras organizativas en que esos derechos se ven conculcados.

IV. CAMINO HACIA UNA JUSTICIA COLECTIVA GLOBAL

En el actual mundo globalizado, la administración de justicia y la protección de los derechos no pueden ser considerados —como ha sido habitual hasta ahora— como asuntos relacionados con la soberanía de los estados —nación post-westfaliano.¹¹ Por supuesto, la justicia nacional se seguirá dando dentro de las fronteras de esos Estados, pero cada vez es más claro que esto es solo una parte del problema general de la justicia. No es de extrañar, de hecho, que a nivel general los conceptos de justicia y de igualdad se definen ahora en términos de “globales”¹².

7 Sobre la distinción entre *oriented damage* y *oriented politic* orientada a la protección de los derechos. Véase también TARUFFO, Michele (*supra*, N° 2) p. 409.

8 El problema de la medición de los *classwide* puede ser particularmente complejo. Véase, por ejemplo ALLEN-HALL-LAZEAR. “Guía de referencia sobre la estimación de daños económicos”. En: *Manual de referencia en la evidencia científica*. 3ª edición, Federal Judicial Center, 2011, p. 489.

9 Por ejemplo, el control sobre las actividades negociales puede ser el efecto principal de la compensación efectiva de daños masivos comerciales. Ver: KAWANO. “Expansión a nivel mundial de Actividades de Negocios y Regulaciones Tort”. En: *Estudios Comparativos sobre el Business Tort Litigation* (*supra*, N° 6).

10 Sobre este tipo de *injunctions* ver principalmente FISS, Owen. *La orden judicial de Derechos Civiles*. Bloomington, 1978; Id., *El encanto del individualismo*, en Id, la ley, ya que podría ser (*supra*, N° 3), p. 105.

11 Ver más en general TARUFFO, Michelle. “Globalizar la justicia procesal. Algunas observaciones generales”. En: *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*. Dir. AJ Pérez Cruz Martín y X. Ferreiro Baamonde, A Coruña 2012, p.17. Véanse también los ensayos recogidos en Derecho Procesal Civil en un mundo globalizado, y XE Kramer CH Van Rhee eds., La Haya, 2012.

12 Véase, por ejemplo TRUJILLO, Isabel. *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*. Bolonia, 2007.

Esta importante perspectiva es especialmente clara en el ámbito de la protección colectiva de los derechos. Las razones son bastante obvias: más y más frecuentemente, los acontecimientos, las faltas y las violaciones de los derechos de grupos o clases de personas, extienden sus efectos perjudiciales más allá de las fronteras de un solo país, y en ocasiones puede incluso ser en todo el mundo. En una era de comercio global, una práctica comercial desleal o la venta de mercancías peligrosas puede afectar a miles o millones de personas que viven en las cuatro esquinas del mundo. La explosión de una central nuclear puede provocar la contaminación del aire o de los mares en una dimensión en todo el mundo. Prácticas financieras abusivas y fraudulentas pueden provocar la ruina de un gran número de inversores en muchos países. La violación de los derechos básicos de los trabajadores se puede hacer en una escala multinacional por una empresa multinacional. Los derechos fundamentales se violan con frecuencia en varios países. Y así sucesivamente. Por otra parte, las causas de estos efectos generales se encuentran a menudo en países que son inmunes a sus consecuencias. En tales situaciones, en la tradicional dimensión política post-westfaliana en la cada cosa debe estar referida al estereotipo del Estado nacional, es claramente inadecuada la protección colectiva de los derechos.

Insuficiente es también la aproximación según la cual cada país decide si brinda o no los remedios colectivos para la protección de los derechos, y si es así es libre de elegir qué tipo de solución adopta. No es de extrañar, entonces, que en el panorama comparativo de ahora, hay una asombrosa variedad de soluciones nacionales al problema de la protección colectiva de los derechos, cada uno de ellos es el producto de las sensibilidades sociales, de las orientaciones políticas y de las influencias ejercidas por los poderes económicos y políticos de los legisladores nacionales. En consecuencia, los mecanismos procesales para la protección no solo son muy diferentes entre sí: son muy diferentes, incluso en términos de eficacia y de su capacidad para hacer frente a los diversos derechos que merecen una protección colectiva. Por ejemplo, en muchos casos el consumidor es el único tipo de sujeto cuyos derechos pueden ser, más o menos eficazmente protegidos en forma colectiva, mientras que para otros muchos derechos que afectan a grupos o clases de personas no existe una protección colectiva.

Los límites y los defectos de esa situación general son tan claros que no requieren de una descripción analítica. También es claro que ante esta situación no hay posibilidad de pensar en la protección colectiva de los derechos como un instrumento de la justicia transnacional o global. Entonces, el problema principal y más difícil es la tremenda brecha que existe entre las formas nacionales de litigio colectivo y la dimensión supranacional de los derechos que merecen ser protegidos colectivamente.

Este problema no puede ser tratado y mucho menos resuelto en pocas palabras, al menos vale la pena comenzar a pensar en sus aspectos más importantes y difíciles (por supuesto sin pretender ser exhaustivo).

Una cuestión previa pertinente es si imaginamos que una "transnacional" o incluso clase "global" pueda buscar un remedio colectivo completo en un tribunal nacional como una especie de jurisdicción supra-nacional, o nos imaginamos que cada "subsección nacional" de clase puede presentar una reclamación en su propio tribunal nacional, asumiendo que puede existir individualmente en los países algunas formas de litigio colectivo. Por supuesto, sin embargo, en este último caso, la dimensión global de los derechos en cuestión se perdería, y solo sobreviviría la dimensión colectiva pero nacional de esos derechos.

Pero hay otras cuestiones complejas que deben ser considerados.

Por ejemplo, aun en el supuesto de que un litigio colectivo transnacional se puede iniciar en alguna parte, debe seleccionarse un tribunal con jurisdicción. Pero aquí se plantea la cuestión del criterio que debe seguirse en la toma de esta decisión: el hecho es que a nivel internacional no existe una norma común y cada Estado-nación sigue muchos y diferentes criterios, como el *forum commissi delicti*, el lugar del daño, el domicilio o residencia del infractor, en el caso de las empresas el establecimiento o el lugar de los negocios, y así sucesivamente¹³. En este contexto, no solo para hacer una elección justa puede ser extremadamente difícil: pueden haber más problemas como los de una búsqueda de un foro conveniente o la posibilidad de que un tribunal estadounidense se convierta en un *forum non conveniens* para enviar el caso a un tribunal de un país donde la protección colectiva de los derechos no existe o es realmente ineficaz. En el estado actual de la técnica, tales problemas no pueden encontrar una solución clara y uniforme. Entonces, al menos por violación de derechos humanos que ocurren en otros países se puede imaginar una especie de órgano jurisdiccional nacional "jurisdicción universal", es decir, para la protección de los derechos infringidos en otros lugares¹⁴.

Otro tipo de problema deriva del principio de la *lex fori procesal*, según el cual todo órgano jurisdiccional nacional aplica su propia legislación procesal nacional, incluso cuando el litigio es transnacional porque se trata de varias partes pertenecientes a diferentes países. Por lo tanto, el caso será tratado de diferentes maneras de acuerdo con la legislación nacional aplicada por el Tribunal donde se presentó una demanda colectiva, o incluso de diferentes maneras en el mismo momento, si varias subclases presentan sus reclamaciones colectivas en distintas jurisdicciones.

Otra cuestión que se plantea si en el derecho interno del tribunal que tiene jurisdicción no existen mecanismos procesales colectivos, o cuando estos dispositivos son

13 Para una discusión detallada e informada ver: TROCKER. "Litigios Tort Transnacional: Cuestiones de competencia - Tendencias, Políticas, Normas". En: *Estudios Comparados en Litigios Comerciales Tort*, (supra, Nº 6) p. 55. Acerca de la situación europea de ver: CRISTÓFARO. Jurisdicción en relación Tort en Negocios Internacionales, ibidem, p. 145.

14 En este sentido ver TROCKER (supra, Nº 14), p. 94.

ineficaces, o cuando se aplican también a algunos temas (por ejemplo: los consumidores), pero no en todos los casos de daños masivos. Probablemente deberíamos admitir que una especie de *forum shopping* en favor de la jurisdicción donde los remedios colectivos son relativamente más eficaces y hay una mayor gama de los mismos, pero aún así, los problemas complejos pueden surgir¹⁵. Además, aunque se encuentre una solución justa a estas preguntas y una acción colectiva se presente en una relativamente “mejor” jurisdicción, nuevas dificultades pueden presentarse ante la posibilidad de ejecutar una sentencia en la demanda colectiva en una jurisdicción diferente, donde los bienes o el dinero de los malhechores se encuentran. Por ejemplo, si un tribunal estadounidense establece una suma por *punitive damages* en un juicio, una parte de la sentencia no será ejecutada en los diversos sistemas jurídicos en los que los *punitive damages* no son admitidos. Por lo tanto, la eficacia de uno de los principales propósitos de una solución colectiva, que impide la continuación o la repetición de las conductas infractoras, se reduce sustancialmente.

V. UNA CONCLUSIÓN ABIERTA

Si una conclusión puede extraerse de todo lo antes señalado, es la consideración de la extrema complejidad del ámbito de la protección colectiva de los derechos, y del hecho que tal complejidad va en aumento, en tanto y cuanto nos movemos más allá del estereotipo del consumidor y buscamos en las áreas más amplias en las que realmente es una protección colectiva de los derechos es necesaria.

Esta complejidad no solo depende de la variedad de medios o procedimientos procesales previstos en ordenamientos jurídicos nacionales. Esto se debe principalmente a dos conjuntos de factores que deben tenerse en cuenta cuando se trata de averiguar cómo un sistema eficiente, completo y satisfactorio para la protección colectiva de los derechos debe ser concebido.

El primer conjunto de factores está dado por la variedad de posibles efectos que pueden ser llevados a cabo en diferentes situaciones. Como anteriormente se mencionó, si pensamos en la justicia individual que muchas veces se hace por medio de los procesos colectivos, el objetivo principal es llegar a una indemnización compensatoria para todos los sujetos que sufrieron tales daños. Como hemos visto, los sistemas *opt out* son más eficientes que los sistemas *opt in* pero esta es una diferencia dentro de la categoría de procesos colectivos destinados a pretensiones para compensaciones de dinero.

Las cosas cambian cuando nos referimos a los fines de la Justicia Social, como disuadir futuros actos ilícitos, en la prevención de eventos dañinos y las violaciones masivas

de cualquier tipo de derechos. Tales propósitos pueden combinarse con la indemnización por daños, pero tienen una relevancia independiente solo por su carácter colectivo inherente.

Un *opt out* es, obviamente, más eficiente para los propósitos de Justicia Social por la misma razón, solo porque este sistema tiende a garantizar que los derechos de todas las personas involucradas estén protegidos eficazmente.

“En muchos casos el consumidor es el único tipo de sujeto cuyos derechos pueden ser más o menos eficazmente protegidos en forma colectiva, mientras que para otros muchos derechos que afectan a grupos de personas no existe una protección colectiva.”

Las cosas cambian de nuevo cuando la dimensión es el de la Justicia Transnacional o global, ya que aquí el objetivo principal es, a través, de las compensaciones monetarias y/o la disuasión, la prevención de violaciones de los derechos que se pueden producir a gran escala o incluso en una dimensión en todo el mundo.

El segundo conjunto de factores, se refiere a los instrumentos que deben ser proporcionados con el fin de hacer frente a estos efectos: en realidad son tan diferentes —a pesar de que se pueden combinar de varias maneras— que es difícil de-

terminar un solo tipo de mecanismo de procedimiento que podría ser bueno para todos.

En cualquier caso, las diferentes técnicas procedimentales pueden ser usadas: condena dineraria puede ser apropiada en casos de indemnización colectiva por daños y perjuicios individuales, también cuando los daños punitivos o multas se utilizan como medio para regular y reprimir comportamientos, *injunctions* deben ser utilizados para detener o prohibir las conductas ilícitas o para realizar cambios institucionales o de organización que son necesarias para hacer cumplir los derechos en cuestión.

Por otra parte, estas técnicas deben ser eficientes a escala global, de modo que la protección colectiva de los derechos debería ser posible, ya sea en las jurisdicciones nacionales investidas de la potestad de juzgar el caso transnacional por medio de procedimientos colectivos justos, o incluso en tribunales supranacionales que se deberían crear, con una jurisdicción general sobre las acciones colectivas.

Teniendo en cuenta esta dimensión plural de la protección colectiva de los derechos, deben adoptarse distintas soluciones combinando los diversos factores que acabamos de esbozar, pero el estándar fundamental debe ser que las vías procedimentales deben ser imaginadas y utilizadas con el fin de coincidir con la verdadera naturaleza de las finalidades que en las diversas situaciones deben ser alcanzadas.

Entonces, por ejemplo, la compensación individual monetaria puede no ser suficiente —aun en el supuesto de que es posible en las situaciones— para sancionar violaciones masivas de derechos fundamentales, tales violaciones pueden convertirse en dinero, aunque el dinero puede ser útil en alguna medida para reducir los efectos de los daños sufridos.

¹⁵ Una posibilidad podría ser un arbitraje colectivo transnacional, al menos para las situaciones jurídicas en las que el arbitraje puede ser considerado como un medio eficaz para resolver disputas de comunicación. Ver: STRONG, “De la clase de colectivo: El De-americanización de Arbitraje de clase”. En el 26 Arb. Int. 2010, p. 493; Id., “Arbitraje Clase Fuera de los Estados Unidos: Leyendo las hojas de té”. En: *Dossier VII: Contratos de Arbitraje de la CCI, y varios participantes*. París, 2010, p. 183.

Por otro lado, los mandatos judiciales que anulan las cláusulas contractuales ilegales pueden ser útiles para proteger a la clase de los consumidores potenciales y para regular las transacciones comerciales, pero en sí mismas no compensan los daños sufridos por los consumidores. Por otra parte, deben ser introducidos en una escala transnacional mecanismos eficientes para la ejecución de resoluciones judiciales de resolución de conflictos colectivos, adaptándose esos mecanismos a la especificidad de lo que se requiere en cada situación a fin de eliminar o prevenir violaciones masivas de los derechos de cualquier clase. **¿Son estas solo sugerencias o sueños utópicos?** Tal vez, pero sin perspectivas utópicas el mundo solo puede cambiar a peor, y la protección de los derechos hará lo mismo.

VI. NOTAS PERSONALES ACERCA DE ALGUNOS TÉRMINOS O FRASES EN EL TEXTO TRADUCIDO

1. La metáfora de Arthur Miller

El profesor Arthur Miller publicó en el año 1979 un artículo en el cual describió algunos de los mitos y realidades acerca de las acciones de clase en los Estados Unidos. La metáfora consiste en que la demanda de acción de clase es percibida de dos formas, una como el monstruo Frankenstein (*Frankenstein monster*), mientras que por otro lado, como el caballero brillante (*shining knight*) que a través de la niebla aparece como el justiciero y salvador y que por lo tanto pueden traer el cambio en las reglas y percepciones de las acciones de clase.

2. Modelos y sistemas del *opt in* y del *opt out*

Siendo la protección de los derechos colectivos, a cuyos mecanismos se encuentran en construcción o definición, encontramos que no hay mucha claridad sobre los sistemas *opt in* y *opt out*, sin embargo damos algunas ideas generales.

En primer lugar en ambos casos se trata de la forma de intervención en un proceso colectivo, ya sea intervención o inclusión *opt in* o de una exclusión o desvinculación *opt out*.

En los modelos *opt in* se requiere la manifestación de voluntad expresa del sujeto para intervenir en el proceso y para que la cosa juzgada le alcance. Se trata de acumular pretensiones por daños causados o una adhesión al proceso, lo que desde ya es algo complejo, pero no imposible, dependiendo de la cantidad de personas involucradas, el alcance de la información a todos y los efectos de la sentencia.

En el modelo *opt out*, se entiende que a todo aquel que reúna determinadas características de una clase, grupo o colectivo demandante le alcanzará la cosa juzgada, salvo que expresamente opte por su exclusión. Igualmente

existe la posibilidad que sean instituciones calificadas las que representen al colectivo de personas.

A partir de estos modelos, cada país hace su propia adecuación y por eso se pueden hablar de sistemas que llamándose *opt in* u *opt out* pueden presentar particularidades propias de acuerdo a la cultura legal de cada Estado. Claro está que también se opta por sistemas mixtos adoptando las características relevantes de cada uno.

3. Punitive damage

Se traduce como daño punitivo, pero preferimos mantener su denominación original. Se trata de una compensación monetaria, adicional a la reparación fijada, que se otorga a la parte perjudicada, pero no con el ánimo reparador, sino con el propósito de sancionar civilmente al productor del daño. Lo que se persigue es disuadir la comisión de futuras conductas productoras de daños.

Hay cuestionamiento a esta compensación, primero porque se califican de cuasi-penas y luego —en el ámbito empresarial y de seguros— porque se alega que incrementan los costos negociales. Esta figura no es común en los ordenamientos jurídicos.

4. Oriented damage y politic damage

Puede traducirse como daño orientado y política orientada, pero pierde, en nuestro criterio el sentido que el autor le ha dado y que incluso ha escrito y explicado en “Some remarks on group litigation incomparaive perspective”⁽¹⁶⁾.

En el caso de *oriented damage*, a través del proceso se busca sancionar una conducta infractora a un derecho colectivo, obligando al causante a reparar al agraviado y principalmente a cambiar su conducta futura respecto a la producción de estos daños.

Oriented está en función del objetivo final, a los logros a obtener con la acción de clase y, en esa misma línea el *oriented politic* implica el cambio que se debe producir en las conductas comerciales/empresariales, institucionales y gubernamentales en general.

5. Injunctions

De común *injunction* es traducido como medida cautelar, pero esa no es su categoría. La medida cautelar es provisional y depende un proceso principal, mientras que el *injunction* es un mandato judicial que ordena a una parte hacer o abstenerse de realizar un determinado acto (o actos). *Injunction* se asemeja, aunque tampoco puede decirse que es lo mismo, a las medidas autosatisfactivas, puesto que no se requiere de la existencia de un proceso principal.

Consideramos que la acción colectiva puede ser en sí misma un *injunction* y que le podemos dar, a la repuesta inmediata, el carácter de medida autosatisfactiva.

16 Vide: <[ACTUALIDAD JURÍDICA ENERO Nº 230](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1206&context=djcil&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.pe%2Furl%3Fsa%3D%26rct%3D%26q%3Doriented%2520damages%2520michele%2520taruffo%26source%3Dweb%26cd%3D1%26ved%3D0CCIQFJAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fscholarship.law.duke.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1206%2526context%253Ddjcil%26ei%3Djc5AUJLUKo-w8AScm4C4BA%26usq%3DAFQjCNEcCPvVuxEhVncsKOeh-QOVVZ-NFQ#search=%22oriented%20damages%20michele%20taruffo%22>.</p>
</div>
<div data-bbox=)