
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos Colectivos.

Hacia su efectiva comprensión y protección

María Paz Avila Ordóñez y
María Belén Corredores Ledesma
Editoras



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Danilo Caicedo Tapia
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Esther Almeida
Christel Drapier
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del *Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social*, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador con la asistencia de las agencias del Sistema de Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del gobierno de España.

ISBN: 978-9978-92-785-4
Derechos de autor: 032327
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica,</i> Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>María Fernanda Espinosa,</i> Ministra Coordinadora de Patrimonio	
Presentación	xi
<i>José Manuel Hermida,</i> Coordinador Residente del Sistema ONU en Ecuador	
Prólogo	xiii
<i>María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma</i>	
Introducción	xv
<i>Agustín Grijalva</i>	
I. La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales	
Derechos individuales y derechos colectivos	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos	27
<i>Rainer Baubock</i>	
La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos	61
<i>Neus Torbisco Cassals</i>	
II. Derechos de las nacionalidades indígenas	
Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador	103
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado	127
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2006	147
<i>Rodolfo Stavenhagen</i>	

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2009	179
<i>James Anaya</i>	
III. Pueblo Afroecuatoriano	
Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano	217
<i>Jhon Antón Sánchez</i>	
IV. Usuarios y consumidores	
Consumidores y consumismo.	
Perspectivas de una nueva concepción	257
<i>María Paz Avila y Diva Avila</i>	
El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular	277
<i>Gustavo Lins Ribeiro</i>	
La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español	303
<i>Lorena Bachmaier Winter</i>	
V. Medio ambiente sano	
La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental.....	353
<i>Ricardo Crespo</i>	
Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales.....	363
<i>Byron Real López</i>	
VI. Acciones de protección	
Concepto de acción colectiva	415
<i>Antonio Gidi</i>	
Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil	427
<i>Antonio Gidi</i>	
El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos	457
<i>Christian Courtis</i>	
Nota biográfica de las autoras y autores	497

Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil

Antonio Gidi

Sumario:

I. La resistencia en el derecho civil a la legitimación colectiva. II. Selección del representante de grupo. III. El enfoque brasileño en la legitimación colectiva. IV. El papel de las asociaciones en la protección de los derechos de grupo. V. El papel del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo. VI. La legitimación del Ministerio Público y de las asociaciones en las acciones colectivas norteamericanas.

I. La resistencia en el derecho civil a la legitimación colectiva

Una vez que el derecho sustantivo reconoce la protección legal de los derechos de grupo, surge otro problema fundamental: ¿a quién debe reconocer la ley como poseedor de “legitimación colectiva” (*class standing*) para representar los intereses del grupo ante un tribunal?¹

1 *Standing to sue*, la doctrina expresada como *locus standi* en el *common law* es la única traducción válida del concepto del derecho civil *legitimatio ad causam*. Estos dos conceptos, sin embargo, no coinciden precisamente. Véase Parker, Douglas L., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Colum. J. Transnat’l L.*, núm. 33, 1995, pp. 259 Y 278-282 (advierte que *legitimatio ad causam* “puede ser traducido como el poder o autoridad para actuar en un procedimiento legal, o el poder de buscar una sentencia judicial sobre

Ha sido muy difícil asimilar el nuevo concepto de una demanda colectiva en los dogmas tradicionales de la ciencia jurídica procesal establecidos por los juristas. Para que los tribunales puedan proteger derechos de grupo, los sistemas de derecho civil (*civil law systems*) deben abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil, los cuales tradicionalmente han demandado la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, y que por esto no han permitido la representación de un grupo de personas².

La lucha para el reconocimiento de los derechos de grupo para la protección del medio ambiente ha sido particularmente difícil. Harald Koch da un ejemplo en el cual las focas del Mar del Norte fueron los actores en una acción contra la República Federal de Alemania porque había un grande desecho en ese mar. Las focas fueron representadas ante el tribunal por grupos

el mérito de una demanda legal”). En este artículo, en ausencia de un término mejor, la expresión “legitimación colectiva” (*class standing*) designa la clase de personas autorizadas por el derecho nacional para promover una acción colectiva que proteja los derechos de grupo.

- 2 Los países de derecho civil generalmente prohíben un juicio para proteger los derechos de terceras personas, a menos que lo permita la ley o esa persona. Véase Codice di Procedura Civile, artículo 81 (Italia); Código de Processo Civil, artículo 60. (Brasil); Cappelletti, Mauro, “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. TI, pp. 834 Y 835; Watanabe, Kazuo, “Tutela jurisdiccional dos interesses difusos: a legitirnacão para agir”, *A tutela dos interesses difusos* (Ada P. Grinover ed., 1984), p. 85; Koch, Harald, “Cross Border Consumer Complaints and the Public Interest. The German Pcrspective”, *Public Interest litigation Before European Courts* (Hans-W. Micklitz & Norbert Reich eds., 1996, pp. 427 Y 431 (“Los tribunales parecen temerosos de tener abundantes litigios de toda clase de personas, que solamente persiguen el interés de otras o el interés público... Pero parece dudoso que este riesgo sea realmente inminente y aun as?, si este no puede ser tolerado”); Scott, “Standing in the Supreme Court. A Functional Analysis”, *Harv. L. Rev.*, núm. 86, 1973, pp. 645 Y 674 (opina que “el demandante caprichoso, el diletante que litiga por mero espíritu de aventura, es un espectro que atormenta la literatura jurídica, no los tribunales”); Kotz, Hein, “Civil Litigation and the Public Interest”, *C. J. Q.*, núm. 1, 1982, pp. 237 Y 251 (opina que “las reglas tradicionales de la legitimación están basadas sobre un prejuicio que indebidamente favorece a los intereses de propiedad y otros intereses económicos que tienen los individuos, pero discrimina los intereses fragmentarios y difusos que tiene el público o grandes segmentos de éste”); Sassani, Bruno, “Définition d'intérêt collectif justifiant les différentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européenne”, *Roma e America*, núm. 5, 1998, pp. 121, 161 Y 162. Compárese la regla más liberal canadiense en Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, pp. 1263-1274 con la regla más restrictiva en los Estados Unidos, en H. Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 1988, pp. 107-156.

ambientalistas. Como se predecía, el caso fue desechado por falta de legitimación de las focas. Sin embargo, el objetivo de los grupos fue hacer pública su causa e informar a la opinión pública³.

El problema de quién debe representar a los intereses de un grupo en el tribunal puede no haber sido una grave preocupación en los primeros años del litigio colectivo en los Estados Unidos, porque el asistemático desarrollo histórico de los juicios representativos (*representative suits*) condujeron a la selección de un miembro del grupo como su representante.⁴ Sin embargo, los sistemas contemporáneos de derecho civil, al incorporar el litigio colectivo en el procedimiento civil nacional, pueden tomar en cuenta, a través de consideraciones sistemáticas y comparativas, un número de modelos que no existían en los primeros años de las acciones colectivas en el *common law*. Así, mientras los sistemas de derecho civil no son tan flexibles como los del *common law* para adaptarse a cambios y al surgimiento de nuevas situaciones, éstos pueden beneficiarse aprendiendo de los desarrollos procesales de otras jurisdicciones. En este sentido, los sistemas de derecho civil en última instancia pueden aprovecharse de su inherente resistencia al cambio⁵.

II. Selección del representante de grupo

Las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda. Atrás de cada una existe la ne-

3 Véase Koch, Harald, "Group and Representative Actions in West German Procedure"; *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal*, 1990, pp. 27, 33 Y 34; Stone, Christopher, "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects", *S. Cal. L. Rev.*, núm. 45, 1972, p. 450; Mendelson, Joseph, III, "Should Animals Have Standing? A Review of Standing Under the Animal Welfare Act", *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.*, núm. 24, 1997, p. 795; Sunstein, Cass R., "Standing for Animals (With Notes on Animal Rights)", *UCLA L. Rev.*, núm. 47, 2000, p. 1333; Note, Adam Kolber, "Standing Upright: The Moral and Legal Standing of Humans and Other Apes", *Stan. L. Rev.*, núm. 54, 2001, p. 163.

4 Véase Yeazell, Stephen, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, 1987.

5 Otros países del *common law* pueden también ser beneficiados de un modo semejante por el retraso al adoptar los procedimientos de la acción colectiva. Véase Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, 1982, t. I, pp. 279-308 (considera si los procedimientos colectivos deben ser iniciados por los miembros del grupo o por funcionarios del gobierno).

cesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes. Aunque la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto es lógicamente posterior, porque sólo después de que el legislador decida que la sentencia de grupo es obligatoria para todos los miembros ausentes él tiene que decidir quién es capaz de representar adecuadamente sus intereses en el tribunal.

Uno de los componentes más importantes de cualquier legislación de acción colectiva es determinar quién puede representar los intereses del grupo en el tribunal. Hay muchas bases para identificar un representante adecuado para los intereses del grupo. La ley puede dejar esta facultad en un individuo (sea o no miembro del grupo), en una asociación privada (esté o no previamente autorizada por el gobierno, por el juez o por sus miembros), o en el gobierno (a través de órganos o funcionarios públicos, el *ombudsman*, o del Ministerio Público).

Estas opciones no son necesariamente mutuamente excluyentes. Cada alternativa tiene tanto ventajas como desventajas, y ningún enfoque único puede lograr un sistema ideal por sí solo. Limitar la selección de la representación del grupo a sólo una de las tres alternativas puede ser más perjudicial que benéfico a la integridad del sistema, a los miembros ausentes y a los demandados. Una combinación de las tres opciones, capacitando individuos, así como a entidades públicas y privadas para tener legitimación colectiva, promueve los aspectos positivos de cada enfoque en tanto que mitiga los problemas inherentes y riesgos de los otros⁶. Las leyes brasileñas sobre acciones

6 Véase Cappelletti, Mauro, "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study", *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. II, pp. 856 y 861-865 ("creo que la lección es una de pluralismo; acción 'privada' y 'gubernamental' deben complementarse una a otra"; "la respuesta a este problema, aunque difícil de ser implementada, es combinar soluciones, fortaleciendo la actividad individual con la de las organizaciones por el interés público, además de la intervención y control del gobierno"); Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, pp. 283-287 Y 297-299 (da ejemplos en el derecho comparado de los "miles de caminos a combinar e integrar mutuamente, entre el celo partidario de los grupos de intereses privados (*public interest groups*) con el desapego, equilibrio y neutralidad de un funcionario del gobierno, cuya posición es intermediaria entre un juez y un administrador público"); Pisani, Proto, "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario", *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 263 y 274-279; véase Barbosa Moreira, "A legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro", *Temas de Direito*

colectivas han adoptado un modelo pluralista, dando legitimación a una amplia y diversa lista de entidades. Sin embargo, no hay un modelo ideal. Otras jurisdicciones, al decidir sobre la legitimación en las acciones colectivas, deben considerar las peculiaridades y necesidades de su sociedad.

III. El enfoque brasileño en la legitimación colectiva

El artículo 82 del Código brasileño del Consumidor confiere legitimación exclusiva para iniciar una acción colectiva en representación de los intereses del grupo al Ministerio Público, a la República Federal de Brasil, los estados, los municipios y al Distrito Federal, a órganos administrativos y a asociaciones privadas (organizaciones no gubernamentales). Estas entidades pueden promover una acción colectiva en forma independiente o conjunta⁷.

Adoptando la terminología legal norteamericana, la filosofía que yace en las acciones colectivas brasileñas podría ser vista como las acciones civiles públicas (*“parens patriae civil actions”*) más que como “procurador general privado” (*private attorney general*), debido a la legitimación colectiva del gobierno. Sin embargo, la doctrina brasileña sobre la acción colectiva realmente está apoyada entre estos dos conceptos, en tanto no solamente el gobierno, sino también las asociaciones privadas tienen legitimación para representar al grupo en el tribunal. Una asociación de consumidores o de ambientalistas desempeña un papel que se asemeja mucho al “procurador general privado”, como lo hace un miembro individual del grupo⁸.

Processual. Terceira Serie, 1984, pp. 184 y 185; Cappletti, Mauro y Garth, Bryant, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Effectiveness of Judicial protection and Constitutional Order. The General Reports for the vtt” International Congress on Procedural Law. Würzburg* (Walter Habscheid ed., 1983), p. 117; Kojima, Takeshi, “Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation”, *Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the U.S.A.*, núm. 3, 1990, pp. 3 y 4 (argumentan que “especialmente en el campo de los intereses difusos y colectivos, una competencia sana entre los sectores públicos y privados debe ser estimulada”).

7 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, traducido *infra*, capítulo décimo, sección 1.

8 Véase Cappletti, Mauro, “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. II, pp. 773-775 (distingue con propósitos de clasificación entre “procurador general privado individual” (*individual private attorney general*) y “procurador general privado organizacional”

El artículo 82 establece una lista exhaustiva: solamente las partes antes enumeradas –el Ministerio Público, la República Federativa de Brasil, los estados, los municipios, el Distrito Federal, los órganos administrativos y las asociaciones privadas– tienen legitimación para demandar en representación de un grupo⁹. Nuevas leyes o reformas pueden alterar esta regla general, ya sea extendiendo o restringiendo la lista de representantes. Sin embargo, por ahora los individuos, sean o no miembros del grupo afectado, carecen de legitimación para demandar a nombre de los intereses del grupo, con excepción de la limitada finalidad de la acción popular¹⁰.

Puesto que los miembros individuales del grupo no tienen legitimación para demandar en nombre del grupo, el requisito de la tipicidad (*typicality*) –común en el derecho norteamericano– no existe en el derecho brasileño. El legislador dio legitimación colectiva a entidades en reconocimiento a un interés social o comunitario de una acción colectiva y no –como en los Estados Unidos– en referencia a un interés e iniciativa individual¹¹. Haciendo esto explícitamente, el legislador brasileño también sobrepasó las

(*organizational private attorney general*). La frase “procurador general privado” (*private attorney general*) es relativamente reciente. Fue primero usada por el juez Frank en *Associated Industries, Inc. v. Ickes*, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir. 1943) (Frank J.), *vacated* 320 U.S. 707 (1943). Véase Jaffe, Louis, “The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, p. 1033 (donde usa la frase “actor ideológico”).

9 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, traducido *infra*, capítulo capítulo décimo, sección 1.

10 La acción popular es el único tipo de acción colectiva en Brasil que es realizada exclusivamente por personas privadas, pero su fin es muy limitado. La Ley de la Acción Popular da a los ciudadanos brasileños legitimación para demandar sólo por la violación de derechos políticos (nulidad de actos públicos que violan el patrimonio público, el medio ambiente, derechos históricos o de valor cultural o de moralidad en la administración pública). Véase Constitución brasileña, artículo 50., LXXIII. *Vid. supra*, nota 26.

11 Véase Homburger, Adolf, “State Class Actions and the Federal Rules”, *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971, pp. 610 y 690 (opina que “la filosofía básica de las acciones colectivas [en Estados Unidos] ha permanecido sin cambios a través de los siglos. El interés propio –la fuerza motivadora que mueve al sistema contencioso– también sostiene a la doctrina de las acciones colectivas. Podemos confiar en un hombre que ayuda a los demás si por hacerlo se ayuda a sí mismo, en particular si solamente ayudando a los otros será capaz de proteger y promover sus propios intereses. Construyendo sobre esta simple premisa, las acciones colectivas se apoyan en los instintos naturales del hombre a actuar en su mejor interés para lograr la justicia y la eficiencia procesal en el litigio de masas”); véase Degnan, Ronan, “Foreword: Adequacy of Representation in Class Action”, *Cal. L. Rev.*, núm. 60, 1972,

reglas técnicamente complejas de la legitimación creada por los tribunales sobre la legitimación de las asociaciones (*associational standing*)¹².

Por otra parte, no hay un requisito formal respecto a la representación adecuada. Esto no significa que la cuestión de una representación correcta, o la justicia para los ausentes, sea irrelevante en Brasil. Más bien, la representación adecuada no es generalmente una materia dejada a la discreción judicial. El legislador prescribió *a priori* un cierto tipo de demandantes que podían con equidad y adecuadamente representar los intereses del grupo. Así, estuvo implícito en el razonamiento del legislador que estas entidades seleccionadas representarían los intereses del grupo más justamente que lo haría uno de los miembros del grupo¹³.

Para asegurar un trato justo a los miembros ausentes del grupo, la ley brasileña exige que el Ministerio Público sea notificado de la aceptación de cualquier acción colectiva y que sea invitado a intervenir como observador¹⁴. En el contexto de la tradición del derecho civil, como una parte neutral de-

p. 705. Compárese Wouter de Vos, "Reflections on the Introduction of a Class Action in South Africa", *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg.*, 1996 pp. 639, 643 y 644 (advierte que "el representante puede también estar inclinado hacia sus propios intereses en detrimento de los otros miembros del grupo").

12 El requisito de la numerosidad (*numerosity*) también es inexistente en Brasil. Algunos sistemas requieren un grupo compuesto al menos de 2 o más miembros (Canadá), en otros por lo menos 7 o más (Australia), o 10 o más (China). En los Estados Unidos, la regla federal 23 (a)(1) exige grupos cuyo litisconsorcio sea impracticable ("el grupo es tan numeroso que la reunión de todos los miembros es impracticable") (*joinder impracticability*). El criterio adoptado en el derecho norteamericano es flexible, cuando el grupo es relativamente pequeño (20 a 40 miembros). El tribunal toma en cuenta miles de factores en la determinación de este requisito. Véase Newberg, Herbert y Cante, Alba, *Newberg on Class Actions*, núm. 1, 1992, pp. 3, 13,33 Y 45; Verner, Jimmy, Jr., "Numerosity and Federal Rule 23: How Many is Too Many?" *UMKC L. Rev.*, núm. 49, 1981, p. 312. No hay una razón forzosa, sin embargo, para la existencia de este requisito, otro que no sea la historia y la tradición de las acciones colectivas. Véase *Federal Equity Rule* 48, 1842; *Federal Equity Rule* 38, 1912.

13 *Vid. infra*, capítulo séptimo, sección V, "Cosa juzgada e insuficiencia de pruebas" (discute la representación adecuada a la luz de la producción de pruebas insuficientes).

14 Véase Ley de Acción Popular, artículos 50. y lo.; Código del Consumidor brasileño, artículo 92. Éste es un tema recurrente en las propuestas legislativas de acciones colectivas en los Estados Unidos. Véase *H. R. 5103, 96th Cong.*, 1979 y *Class Action Fairness Act, S. 353, 106th Cong.*, 1999. Sin embargo, en los Estados Unidos el único control formal sobre el representante del grupo (en la práctica, sobre los abogados del grupo) es conducido por el juez.

sinteresada, el Ministerio Público puede estar en una posición mejor que el juez para monitorear el procedimiento, evaluando la representación adecuada y protegiendo los intereses del grupo y de sus miembros¹⁵. Además, entre la amplia lista de entidades con legitimación para promover acciones colectivas, cualquiera de ellos tiene el derecho de intervenir en el procedimiento colectivo para ayudar al demandante original¹⁶. La parte interviniente puede ejercer un papel activo, incluso apelar o asumir el papel de representante si el demandante original abandona el procedimiento. Por lo menos en teoría, esto mitiga algunas preocupaciones que puedan surgir respecto a la representación adecuada. El hecho de que la legitimación colectiva esté limitada a organizaciones y entidades oficiales reduce aún más la necesidad del juez de ser activo para controlar la adecuación del representante.

La renuencia de las jurisdicciones de derecho civil para otorgar legitimación colectiva a individuos puede ser mejor entendida si se recuerdan algunas características de los sistemas de derecho civil, particularmente la falta de una barra empresarial, la existencia de la regla de que el vencido es condenado a pagar los honorarios del abogado del vencedor y las bajas cantidades otorgadas por daños y por honorarios de abogados¹⁷. En verdad, en un sistema que está considerablemente orientado a proteger al demandado (*defendant oriented*), como en los sistemas de derecho civil, la principal preocupación no es la de demandas de mala fe o chantajistas (los demandantes no tienen poder suficiente para esto), sino la representación adecuada de derechos de grupo ante el tribunal. Además, en las acciones colectivas los demandados son usualmente litigantes expertos (*repeat players*), tales como corporaciones y el gobierno¹⁸.

15 Una importante diferencia entre los sistemas norteamericano y brasileño es el papel del Ministerio Público en cuestiones no criminales. Véase "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study"; *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. n, pp. 802-808; Hazard, John, "The Role of the Ministère Public in Civil Proceedings", *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution* (John Hazard & Wenceslas Wagner eds., 1974) p. 209; Vera Langer, "Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor", *Am. J. Comp. L.*, núm. 36, 1988, p. 279.

16 Véase Gidi, Antonio, "Assistência em acões coletivas", *Código de Processo Civil. 20 años de vigencia* (Cruz e Tucci ed., 1985).

17 Véase *infra*, capítulo segundo, sección III, "El sistema brasileño de procedimiento civil".

18 Los juristas de derecho civil han sentido tan fuertemente sobre este punto que han usado el poder retórico de la metáfora literaria y bíblica. Mauro Cappelletti pregonó contra dar a los individuos

Es indudable que en el sistema estadounidense el verdadero representante de los intereses de grupo en el tribunal, y, en última instancia, el *dominus litis*, es el abogado del grupo, y no los miembros del grupo ni el representante. El abogado es abiertamente considerado como un empresario, y la acción colectiva es considerada como una inversión privada del abogado¹⁹. El representante es meramente una “llave” que el abogado necesita para abrir las puertas del tribunal. Esta realidad ha conducido al concepto intelectualmente honesto de sugerir la eliminación del miembro del grupo como un representante, dando legitimación colectiva directamente a los abogados²⁰. Sin em-

legitimación colectiva, comparándola a la batalla patética de Don Quijote contra los molinos de viento. Barbosa Moreira comparó esto a la batalla de David sin su honda. Véase Cappelletti, Mauro, “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 30, 1975, p. 361; *idem*, “La protection d’intérêts collectifs et de groupe dans le proces civil (métamorphoses de la procédure civile)”, R. I. D. e; núm. 27, 1975, pp. 571 Y 576; *idem*, “Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 191, 210-220; Barbosa Moreira, “A protecáo jurídica dos interesses coletivos”, *Temas de Direito Processual. Terceira serie*, 1984, p. 176. Estas imágenes estan fuertemente establecidas en el folklore comparativo de las investigaciones sobre las acciones colectivas en los países de derecho civil.

- 19 Véase Coffee, John Jr., “Understanding the Plaintiff’s Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions”, *Colum. L. Rev.*, núm. 86, 1986, p. 669; *idem*, “The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action”, *U. Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, p. 877; Kay Kane, Mary, “Of Carrots and Sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer”, *Tex. L. Rev.*, núm. 66, 1987, p. 385; Macey, Jonathan y Miller, Geoffrey, “Auctioning Class Action and Derivative Suits: A Rejoinder”, *Nw. U. L. Rev.*, núm. 87, 1993, p. 458.

Esta proposición es inaceptable en la tradición del derecho civil. Pero véase Note, “Class Action Litigation in China”, *Harv. L. Rev.*, núm. 111, 1998, pp. 1523, 1533-1534 Y 1536-1540 (advierte que una profesión legal dirigida al mercado (*market-driven legal profession*) puede ser esencial no sólo para aumentar el acceso a los tribunales de China, sino también para implementar el estado de derecho).

- 20 Véase Wegman Burns, Jean, “Decorative Figureheads: Eliminating Class Representative in Class Actions”, *Hast. L. J.*, núm. 42, 1990, p. 165; Macey, Jonathan, y Miller, Geoffrey, “The Plaintiff’s Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform”, *U. Chi. L. Rev.*, núm. 58, 1991, p. 1.

Este tema no es nuevo en los Estados Unidos. Fue primero examinado en 1940 por Harry Kalven, Jr. y Maurice Rosenfield. Véase Kalven, Harry, Jr. y Rosenfield, Maurice, “The Contemporary Function of the Class Suit”, *U. Chi. L. Rev.*, núm. 8, 1940, pp. 684, 718 y nota 98 (opinan que “el requisito de que exista un cliente inicial [representante] parece anacrónico, porque el grupo es el cliente real, y la situación no se ajusta completamente a las nociones ortodoxas de la relación cliente-abo-

bargo, en la práctica, esta facultad tan extensa del abogado en la acción colectiva ha conducido a abusos y ha generado una hostilidad acentuada al litigio colectivo por parte de los tribunales, las empresas y los medios de comunicación. Una reciente reacción legislativa en el derecho federal norteamericano del mercado de valores de 1995 (Private Securities Litigation Reform Act), trata de quitar parte del poder de los abogados para dárselo de nuevo al representante²¹.

gado ... El problema surge naturalmente ¿por qué no permitir al abogado promover una acción colectiva sin un cliente inicial [representante]?) Véase Comment, "Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, pp. 889 Y 903 (" el cliente es, en realidad, el grupo").

Sin embargo, desgraciadamente, los tribunales y juristas norteamericanos no han aprendido aún esta lección. Varios libros (libros de casos, tratados y publicaciones profesionales) continúan considerando a las acciones colectivas como un medio de reunión de partes (*joinder device*) o acción representativa (*representative action*), estudiándolas junto con el litisconsorcio, intervención y agregación de partes. El origen del error está en las mismas leyes norteamericanas (*Federal Rules of Civil Procedure*), las que incluyen a las acciones colectivas en el capítulo sobre "partes". (Véase *Federal Rules of Civil Procedure*, capítulo IV, reglas 17-25). Una de las pocas excepciones es Friedenthal, Kane & Miller, *Civil Procedure*, 1999 (que trata a las acciones colectivas en un capítulo separado sobre "procedimientos especializados").

Tal vez porque la evolución de la acción colectiva ha sido un proceso largo, asistemático y lento en los Estados Unidos, que ha ocurrido durante varios siglos, los norteamericanos realmente nunca han captado totalmente que la naturaleza de las acciones colectivas es que constituyen una rama separada del procedimiento civil, con su propia esfera, y diferente del litigio individual. En consecuencia, los norteamericanos siempre tienen el confort de ver a las acciones colectivas solamente como otra acción representativa o, lo que es peor, como casi un litis consorcio (*joinder device*). Más de medio siglo ya ha pasado desde que Kalven y Rosenfield advirtieron por primera vez que "el grupo es el verdadero cliente". Esta vieja y bastante obvia lección puede aun ser considerada por algunos como revolucionaria y no ortodoxa. Véase Shapiro, David, "Class Actions: the Class as Party and Client", *Notre Dame L. Rev.*, núm. 73, 1998, pp. 913 y 960 (que dice que "el lector de este ensayo puede ver las ideas en este artículo como una ruptura radical de nociones tradicionales, o en otro extremo, como justamente una descripción de acontecimientos que han estado haciéndose ... Si nosotros aceptamos la noción que el grupo mismo es –o por lo menos debería ser– el demandante y el litigante representado, estaremos en una mejor posición de hablar sobre los cambios que son necesarios [para que la acción colectiva realice su total potencial], y los problemas institucionales que deben ser confrontados al intentar implementar esos cambios").

- 21 Wright, Miller y Kane, *Federal Practice and Procedure*, núm. 7B, 2a. ed., Pocket Part n° 1806; Weiss, Elliott y Beckerman, John, "Let the Money Do the Monitoring: How Institutional Investors Can Reduce Agency Costs in Securities Class Actions", *Yale L. J.*, núm. 104, 1995, p. 2053; Burbank, Stephen, "The Class Action in American Securities Regulation", *ZZPInt*, 1999, p. 4.

La literatura norteamericana, sin embargo, ha reconocido ya que los más efectivos supervisores de los abogados de grupo son con frecuencia organizaciones que no son miembros del grupo, pero que tienen un interés especial en el tema del litigio²². Por otra parte, “una organización con experiencia podría dar al juez toda la información que necesita para entender las consecuencias de sus decisiones; en verdad, una organización probablemente sería más capaz de dar esta clase de información que un individuo cuyas preocupaciones estuviesen centradas solamente en sus intereses inmediatos”²³.

Tal vez, la representación adecuada no está completamente regulada en las leyes brasileñas de las acciones colectivas porque los derechos individuales de los miembros del grupo no deben comprometerse si la sentencia judicial está contra los intereses del grupo²⁴. Además, no debe haber cosa juzgada en lo absoluto si la acción no tiene éxito debido a la insuficiencia de pruebas²⁵. En el último caso, la misma acción colectiva puede intentarse de nuevo si es presentada con nuevas pruebas²⁶. Sin embargo, aunque los derechos individuales de los miembros del grupo puedan no estar implicados si la sentencia es contraria a los intereses del grupo, un nuevo litigio de un derecho transindividual (difuso y colectivo) estaría impedido por la cosa juzgada, impidiendo una segunda acción colectiva en protección al mismo derecho del grupo²⁷. El legislador brasileño erró al no fijar guías que expresamente dieran poder a los jueces para que activamente evaluaran la representación adecuada en cada caso.

22 Véase Wegman Burns, Jean, “Decorative Figureheads: Eliminating Class Representative in Class Actions”, *Hast. L. J.*, núm. 42, 1990, pp. 165 y 196 (opina que “a diferencia de muchos individuos privados, [las organizaciones] a menudo tienen la sofisticación y los recursos financieros para supervisar un litigio por muchos años”). Véase Farole, Donald, Jr., *Interest Groups and Judicial Federalism*, 1988 (que discute la importancia de los grupos organizados de intereses [organized interest groups] en el proceso judicial norteamericano).

23 Véase Parker, Douglas L., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Colum. J. Transnat’l L.*, núm. 33, 1995, pp. 259, 312 Y 316 (opina que “hay un riesgo de que las demandas de una persona lesionada sea tan peculiar que pueda realmente engañar al tribunal sobre los efectos de su sentencia”).

24 Véase *infra*, capítulo séptimo, “Cosa juzgada”.

25 Véase *infra*, capítulo séptimo, sección V, “Cosa juzgada e insuficiencia de pruebas”.

26 *Idem*.

27 La reglamentación de la cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas es bastante compleja e interesante, y será desarrollada más completamente adelante. Ver *infra*, capítulo séptimo, “Cosa juzgada”.

De acuerdo con la opinión predominante en Brasil, lo que es realmente importante es que el representante sea una de las entidades autorizadas por la ley²⁸. En consecuencia, la ausencia de una representación adecuada de los intereses del grupo en el procedimiento no afecta a la cosa juzgada en la acción colectiva brasileña²⁹. Algunos juristas opinan que el juez esté prohibido de evaluar la adecuación de la representación³⁰. Una vez otorgada y firme la sentencia colectiva, ésta sólo puede ser anulada por medio de un procedimiento independiente para revisión de sentencias firmes limitado a reglas muy estrictas (*acao rescisória*)³¹.

Es perturbante que la representación adecuada, la clave del debido proceso en las acciones colectivas norteamericanas, sea regulada en Brasil tan débilmente³². Es un miedo en general que los jueces de derecho civil no tengan el poder, la inclinación o la capacidad profesional de examinar la representación adecuada en cada caso³³. Aunque es difícil de hacerlo, el control de la adecua-

28 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, traducido *infra*, capítulo décimo, sección 1.

29 Véase Grinover, Ada P., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, pp. 805 Y 806.

30 Véase Nery, Nelson Junior, y Nery, Rosa, *Código de Processo Civil comentado*, 1997, p. 1137; Arruda Alvim et al., *Código do Consumidor comentado*, 1995, pp. 381 Y 382.

31 Véase Código de Proceso Civil brasileño, artículos 485-495 (*acao rescisória*). El juicio debe estar fundamentado sobre bases muy estrechas (fraude, error, nuevas pruebas descubiertas, etcétera) y debe ser comenzado dentro del plazo de dos años. Después de que expire este periodo, todas las irregularidades procesales, injusticias e ilegalidades son consideradas muertas. Este procedimiento es el equivalente funcional de la regla 60(b) del procedimiento norteamericano.

32 Véase Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, p. 304 (considera que la representación adecuada es un instrumento para un nuevo concepto social o colectivo del debido proceso, adaptado a conflictos masivos). Comment, "Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, p. 889; Comment, "The Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions Under Federal Rule 23", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 123, 1975, p. 1217.

33 Véase Cappalli, Richard y Consolo, Claudio, "Class Actions for Continental Europe: A Preliminary Inquiry", *Temple Int'l & Comp. L. J.*, 1992, pp. 217 y 291 (observan que los jueces italianos y tal vez aun otros del continente europeo, serían "absolutamente incapaces de cumplir de un modo creíble las mismas funciones que el juez norteamericano", incluyendo la evaluación de la adecuación del representante). Véase Giussani, Andrea, *Studi sulle "class actions"*, 1996, pp. 371 y 387. Compárese Koch, Harald, "Group and Representative Actions in West German Procedure"; *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal*, núm. 27, 1990, pp. 34 y 35 (da ejemplos de los tribunales alemanes que evaluaron la representación adecuada en acciones colectivas); Cooper, Edward, "Class-Action Advice in the Form of Questions".

ción de la representación de los intereses de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial. El papel desempeñado por los jueces de derecho civil puede diferir sustancialmente del desarrollado por los jueces del *common law*. Sin embargo, esto no significa necesariamente que los jueces de derecho civil sean incapaces de ejercer algún control sobre la representación adecuada, especialmente si están apoyados por otros medios³⁴.

Un anteproyecto de ley sobre acción colectiva que fue propuesto en Brasil había dado a los jueces la facultad de controlar la representación adecuada en cada caso. Este anteproyecto nunca fue promulgado, pero ofrecía una mejor solución a los problemas inherentes a las acciones colectivas que la ley que fue promulgada posteriormente por el legislador³⁵.

Esto significa en la práctica que el representante puede litigar pobremente, o aun peor, perder el caso intencionalmente. Los intereses de los miembros ausentes del grupo pueden ser mal representados o ser víctimas de fraude. Sin embargo, los miembros ausentes no deben estar obligados por los actos de una representación inadecuada. La misma noción de una “representación inadecuada” debe ser vista como una contradicción en sus términos: una inadecuada representación es una no-representación. En consecuencia, aunque la legislación de la acción colectiva brasileña no aborda este tema, y aun no sea la opinión general entre los juristas brasileños, yo sugiero que una representación incompetente de los derechos del grupo por un representante debe ser considerada como una violación al debido proceso legal garantizado por la Constitución brasileña³⁶. En tales circunstancias, el

Duke J. Comp. Int'l L., núm. 11, 2001 (opina que la “participación y control individual pueden indicar un punto donde los sistemas inquisitoriales de derecho civil (*inquisitorial*) tienen ventaja sobre el sistema contencioso del *common law* (*adversarial*). Cada aumento en el nivel de responsabilidad del juez para dirigir y definir el litigio reduce la importancia de la participación de las partes y de los intereses en conflicto. Con el tiempo, las acciones colectivas pueden demostrar ser más adaptables a los sistemas de derecho civil que a los del *common law*, que las crearon”).

34 Algunos de estos medios pueden incluir una selección legislativa cuidadosa de categorías de representantes; previa acreditación administrativa de asociaciones privadas y notificación al Ministerio Público, a otras asociaciones interesadas y a algunos miembros ausentes. Estos medios son discutidos en este ensayo en otra sección.

35 Véase Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas No. 3,034/1984, reproducido en *A tutela dos interesses difusos* (Ada P. Grinover ed., 1984), p. 189.

36 Véase Constitución brasileña, artículo 50., LIV (“Ninguna persona será privada de su libertad o de su propiedad sin el debido proceso legal”).

tribunal debe desechar el caso. Si el tribunal no lo hace e inadvertidamente decide sobre el fondo del caso, la sentencia no debe tener efectos de cosa juzgada³⁷.

IV. El papel de las asociaciones en la protección de los derechos de grupo

La ideología política tradicional del derecho civil generalmente mira hacia el gobierno para la protección del interés público³⁸. Sin embargo, hay un sentimiento creciente, de que como el gobierno tiene conocimientos y recursos limitados, no sería deseable ni posible asegurarle una representación adecuada de algunos intereses de grupo en el tribunal³⁹. Puesto que el legis-

37 Véase Gidi, Antonio, “A representacáo adequada nas acóes coletivas brasileiras. Urna Proposta”, *RePro*, núm. 108, 2002, p. 61 (presentación dirigida a las IV Jornadas de Direito Processual Civil en Fortaleza, 8 de agosto de 2001).

38 La regla no es diferente en el enfoque tradicional del *common law*. Véase *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1977] 3 WLR 300 (“es un principio fundamental del derecho inglés que los derechos privados pueden hacerse valer por individuos, pero que los derechos públicos sólo pueden ejercitarse por el Procurador General (*Attorney General*) como representante del público. En términos del derecho constitucional los derechos del público están radicados en la Corona, y el Procurador General los aplica como un funcionario de la Corona”). Esta es la base de las “*relator actions*” inglesas, en las que “una persona debe primero obtener el consentimiento del Procurador General para promover ciertas acciones a su nombre, y evitar así interferencia con un derecho público, evitar un percaence público, u obligar la realización de un deber público”. Véase Sir Jack Jacob, *The Fabric of the English Civil Justice*, 1987, p. 81; Harlow, Carol y Rawlings, Richard, *Pressure Through Law*, 1992, pp. 144 Y 145; Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, 2000, pp 133-142; Vera Langer, “Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 36, 1988, p. 279. Pero véase Sir Jack Jacob, *The Fabric of the English Civil Justice*, 1987, p. 81 (opina que la práctica de las *relator actions* en Inglaterra “debería extenderse para permitir que tales acciones sean promovidas sin el previo consentimiento del Procurador General cuando una persona puede mostrar que tiene suficiente interés en el procedimiento, apliamente interpretado”).

39 Véase Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the vti*” *International Congress on Procedural Law. Würzburg*, Walter Habscheid ed., 1983, pp. 117 Y 130 (opinan que las agencias del gobierno han limitado recursos y ellas frecuentemente permanecen dependientes del gobierno en el poder). Véase más recientemente Afialo, Ari, “Towards a ‘Common Law’ of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and Standing to Litigate Diffuse Interests in the European

lador brasileño determinó que las acciones colectivas estarían mal representadas si esta responsabilidad recayera en un miembro del grupo, la mejor opción fue que las leyes sobre acciones colectivas atribuyeran legitimación a las asociaciones privadas⁴⁰.

Para asegurar la representación adecuada y preservar los derechos del grupo, las asociaciones deben tener un programa bien definido. En consecuencia, una asociación debería poder promover una acción colectiva solamente para proteger intereses esencialmente relacionados con los fines institucionales establecidos en sus estatutos⁴¹. Por ejemplo, una asociación de protección al consumidor puede promover una acción colectiva de consumidores; en principio no tendría legitimación (“interés legal” en la terminología del derecho civil) para presentar una acción de protección al medio

Union”, *Suffolk Transnat'l L. J.*, núm. 22, 2000, pp. 349 Y 371-376 (opina que dejar el cumplimiento de las leyes ambientales de la Comunidad Europea al gobierno resultaría en su inaplicabilidad); Leal, Márcio, A?, <'ies coletivas: história, teoria e prática, 1998, p. 131.

40 Véase Sassani, Bruno, “Définition d'intérêt collectif justifiant les différentes action enjustice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européennnc”, *Roma e America*, núm. 5, 1998, pp. 121, 147 y 148 (opina que atribuir legitimación colectiva a las asociaciones privadas es 10 menos problemático y la técnica más fructífera para las acciones colectivas, y advierte que es la técnica elegida por las directivas de la Comunidad Europea y por las leyes nacionales que las siguen).

41 Véase Barbosa Moreira, “Acões coletivas na Constituição Federal de 1988”, *Revista de Processo*, núm. 61, 1991, pp. 187 y 191; Milarê, Édís, “A acão civil pública em defesa do ambiente”, *Acao civil pública. Reminiscencias e reflexoes após de: anos de aplicacão* (Édis Milarê ed., 1995), pp. 193, 248 y 249; Araújo Filho, Luiz, *Acaos coletivas: a tutelajurisdiccional dos direitos individuais homogêneos*, 2000, pp. 95-97; Mancuso, Rodolfo, *Acao civil pública*, 2000, pp. 50-61; Fidélis dos Santos, Emame, “Mandado de seguranca individual e coletivo. Legitimacão e interesse”, *Ajuris*, núm. 28, 1995, pp. 25 Y 33; Mazzilli, Hugo, *A defesa dos interesses difusos em juizo*, 20001, p. 223. Compárese Nery, Nelson, Junior y Nery, Rosa, *Código de Processo Civil comentado*, 1997, p. 1138 (opinan que expresar provisiones en los estatutos no es necesario: la existencia de una política práctica que apoye la protección de estos intereses debería bastar para su legitimación colectiva). Las leyes brasileñas, sin embargo, no son claras en esta materia.

Véase Thewes, Marc, “Les actions en justice des groupements en droit comparé”, *Annales du Droit Luxembourggeois*, núm. 5, pp. 39, 48, 58, 61, 66, 70, 73, 80 (expone que en Europa las leyes sobre acciones colectivas claramente requieren que los estatutos expresamente asignen a la asociación el objetivo de proteger los derechos de sus miembros); el Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 1048, autoriza que personas legales, cooperativas y asociaciones soliciten el papel de representantes cuando uno de sus miembros sea también uno de los miembros del grupo y el juicio se proponga proteger intereses relacionados con “los fines por los cuales fue constituida esa persona”).

ambiente o a los derechos humanos. La misma regla aplica a los sindicatos, los cuales son asociaciones en la ley brasileña; los sindicatos pueden proteger solamente el trabajo y los derechos de los trabajadores en áreas que ellos representan por su especialidad.

Las asociaciones son consideradas los representantes naturales de los derechos de grupo, no en virtud de sus propias declaraciones en sus estatutos, sino porque existe una correspondencia natural entre el carácter *transindividual* del derecho que se exige ante el tribunal y la necesidad de un representante *transindividual*⁴². Más aún: las asociaciones deben estar autorizadas a iniciar acciones colectivas no porque representen los intereses de sus miembros, sino porque ellas a menudo pueden conservar aquellos derechos de grupo más efectivamente que los propios individuos⁴³.

Una vez que una asociación inicia una acción colectiva en Brasil, el fin de la representación no se limita a proteger los derechos de sus propios miembros. Más bien los derechos que disfruta el grupo entero deben ser protegidos en la acción, y así todos aquellos perjudicados por el demandado a quien se le imputa una conducta ilegal serán representados en la acción colectiva⁴⁴. Todos los miembros del grupo, sean o no miembros de la asociación que inicia un litigio, serán beneficiados del fallo y vinculados por la cosa juzgada. En consecuencia, es necesario distinguir entre “miembros del grupo” y “miembros de la asociación”: un miembro del grupo puede ser o no ser miembro de la asociación actora, y un miembro de la asociación puede ser o no ser un miembro del grupo. Por ejemplo, el miembro de una asociación actora de una acción colectiva no será miembro del grupo a menos que esté perjudicado por la conducta ilegal que se alegue del demandado. Igualmente, el miembro de un grupo lesionado por la conducta del demandado puede que jamás haya sido un miembro de la asociación.

42 Véase Antunes, Luís, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para urna legitimacáo procedimental*, 1989, pp. 26 Y 27; Cresti, Marco, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, 1992, p. 59; Mancuso, Rodolfo, A,ao civil pública, 2001, p. 101.

43 Véase Koch, Harald, “Group and Representative Actions in West Germany Procedure”; *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative in Montréal*, 1990, pp. 27 Y 34 (opina que el interés público en otorgar una protección efectiva a los derechos de grupo es tan fuerte que el control no debería dejarse a la aplicación indirecta por los individuos).

44 Véase Gidi, Antonio, Coisajulgada e litispendencia em a,oes coletivas, 1995, p. 128; Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, p 724.

En contraste con la tendencia de Brasil y de algunos países europeos, la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió en *Sierra Club v. Morton* que para tener legitimación una asociación debe alegar que ya sea ella o alguno de sus miembros han sido o podrían ser lesionados por la conducta del demandado⁴⁵. De acuerdo con el caso *Sierra Club*, un mero interés propio de la organización (*organizational interest*) y la constante preocupación por la protección de los recursos naturales, sumado a una larga experiencia con litigios, es insuficiente para dar legitimación a la asociación como representante del interés público en una acción colectiva ambiental⁴⁶.

Ciertamente, el dar una amplia legitimación colectiva a las asociaciones no puede ser una opción en los Estados Unidos aun a través de la legislación. En *Lujan v. Defenders of Wildlife*, la Suprema Corte pudo haber cerrado las puertas de los tribunales cuando sostuvo que el Congreso no podía conceder constitucionalmente legitimación a una asociación para demandar sin alegar daño específico a la asociación o a sus miembros (*injury in fact*)⁴⁷.

45 Véase *Sierra Club v. Morton*, U. S. núm. 405, 1972, p. 727. Alan Wright, Charles, *Law of Federal Courts*, 1994, p. 74; Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction* 2d 3531.1, p. 370 Y nota 52 (advierde que en *Sierra Club* el tribunal desaprobó algunas sentencias de tribunales inferiores que reconocieron legitimación sobre la base de un interés propio de la organización en problemas de protección al medio ambiente o a los consumidores (associational standing). No obstante, la sentencia reconoció que las asociaciones tienen legitimación para proteger los intereses de cualquiera de sus miembros, incluso daños de carácter no económico, como uso para recreación o apreciación estética. Así *Sierra Club* podría simplemente corregir la demanda y alegar que alguno de sus miembros fueron, de hecho, perjudicados por el demandado).

46 Véase *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

47 Véase *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 112 S.Ct., núm. 112, 1992, p. 2130. Compárese la ley italiana sobre la protección al medio ambiente (*legge 8 luglio 1986* n. 349, artículos 13 y 18) (la cual da legitimación a las asociaciones que buscan anular judicialmente en tribunales administrativos actos del gobierno que dañen al medio ambiente, independientemente de cualquier alegato sobre daño específico a la asociación o a sus miembros).

Para un análisis comparativo sobre las leyes de legitimación norteamericanas e italianas, que tienen relación estrecha con el objeto de este ensayo, véase Parker, Douglas L., "Standing to Litigate 'Abstract Social Interests' in the United States and Italy: Reexamining 'Injury in Fact'", *Colum. J. Transnat'l L.*, núm. 33, 1995, p. 259 (considera que la ley italiana que da legitimación a asociaciones como representantes del interés público es más avanzada que el derecho norteamericano y propone cambios en éste). El tema no es nuevo, ni la conclusión es original. Véase Grines, Warren, "Control of Advertising in the United States and Germany: Volkswagen Has a Better Idea", *Harv. L. Rev.*, núm. 84, 1971, pp. 1769 Y 1800 (opina que el sistema alemán de dar legitimación a las asociaciones

Por otra parte, sospechando del litigio privado en interés público, el legislador brasileño otorgó legitimación colectiva solamente a asociaciones que se habían establecido legalmente al menos por un año. La razón de esta regla (de efectividad dudosa) era la de favorecer organizaciones que tuvieran una duración efectiva en la protección de derechos de grupo y la de prevenir tanto el abuso contra los demandados como el perjuicio contra los miembros ausentes. Sin embargo, para permitir cierta flexibilidad, el artículo 82, párrafo primero, autorizó a los jueces, en casos de evidente interés social, a dispensar el requisito de la creación previa, y permitió que una asociación *ad hoc*, establecida después de los hechos, presentase una acción colectiva⁴⁸.

Más aún, para facilitar el acceso a la justicia y al contrario de la tendencia en Europa, una asociación no necesita estar previamente autorizada, reconocida o certificada por el gobierno antes de que se le permita promover una acción colectiva. Sólo requiere satisfacer los dos criterios legales generales de haber sido creada previamente y correspondencia entre los derechos protegidos y sus fines institucionales. Existe un elemento peligroso oculto en esta

como representantes del interés público debería ser adoptado en los Estados Unidos); Owens, Jon, "Comparative Law and Standing to Sue: A Petition for Redress for the Environment", *Env'tl. Law*, 2001, p. 321 (comenta sobre las ventajas de varios sistemas extranjeros, sugiere una aplicación más amplia a la doctrina de la legitimación en los Estados Unidos y sugiere que la Suprema Corte de los Estados Unidos reduzca sus restricciones sobre legitimación para permitir mayor acceso a los tribunales a aquellos que buscan justicia por violaciones al derecho público). Véase Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, pp. 298 Y 299; Guinchard, Serge, "L'action de groupe en procédure civile française", R. I. D. e; núm. 42, 1990, pp. 599, 613-626 y 632-635 (nota que en ausencia de una ley escrita, en principio el derecho francés no otorga legitimación a asociaciones para promover acciones en protección del interés público. Sin embargo, hay una tendencia para aceptar este tipo de acciones); Thewes, Marc, "Les actions en justice des groupements en droit comparé", *Annales du Droit Luxembourgeois*, núm. 5, 1995, p. 39 (describe las "acciones de asociaciones" en el derecho francés, belga, luxemburgués, alemán y suizo); Afalo, Ari, "Towards a 'Common Law' of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and Standing to Litigate Diffuse Interests in the European Union", *Suffolk Transnat'l L. J.*, núm. 22, 2000, p. 349 (opina que la Corte Europea de Justicia debería desarrollar precedentes sobre la legitimación de asociaciones en la Unión Europea); Jaffe, Louis, "The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, p. 1033 (opina que un "actor ideológico" (*ideological plaintiff*) no es incompatible con el requisito de una real controversia entre las partes (*case or controversy*) en el derecho constitucional norteamericano).

48 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 82, párrafo primero, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

regla liberal que no fue previsto por el legislador. En primer lugar, no todas las asociaciones representan intereses sociales legítimamente. En segundo término, los requisitos legales para establecer una asociación son mínimos. Para crear legalmente una asociación la ley exige solamente que dos personas lo acuerden. En tercer lugar, la ley no exige que la asociación reciba una autorización previa de la asamblea general de sus miembros para promover la acción colectiva. Esta situación da a los directores de la asociación la facultad de olvidar los intereses de los miembros y de actuar para su beneficio personal o por motivos políticos. Al haber creado los medios procesales por los cuales las asociaciones, como la anterior, pueden tener legitimación colectiva, el legislador perjudicó el mecanismo de la acción colectiva.

No existe un control de la representación adecuada en el sistema brasileño⁴⁹. Para funcionar eficientemente, las leyes brasileñas sobre acciones colectivas presuponen que una asociación simboliza los intereses de su comunidad. Como los funcionarios de la asociación no necesitan obtener una previa aceptación del gobierno ni la autorización de los miembros de la asociación para iniciar una acción, existe un riesgo creciente de abuso que puede perjudicar a los miembros del grupo y al demandado. La única limitación a las acciones de los funcionarios es que en casos de litigios de mala fe las asociaciones y sus funcionarios responsables de iniciar la acción colectiva son ambos responsables de los honorarios de los abogados, de una multa limitada y de los daños⁵⁰. Estas penas pueden ser efectivas en casos en que la asociación o los funcionarios tengan suficiente dinero para pagarlos. Sin embargo, no es factible que esto sea una amenaza efectiva porque solamente tipos muy limitados de mala conducta constituyen “litigios de mala fe”⁵¹.

En un esfuerzo por disminuir el uso del litigio colectivo por razones políticas, en especial con el fin de protestar contra políticas impopulares o de

49 *Vid. supra* capítulo sexto, sección III, “Enfoque brasileño sobre legitimación colectiva” (opina que se requiere un más rígido control de la representación adecuada en la cláusula del debido proceso en la Constitución brasileña).

50 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 87.

51 Véase *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness* (Michele Taruffo ed., 1999); Stuart Clark, S. y Harris, Christina, “Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001 (discute la regla australiana que permite a los demandados solicitar “órdenes para cobrar gastos a los abogados de los actores en circunstancias en que se ha considerado que la acción colectiva ya comenzada no tenía probabilidades de triunfo”).

obstruir acciones gubernamentales impopulares, el gobierno federal de Brasil recientemente promulgó una legislación que restringió la legitimación colectiva de las asociaciones. Las nuevas reglas exigen una autorización previa de la asamblea de los miembros cuando la acción colectiva es promovida contra el gobierno⁵². La regla que requiere autorización de los miembros de la asociación no es por sí misma objetable. Sin embargo, podría violar el principio de igualdad establecido en la Constitución Federal, porque esta regla se aplica solamente en las acciones colectivas contra el gobierno. En consecuencia, esta regla puede ser considerada inconstitucional y no ser aplicada por los jueces⁵³.

Una solución a los problemas antes mencionados puede ser limitar la legitimación colectiva a asociaciones previamente acreditadas por el gobierno (*government accreditation*)⁵⁴. En un procedimiento administrativo breve el gobierno evaluaría la capacidad, independencia, seriedad y representatividad de la asociación (en una palabra, su “adecuación”). La ley crearía diferentes niveles de “representatividad” para casos de diferentes objetos: asociaciones locales, regionales y nacionales podrían tener legitimación para promover acciones colectivas locales, regionales y nacionales.

Sin embargo, este enfoque es problemático, porque el gobierno es constantemente demandado en Brasil en las acciones colectivas. En consecuencia, el proceso de acreditación debería estar libre de interferencia política, y las decisiones no deberían ser discrecionales, sino más bien reguladas por requisitos objetivos tales como el número de los miembros de la asociación, el tiempo en que fue creada, el propósito altruista de la organización, el carácter

52 Véase Medida Provisória n. 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999.

53 *Vid. supra*, capítulo tercero, sección UI, “La acción colectiva brasileña: una generación posterior” (discute el sabotaje del gobierno brasileño a la regla de la acción colectiva).

54 Ésta es la regla actual, por ejemplo, en Francia, Loi Royer, artículo 46, ley n. 73-1193 de Dec 27, 1973 y Décret n. 90-235, March 16, 1990, JCP 1990, Éd. G., III, 63718, e en Italia, legge 30 luglio 1998, n. 281, article 50. (acciones colectivas del consumidor) y legge 8 luglio 1986, n. 349, artículo 13 (acciones colectivas del medio ambiente). En estos países el gobierno tiene una lista de asociaciones acreditadas. Una detallada relación de la práctica francesa de *agrèments administratifs* se encuentra en Borè, Louis, *La dèjense des intèrêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, 1997, pp. 64-82. La práctica italiana es discutida por Parker, Douglas L., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Colum. J. Transnat’l L.*, núm. 33, 1995, p. 259.

democrático de sus deliberaciones y elecciones, la fuente de sus ingresos, su historia de activismo político, social y legal, etcétera. La acreditación podría ser en forma temporal y renovable, o permanente y revocable por causa justa.

Requisitos legales como éstos deberían ser suficientemente estrictos para excluir representantes inadecuados de los derechos de grupo, pero no deberían serlo tanto como para limitar la prerrogativa de presentar acciones colectivas a unas pocas asociaciones estrechamente vinculadas al gobierno. Si los requisitos para acreditación son estrictos, esto puede reducir el número de asociaciones autorizadas, fortaleciendo el poder de pocas y ultimadamente separarlas de sus miembros individuales. Esas entidades pueden desarrollar una vida propia y llegar a ser centros de poder y opresión tan caprichosas y excesivas como aquellos cuerpos contra los cuales las acciones colectivas han sido creadas para combatir⁵⁵.

En circunstancias excepcionales, como en un caso urgente, o cuando no hay otra asociación que pudiese presentar la acción, la previa acreditación por parte del gobierno puede ser pospuesta o dispensada por los tribunales. Esta práctica sería especialmente importante durante los primeros años de tal régimen de regulación, cuando pocas asociaciones estuviesen acreditadas, pero declinaría en importancia cuando las asociaciones se hiciesen de una mayor fuerza y una forma más estable de organización social en Brasil⁵⁶. Otro ejemplo en el cual la acreditación del gobierno podría ser particularmente importante es cuando el grupo estuviese compuesto de extranjeros y la asociación, siendo una entidad extranjera, no estuviese acreditada en la jurisdicción⁵⁷. Cuando el juez dispense la acreditación del gobierno, el juez debe

55 Véase Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, pp. 297 y 298 (precave que "sindicatos, partidos políticos, empresas nacionales y transnacionales y organizaciones profesionales pueden llegar a ser centros temerosos de opresión tanto contra sus miembros como contra terceros").

56 Con la misma forma de razonar, los requisitos para ser acreditado por el gobierno pueden ser liberales en los primeros años y restringidos después de que un número suficiente de asociaciones ya están acreditadas.

57 Este problema es particularmente grave en la Unión Europea. Véase Kessedjian, Catherine, "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 33, 1997, pp. 281 Y 283-285; Sassani, Bruno, "Définition d'intérêt collectif justifiant les différentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européenne", *Roma*

proveer una acreditación *ad hoc* de la asociación, examinando más de cerca la representación adecuada en cada caso.

La “acreditación del gobierno” (*gouernment accreditation*) anteriormente descrita, común en Europa, debe distinguirse de la “certificación del tribunal” (*court certification*), común en la práctica estadounidense. Ambos sistemas son instrumentos de control de la representación adecuada. Sin embargo, mientras que la “certificación del tribunal” concierne a la conducta del representante en un litigio específico, la “certificación del gobierno” es genérica: la asociación está acreditada como un “representante adecuado”, independiente de la existencia de un litigio concreto. Como Douglas Parker comenta correctamente, una vez que una organización ha sido aceptada por el gobierno como una organización privada de interés público, esta certificación le da carta blanca para demandar la protección de los intereses establecidos en sus estatutos⁵⁸. Esta medida se distingue además del sistema de “certificación gubernamental” de las *relator actions* inglesas en las cuales una autorización del Procurador General es esencial para que una persona o asociación pueda promover una demanda.

Sin embargo, una forma de certificación o acreditación no excluye necesariamente a la otra. El hecho de que una asociación esté acreditada por el gobierno no la autoriza a representar inadecuadamente los intereses del grupo en el tribunal. El juez debe retener el poder de controlar la representación adecuada en cada caso específico, aunque la certificación previa del gobierno haga el control judicial de la representación una tarea considerablemente más fácil.

e America, núm. 5, 1998, pp. 121 y 123-125; Cabrera Acevedo, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 1993, pp. 211, 215, 217, Y 234 (advierte que la violación de derechos de grupo tiende a tener efectos globales y a violentar las fronteras nacionales). Pero véase Faulk, Richard O., “Armageddon Through Aggregation: The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution”, *Class Action litigation Report*, núm. 10, 2001, p. 362 (critica el abuso de acciones colectivas internacionales con efectos extraterritoriales de los tribunales norteamericanos y opina que “el uso de instrumentos colectivos de responsabilidad por los Estados Unidos u otra nación para resolver demandas de litigantes no residentes extranjeros, representa una gran intrusión en las políticas sociales y culturales internas de otros Estados soberanos”. Yo estoy de acuerdo).

58 Véase Parker, Douglas L., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Colum. J. Transnat’l L.*, núm. 33, 1995, pp. 259 Y 296.

Además, la autorización previa de los miembros de la asamblea de la asociación debe ser obligatoria antes del inicio de cualquier acción colectiva que ésta lleve acabo⁵⁹. El tribunal puede posponer tal autorización en casos urgentes; por ejemplo, cuando la prescripción negativa esté cerca, o en caso de medidas provisionales. Sin embargo, dados los fines saludables de esta medida, la autorización de los miembros no debe ser dispensable.

V. El papel del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo

Aunque varias acciones colectivas se han promovido por asociaciones privadas bajo las nuevas leyes, el Ministerio Público (estatal y federal) ha jugado un papel protagonista en la protección de derechos de grupo en Brasil. El Ministerio Público ha propuesto importantes acciones colectivas para prohibir conductas ilegales o abusivas contra grupos donde el “interés social” ha estado en juego⁶⁰. Esta realidad desafía la teoría de Mauro Cappelletti de que

59 Esta sugerencia no se refiere a la autorización por los *miembros del grupo*, sino más bien a una autorización por los miembros de la asociación que deben aprobar la propuesta de los funcionarios de promover una acción colectiva por medio de un voto mayoritario.

60 La mayoría de las acciones colectivas presentadas en Brasil son promovidas por el Ministerio Público como actor. En todas las otras ocasiones el Ministerio Público es necesariamente notificado, e interviene en la acción en defensa de la legalidad (*custos legis*). Véase Herman Benjamin, Antonio, “A implementaçáo da legislaçáo ambiental: o papel do Ministério Público”, *Dano ambiental, prevençáo, reparaçáo e represso* (Antonio Herman Benjamin ed., 1993), pp. 360 Y 371; Herman Benjamin, Antonio, “Group Action and Consumer Protection in Brazil”, *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie ed., 1992), pp. 141 y 153 (opina que a diferencia de sus colegas europeos, el Ministerio Público brasileño ha jugado un papel agresivo en la protección de los derechos de grupo); Ferraz, Antonio, “Acáo civil pública, inquerito civil e Ministério Público”, *Acao civil pública. 15 anos* (Édis Milarê ed., 2001), p. 84; Nery, Nelson Junior, “O Ministério Público e as acões coletivas”, *Acao civil pública. Reminiscencias e reflexoes após de: anos de aplicaçáo* (Édis Milarê ed., 1995), p. 356; Findley, Roger, “Pollution Control in Brazil”, *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988, pp. 1 y 66; Carneiro, Paulo, *Acesso a justica-juirados especiais civeis e aedo civil pública*, 1999.

Un atento observador no se perdería de la ironía de que, en la experiencia brasileña sobre acciones colectivas, uno de los demandados más frecuentes es el gobierno, y el actor más frecuente es el Ministerio Público (gobierno). Es una extraña situación, en la cual la misma parte que viola los derechos de grupo también los reivindica ante el tribunal.

el Ministerio Público no se adaptaría a su nuevo papel de “guardián efectivo de los nuevos y emergentes intereses colectivos”⁶¹.

El éxito del Ministerio Público al asumir este nuevo papel social ha ampliado considerablemente su poder político como una institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de “cuarto poder” del gobierno. Este fenómeno ha evocado un agrio criticismo por parte de algunos jueces, litigantes, juristas y observadores sociales. Los críticos observan

61 Véase Cappelletti, Mauro, “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti & Weisner ed., 1979), t. II, pp. 774, 775 Y 783-787 (opina que “barreras casi insuperables de organización, educación y psicológicas están en el camino del Ministerio Público para que pueda ser el representante efectivo de los nuevos intereses colectivos emergentes”). El autor advierte que uno de los más relevantes obstáculos para la protección de los derechos de grupo por el gobierno es el hecho de que el Ministerio Público no tiene una especialización adecuada, está sujeto a la interferencia política y frecuentemente no tiene suficientes empleados y fondos. Véase Cappelletti, Mauro, “La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le proces civil (métamorphoses de la procédure civile)”, *R. I. D. C.*, núm. 27, 1975, pp. 571 y 576-580; *idem*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, pp. 275-278; Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processola legiuimazlone ad agire*, 1979, p. 235 et seq.; Vescovi, Enrique, “Tareas del Ministerio Público en el proceso civil”, *Towards a Justice with a Human Face* (Marcel Storme & Hélène Casman eds., 1978), pp. 459 Y 471-482. Compárese Pisani, Proto, “Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 276 (argumentando a favor de dar legitimación al Ministerio Público para promover acciones colectivas, después de una restructuración interna).

Las objeciones de Cappelletti, sin embargo, no se pueden aplicar al Ministerio Público brasileño. Véase Ferraz, Antonio *et al.*, *A caoa civil pública e a tutela jurisdiccional dos interesses difusos*, 1984, pp. 62 Y 72. Mauro Cappelletti concede este punto en su publicación más reciente. Véase Cappelletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle societa contemporanee*, 1994, pp. 87, 88, 109 y 110 (nota que “es posible que las razones de un éxito limitado de dar legitimación colectiva al Ministerio Público no sean aplicables en el mismo grado al Ministerio Público brasileño, especialmente después de su independencia política [del Ejecutivo y del Legislativo] que fue garantizada [en la Constitución brasileña] y porque muchos departamentos especializados en el litigio colectivo fueron organizados en el Ministerio Público a lo largo del país. Debe quedar claro, sin embargo, que la independencia y la especialización son los dos requisitos absolutamente necesarios para que esta solución tenga éxito”). Véase Findley, Roger, “Polution Control in Brazil”, *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988, pp. 1, 44, 45, 66 y 67 (describe que los miembros del Ministerio Público brasileño están “relativamente bien remunerados, forman un grupo apolítico de abogados de carrera con poderes de investigación sustanciales y un fuerte deseo de trabajar para el interés público ... Todos estos abogados tienen una posición estable en el servicio civil y no pueden ser removidos por razones políticas”). Sin embargo, el Ministerio Público brasileño no es apolítico.

que este poder debilita la doctrina democrática de gobierno, porque los miembros del Ministerio Público son empleados públicos no funcionarios electos. Otros resienten la atención que la institución recibe de los medios de información. Esta crítica se intensifica por acusaciones de que algunos funcionarios abusan de sus poderes y promueven acciones colectivas por razones de publicidad personal y por el deseo de llamar la atención.

Los miembros del Ministerio Público brasileño fueron participantes activos en el comité que redactó las leyes de las acciones colectivas. Ellos son también los más activos representantes y los juristas con más autoridad en la interpretación de la legislación sobre acciones colectivas. Es preocupante que tengan influencia considerable en darle forma a la ley y a los precedentes que intentan limitar su propio poder⁶².

Por otra parte, la participación activa del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo ha sido esencial para la evolución de las acciones colectivas en Brasil en todos aspectos, especialmente en la redacción y promoción de la legislación, en el desarrollo de precedentes y en la elaboración de comentarios académicos. Tan aguda actividad gubernamental es manifestación de una sociedad apática y desorganizada. A diferencia de Francia y los Estados Unidos, por ejemplo, la sociedad brasileña carece de una madurez estructural en sus asociaciones y en los grupos organizados de intereses (*interest groups*)⁶³. Con la expansión y desarrollo de las asociaciones en

62 No es sorprendente que las leyes, los precedentes y el debate académico den al Ministerio Público una especie de "trato preferente". Las acciones colectivas en Brasil son identificadas estrechamente con el Ministerio Público. El debate sobre el papel del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo parece ser el tema que se encuentra más frecuentemente en la literatura especializada. En un libro reciente, publicado en conmemoración del decimoquinto aniversario de la primera ley brasileña sobre acción colectiva, seleccionando estudios de los más prominentes juristas de Brasil, 17 de los 28 autores son o han sido miembros del Ministerio Público, incluyendo al editor. Véase *Acao civil pública. Lei 7.347/1985. 15 anos* (Édis Milaré ed., 2001), p. 19. La cantidad de veces que el libro ha sido citado en este ensayo es indicativo de su importancia en la academia brasileña.

63 Véase *Consumer Legislation in France. A Study Prepared for the EC Commission* (Jean Calais-Auloy ed., 1981), p. 2 y 3 ("Las asociaciones disfrutan de enorme popularidad en Francia, estando adaptadas, como lo están, a la defensa de toda clase de intereses colectivos ... De hecho, en años recientes, hay pruebas de un fuerte movimiento de asociarse de parte de ciudadanos individuales ..."); Welch, Susan *et al.*, *American Government*. 1990, pp. 124-155 ("En los Estados Unidos, desde frutas a nueces, todo está organizado. Desde cultivadores de manzanas a productores de limas, cada interés tiene

Brasil (desde una perspectiva organizacional y financiera), la sociedad en su conjunto puede jugar un papel más activo en la protección de los intereses de grupo⁶⁴. En última instancia, las asociaciones son las protectoras de los derechos de grupo por excelencia y sería políticamente erróneo colocar esta responsabilidad exclusivamente en los hombros de los funcionarios públicos. Actualmente existen más incentivos legales, sociales y políticos para desarrollar las asociaciones en Brasil. Queda por ver si la sociedad brasileña será más activa en la protección de los derechos de grupo⁶⁵.

VI. La legitimación del Ministerio Público y de las asociaciones en las acciones colectivas norteamericanas

Comparar las acciones colectivas de Brasil y de los Estados Unidos no es simple. Inicialmente, puede parecer que en los Estados Unidos sólo los miembros

una organización que lo representa y estas organizaciones tocan todos los aspectos de nuestras vidas"); Farole, Donald, Jr., *Interest Groups and Judicial Federalism*, 1988, p. XI (argumenta que "un número de importantes derechos desarrollados en este siglo son resultado de campañas de litigio por grupos organizados de interés [*organized interest groups*]").

Aunque esto pueda ser un desarrollo reciente en Francia, ello ha sido siempre una característica tradicional de la sociedad norteamericana. Compárese Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, pp. 296 y 297 (explica una desconfianza ideológica que viene desde la Revolución francesa de los *corps intermédiaires*, que fueron "organizaciones intermediarias entre el individuo y el Estado, las que fueron identificadas con la estructura feudal del *ancien régime*"), y Greve, Michael, "The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law", *Cornell Int'l L. J.*, núm 22, 1989, pp. 197 y 236-239 (argumenta que la experiencia con el totalitarismo en Alemania puede haber conducido a una desconfianza ideológica en la legitimación de las asociaciones) con Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America* (Harvey Mansfield & Delba Winthrop eds., 2000) (observa que en el siglo XIX, "los norteamericanos de todas las edades, en todas las etapas de la vida y todos los tipos de disposición están siempre formando asociaciones").

64 Los intereses laborales en Brasil, sin embargo, están altamente organizados en asociaciones de trabajo llamados "sindicatos".

65 Véase Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendencia em acoes coletivas*, 1995, p. 36; Fernandes, Edesio, "Defending Collective Interests in Brazilian Environmental Law: An Assessment of the 'Civil Public Action'", *Rev. Eur. Cmty. & Int'l Env'tl. L.*, núm. 4, 1995, pp. 253 y 254 (anota que previo a la promulgación de las leyes de acciones colectivas en Brasil, las asociaciones (organizaciones no gubernamentales) fueron meros grupos de presión, pero la nueva legislación reconoció su legitimidad para promover la protección de los derechos de grupo ante los tribunales).

del grupo tienen legitimación para ejercer una acción colectiva a nombre de todos los demás en una situación semejante. Esto puede ser considerado como la regla general, pero no como la única forma para proceder en una acción colectiva aun en los Estados Unidos.

La doctrina *parens patriae* es una justificación tradicional en los Estados Unidos para conferir legitimación al gobierno para proteger los intereses públicos ante un tribunal. Esta doctrina no se limita a las acciones colectivas. Ella confiere legitimación a los estados norteamericanos para promover acciones para proteger los intereses de sus residentes. Los tribunales norteamericanos, sin embargo, interpretan este principio limitadamente, confinándolo a la protección de intereses públicos fundamentales. Además, sólo los estados –no los municipios– tienen legitimación, y el estado debe tener un interés independiente en la controversia. Además, la acción está limitada a litigios declarativos y órdenes de hacer y no hacer (injunción), y los estados no pueden reclamar daños, a menos que estên explícitamente autorizados por la ley⁶⁶.

Para poder superar la interpretación restrictiva adoptada por los tribunales estadounidenses, el gobierno federal de los Estados Unidos promulgó en 1976 una ley que autoriza al Ministerio Público de los estados (*State Attorneys General*) a promover acciones colectivas por daños en representación de los residentes de los estados. La autorización está limitada, sin embargo, a la violación de leyes antimonopolios (*antitrust laws*)⁶⁷. En 1978 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos sometió al Congreso Federal una propuesta ambiciosa para dar legitimación al gobierno federal para iniciar o para intervenir en cualquier acción colectiva sobre controversias de cuantía menor (*small claims class actions*)⁶⁸. Sin embargo, esta propuesta fue archivada

66 Véase Wright, Miller & Kane, *Federal Practice and Procedure: Civil*, núm. 7B, 2a. ed., 1986, pp. 63-67; Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction*, núm. l3A, 2a. ed., n. 3531.11, 1984; Newberg, Herbert, y Conte, Alba, *Newberg on Class Actions*, núm. 1, 1992, pp. 3-174 y 3-175.

67 Véase 15 U.S.C.A. 15cl5h (West, 2000).

68 Véase S. 3475, 95th Cong., *Congo Rec.* 27859 (dai1y ed. August 25, 1978), p. 124; H. R. 5103, 96th Congo (1979). La propuesta, no obstante, fue limitada a acciones colectivas por daños, y ordenaba una notificación al Ministerio Público Federal (*United States Attorney General*) en vez de notificación a ausentes y derecho a optar por salir. Véase United States Department of Justice, *Bill commentary. The Case for Comprehensive Revision of Federal Class Damage Procedure*, 1979, pp. 36-

y olvidada, tal vez porque ella habría reducido las oportunidades de los abogados de actores (*plaintiffs' bar*) o tal vez porque habría sido una irritación para las corporaciones estadounidenses durante una época de recesión⁶⁹.

En circunstancias limitadas el derecho norteamericano da a los sindicatos o a las organizaciones una “legitimación de asociaciones” (*associational standing*) para promover acciones colectivas que protejan los intereses de sus miembros sin necesidad de reclamar daños de sus propios intereses⁷⁰. Esta práctica no está expresamente autorizada por la regla 23, y es generalmente ignorada por los juristas de las acciones colectivas. Sin embargo, Herbert Newberg y Alba Conte subrayan la importancia de que una organización intervenga en una acción colectiva por múltiples razones, tales como para aumentar su poder psicológico y poder de negociación (*bargaining power*). Esta práctica es común, especialmente en el litigio sobre derechos civiles (*civil rights litigations*)⁷¹.

Al contrario de lo que sucede en los Estados Unidos, el Código de Procedimientos Civiles de Quebec expresamente otorga autoridad a algunas personas legales, cooperativas y asociaciones para promover acciones colectivas⁷². Estas entidades pueden solicitar el tener una posición representativa cuando uno de sus miembros es miembro del grupo y la acción está intentando proteger los intereses relacionados con “los objetivos para los cuales la persona legal fue constituida”⁷³.

40; Berry, Stephen, “Ending Substance’s Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action”, *Colum. L. Rev.*, núm. 80, 1980, p. 299; Weiss, Patricia L., Note, “Reforming Federal Class Action Procedure: An Analysis of the Justice Department Proposal”, *Harv. J. on Legis.*, núm. 16, 1979, p. 543; Miller, Arthur, “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem”, *Harv. L. Rev.*, núm. 92, 1979, pp. 664 Y 684-963.

69 Véase más recientemente, Brunet, Edward, “Improving Class Action Efficiency by Expanded Use of Parens Patriae Suit and Intervention”, *Tulane L. Rev.*, núm. 74, 2000, p. 1919.

70 Véase más recientemente, Brunet, Edward, “Improving Class Action Efficiency by Expanded Use of Parens Patriae Suit and Intervention”, *Tulane L. Rev.*, núm. 74, 2000, p. 1919.

71 Véase Newberg, Herbert & Conte, Alba, *Newberg on Class Actions*, núm. 1, 1992, pp. 2-73-77 y 3-177-179.

72 Véase Quebec’s Code of Civil Procedure, artículo 1048. Una regla semejante se encuentra en la British Columbia Class Proceedings Act, S.2(4).

73 Véase Quebec’s Code of Civil Procedure, artículo 1048.

La certificación de acciones colectivas pasivas (*defendant class actions*) con una asociación como representante del grupo demandado es también común en los Estados Unidos. En *Thillens, Inc. v. Community Currency Exchange Association of Illinois*, el tribunal no vaciló en permitir a una asociación funcionar como el representante, incluso contra la objeción de la asociación y de los miembros del grupo demandado⁷⁴. El tribunal razonó que puesto que los miembros del grupo habían acordado previamente que la asociación representaría sus intereses, no había razón para que ella no fuera considerada como una adecuada representante en una acción colectiva pasiva. En ese caso la asociación no solamente estuvo bien respaldada económicamente por sus miembros, sino que también tenía experiencia en litigar a nombre de ellos en los tribunales⁷⁵.

⁷⁴ Véase *Thillens, Inc. v. Community Currency Exchange Association of Illinois*, United States District Court, Northern District of Illinois, *F. D. R.*, núm. 97, 1983, p. 668. Véase Note, "Defendant Class Actions", *Harv. L. Rev.*, núm. 91, 1978, pp. 630, 645, n. 81 y 656; Parsons, Peter y Starr, Kenneth, "Environmental Litigation and Defendant Class Action: The Unrealized Viability of Rule 23", *Ecology L. Q.*, núm. 4, 1975, pp. 881 y 911-913; Conte & Newberg, *Newberg on Class Actions*, núm. 1, 1992, pp. 4-225.

⁷⁵ Véase *Thillens, Inc. v. Community Currency Exchange Association of Illinois*, United States District Court, Northern District of Illinois, *F. D. R.*, núm. 97, 1983, p. 668.