

colegio de abogados

departamento judicial de la corte

MAURO CAPPELLETTI

BRYANT GARTH

EL ACCESO A LA JUSTICIA

EL ACCESO
A LA JUSTICIA



342.722

C 16

13140

© 1998 CALP
S. de V. G. de

MAURO CAPPELLETTI

Doctor en Derecho (Universidad de Florencia, Italia, 1952). Doctor en Derecho honoris causa en las Universidades de Aix-Marseille (Francia) y Gand (Bélgica). Profesor de Derecho en la Universidad de Stanford (EE. UU.), jefe del Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto Universitario Europeo. Miembro extranjero de la Real Academia de Bélgica y de la Academia Británica. Presidente de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas (1983).

BRYANT GARTH

Doctor en Derecho (Universidad de Stanford, EE. UU., 1975). Secretario para investigaciones en el Centro Florentino de Estudios Comparados. Profesor de Derecho en la Universidad de Montreal.

Mauro Cappelletti - Bryant Garth

EL ACCESO A LA JUSTICIA

MOVIMIENTO MUNDIAL
PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS
INFORME GENERAL.

Colegio de Abogados del Departamento
Judicial de La Plata

1983

TÍTULO DEL ORIGINAL:

Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report, Separata de: Access to Justice, vol. I: A World Survey edited by Mauro Cappelletti and Bryant Garth. Book 1. Leyden, London and Boston, A. W. Sijthoff International Publishing Company, B. V.; Mink, Dord. A. Gulfed editore, 1978, 124 p.

Traducción del inglés por el Abogado Samuel Ansel.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA
BIBLIOTECA
Nº de Inventario: 4340
Fecha: 28/01/1995
Dedicación: Fundación Jus



© Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata,
Argentina, 1983.
Impreso en la Argentina.
Queda hecho el depósito legal.

*Las más ricas fuentes de todos
los descubrimientos científicos
son la compasión y la relación.*

FEUERBACH

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PLATA

Consejo Directivo

Presidente: ENRIQUE P. BASLA
Vicepresidente 1º: ALFREDO V. J. SANUCCI
Vicepresidente 2º: FELIPE P. VILLARO
Secretario General: ARIEL R. BOCHATON
Tesorero: LUIS A. SALESSI
Protesorero: OSVALDO A. FESTA

Vocales titulares: AUGUSTO C. SANTI
JUAN P. AIGE
EKEL R. OVIEDO
EDUARDO F. RUESTA
ANDRES R. CALONJE
CAYETANO A. GRELA

Vocales suplentes: MIGUEL A. ABDELNUR
EDUARDO FORTEL
JORGE E. MODROA
CARLOS A. REGUERA
SUSANA A. CEPEDA
DOMINGO DANIEL
CARLOS E. ORICCHIO

Tribunal de disciplina:

Presidente: RAUL S. CARO BIELLI
Vicepresidente: RUTH I. DIAZ
Secretario: EDUARDO AVELLEIRA

Vocales titulares: FRANCISCO MANCUSO
NICOLAS A. NITTI

Vocales suplentes: ANIL E. BARTOLOME
JOSE C. SANTI
JORGE O. FERRINO
BERNABE M. FIORINCINO
MARIO B. STRATICO

PRESENTACION

La visita del profesor MAURO CAPPELLETTI a nuestro país con motivo del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, en octubre de 1981, marcó sin lugar a dudas un hito trascendente en el procesalismo argentino, por la hondura y vigor de su pensamiento comprometido y, sobremanera, por su humana sensibilidad, apreciada por todos quienes tuvieron la dicha de compartir con él aquellos inolvidables días.

Discípulo dilecto de PIERO CALAMANDREI y heredero, por derecho propio, de la vieja escuela italiana de derecho procesal, CAPPELLETTI es hoy abanderado indiscutido de muchos de las modernas concepciones que, enraizadas en los postulados de aquella, han servido para recrear y revitalizar una disciplina jurídica tan esencial para la efectiva vigencia de los derechos y garantías de las personas, imperativo supremo de la República democrática.

En las más altas cumbres de su inteligencia, CAPPELLETTI dirigió una colosal investigación conocida como el "Proyecto florentino sobre el acceso a la justicia". Resultado de esa labor colectiva e interdisciplinaria —participaron más de un centenar de juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, politicólogos y psicólogos de unos treinta países, representantes de seis continentes— realizada con métodos histórico-comparativo y sociológico, y al cabo de cinco años de tarea, ha sido la publicación que concluyera en 1979 de cuatro demás volúmenes, en seis tomos.

Se trata de un vasto emprendimiento internacional que partiendo de la concepción del moderno "Estado social" y sus deberes, analiza —por un lado— los obstáculos jurídicos, económicos, político-sociales, culturales y psicológicos que dificultan o aún

imposibilitan a muchos el uso del "sistema jurídico" y el acceso al aparato jurisdiccional y, consecuentemente, la virtualidad misma de la garantía de la "igualdad". Garantía que no puede considerarse agotada en una pura e ideal perfección jurídica, sino que por encima de ello exige ahora una "igualación" en concreto, lo que CALAMANDREI calificó como imperativo de la "nivelación social del proceso". Ello supone un esfuerzo activo del Estado para tornar la igualdad —y de hecho la misma libertad— accesible para todos. A esto último tiende la indagación informativa y crítica que la investigación contiene —en otra parte— de los esfuerzos que en diversos países y según postulados tan caros a la Democracia Social, se llevan contemporáneamente a cabo para superar o atenuar los estúpidos obstáculos. Finalmente, como corolario, la descripción de las grandes tendencias evolutivas comunes que se descubren en el derecho comparado.

El vasto movimiento por el acceso a la justicia, que abarca todas las áreas en que la persona se realiza como tal, se expresa en el campo jurisdiccional a través de sucesivas "oleadas" reformadoras. A una primera que intenta superar los impedimentos de la pobreza, sigue otra que tiende a asegurar la tutela efectiva de ciertos derechos e intereses, propios de las modernas sociedades industriales, caracterizados por su fragmentariedad —intereses "difusos", típicamente colectivos— y que plantean profundas diferencias, en relación a los clásicos derechos subjetivos, en punto a la legitimación de las partes y sus responsabilidades, los procedimientos, las potestades judiciales y aún los efectos mismos de la sentencia. Por fin, el fenómeno del "gigantismo jurisdiccional", inevitable consecuencia del así ensanchado acceso y de los correlativos mayores poderes-deberes del órgano, genera la tercera y más reciente y compleja "oleada", traducida en múltiples tentativas encaminadas a obtener fines diversos, aunque estrechamente interconectados: simplificación e informalismo; empiezo de formas conciliatorias y promoción de un tipo de justicia "coexistencial" en el ámbito de las relaciones "de duración"; descentralización, control y participación activa de los propios interesados en la decisión de los conflictos ("desprofesionalización"); y, en general, remediar y superar la excesiva burocratización, el apego a formalismos inconducentes y dispendiosos, las complicaciones

procedimentales y su natural secuela de retardo e inútiles costos, que caracterizan en la mayoría de las latitudes a la justicia tradicional.

Labor monumental y apasionante por sus reveladores resultados, de la que el ensayo que se publica —obra de los profesores CAPPELLETTI y GARTH— constituye a un mismo tiempo investigación preliminar y sintético resumen de las conclusiones de la misma.

La difusión de esta obra entre nosotros, y en general en el horizonte latinoamericano, ha de coadyuvar seguramente al perfeccionamiento de nuestros —por tantos motivos— disfuncionales y deficitarios sistemas de justicia. Se ofrece así a los juristas, y especialmente a los legisladores que orientan la política judicial, cuantiosos datos de experiencia y probados modelos de reforma de significativa relevancia que deberán ser tenidos en consideración —desde luego, sin perjuicio de los necesarios análisis de factibilidad en atención a las propias experiencias vernáculas— en cualquier iniciativa que intente la modificación sustancial —que eso es lo que se requiere— del actual estado de cosas, que impone perentoriamente hacer más accesible al pueblo el derecho y la justicia.

La Revista del Colegio de Abogados de La Plata testimonió a través de sus páginas, en su momento, la presencia del profesor CAPPELLETTI en la Casa de los abogados plateros; oportunidad en que, precisamente, disertara sobre el "Acceso a la Justicia". Recuerdo imperecedero para todos quienes asistieron a aquella memorable jornada —universitarios y abogados de Argentina y de América— que se recrea, ahora, con esta nueva publicación.

La traducción de la obra que hoy ofrecemos al estudio —como todo el laboreo traductoril, en general— presenta múltiples dificultades, agravadas aquí por las propias particularidades de la temática y las que, adicionalmente, para nosotros, plantea la lengua inglesa de origen. Han transcurrido poco más de tres años desde el viaje final de nuestro querido maestro don SANTIAGO SENTÍS MELLENDO —difusor también de importantes obras de CAPPELLETTI— quien tan grandemente contribuyera a la cultura jurídica hispanoamericana, y ya se hace patente entre nosotros un

gran vacío por el déficit en la labor de traducción, que aquí cubriera con sapiencia y galanura durante cuatro décadas.

De ahí la justicia que lleva resaltar el mérito singular que cabe a quien asumiera la traducción castellana —la primera difundida en nuestra lengua— de "El acceso a la justicia", el Dr. SAMUEL AMARAL, miembro de este Colegio, quien no sin ardua fatiga ha sabido superar los escollos anotados, brindándonos una versión ágil y original, en la que no faltan las ajustadas notas de interpretación, imprescindibles para posibilitar la mejor comprensión de la obra.

El Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de La Plata, que programara la edición por especial encargo del profesor CAPPELLETTI, manifiesta su más expreso reconocimiento a la labor del traductor y a los propios autores, quienes posibilitaron desinteresadamente la concreción de este volumen que presentamos a los lectores de Argentina e Iberoamérica. Lo hacemos en el convencimiento de que se contribuye, así, a la gran empresa en marcha de la integración cultural latinoamericana —otra sabia idea que CAPPELLETTI auspiciara entre nosotros— imperativo insoslayable de la hora de nuestros pueblos.

ROBERTO O. BERIZONCE
Instituto de Derecho Procesal
Colegio de Abogados de La Plata

La Plata, mayo de 1983.

TABLA DE CONTENIDO

Presentación	9
Advertencias del Traductor	15
Introducción	17
I. Evolución del concepto sobre el acceso a la justicia	19
II. Significado del derecho al efectivo acceso. Obstáculos a superar:	
A) Las costas del juicio. 1. Cuantías. 2. Los juicios de menor cuantía. 3. Tiempo. B) Ventajas personales de las partes. 1. Situación económica. 2. Posibilidad de conocer el derecho y defenderlo en juicio. 3. Litigantes "ocasionales" y "habituales". C) Problemas específicos de los intereses difusos. D) Los obstáculos al acceso. Conclusión preliminar y factor complicante	23
III. Aspectos prácticos de los problemas del acceso a la justicia:	
A) Primera etapa: La asistencia jurídica a los pobres. 1. Sistema judicial. 2. Sistema de defensa oficial. 3. Sistemas mixtos. 4. La asistencia jurídica; su extensión y límites. B) Segunda etapa: La representación de los intereses difusos: 1. Tesis de la intervención del Estado. 2. Tesis del "procurador general privado". 3. Tesis de la "acción popular grupal". a) Primer aspecto de la reforma: La admisión de grupos. b) Segundo aspecto de la reforma: Más allá de los grupos organizados. i) Las "acciones acumuladas", las "acciones de interés público" y los estadios jurídicos que se ocupan de éste. ii) La "memoria pública". c) Solución pluralista o mixta. C) Tercera etapa: del acceso a la legitimación procesal hacia un concepto amplio del acceso a la justicia. Nuevo enfoque del acceso a la justicia	38

IV. *Proyecciones del enfoque del acceso a la justicia:*

- A) Generalidades sobre la reforma de los procedimientos judiciales. B) Creación de medios alternativos para resolver los conflictos. 1. El arbitraje. 2. La conciliación. 3. Los incentivos económicos. C) Instituciones y procedimientos especiales: 1. Procedimientos especiales para juicios de menor cuantía. a) Generalización de la accesibilidad. b) Igualdad de las partes. c) Cambio de mentalidad de los jueces. d) Simplificación de las normas. e) Las reformas a los juicios de menor cuantía y el acceso a la justicia. Algunas conclusiones. 2. Tribunales vecinales o populares. 3. Tribunales especiales para las demandas de los consumidores. a) Sistemas más persuasivos que coercitivos. Solución intermedia. b) Intervención arbitral privada. c) Intervención estatal. 4. Organos especializados para hacer valer otros nuevos derechos: a) Conflictos por contaminación ambiental. Los experimentos japoneses de 1970. b) Conflictos de locación. El *Rentalman* canadiense. c) Conflictos de locación. El Tribunal de Viviendas de la ciudad de New York. c) Conflictos de derecho administrativo. La proliferación del *Ombudsman*. d) Conflictos individuales de trabajo. La reforma italiana de 1975. D) Cambios en los sistemas de prestación de los servicios jurídicos. 1. Admisión de los "cuasi-profesionales". 2. Desarrollo de los planes de prestación de los servicios jurídicos por medio de los sistemas mutual y de convenio. E) Simplificación del derecho 84

V. *Limitaciones y riesgos del enfoque del acceso a la justicia.*

<i>Conclusión final</i>	179
<i>Apéndice. Notas del Traductor</i>	185

ADVERTENCIAS DEL TRADUCTOR

1. Forma:

1.1. No es ésta una traducción estrictamente literal, puesto que de haberlo sido, habida cuenta de las diferencias lingüísticas entre el inglés y el castellano, hubiera resultado ininteligible, pero se ha respetado el estilo de los autores.

1.2. La profunda y conocida falta de concordancia institucional entre los sistemas jurídicos angloamericano, desde el cual está escrito el trabajo traducido, y el continental europeo, que es el de los lectores de la traducción, ha obligado a efectuar continuas adaptaciones (Conf.: RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, trad. del alemán por Fernando Vela, Madrid, Revista de Occidente, 1958, pp. 17-18).

2. Características:

2.1. El subrayado mediante la letra *bastardilla* destaca la o las palabras que corresponden a la traducción castellana, pero conforme al propósito del original.

2.2. Las palabras puestas entre comillas son traducciones literales por faltar la equivalencia institucional en el derecho de la zona lingüística a la cual se traduce.

2.3. También figuran entre comillas las adaptaciones castellanas de los modismos usados en la lengua traducida.

2.4. Las palabras puestas entre corchetes son agregados del traductor para completar el sentido de las frases cuando por sí mismas no lo tendrían.

2.5. Los títulos de las citas bibliográficas, que asimismo van en las notas entre corchetes, han sido traducidos de manera aproximativa, para dar una idea del contenido de los trabajos, por no habérselos podido tener a la vista.

2.6. El orden de las noticias bibliográficas de los asuntos que figuran en las notas es el de las normas internacionales, para facilitar la lectura y comprensión en castellano.

3. Material de referencia:

De principal manera se ha tenido en cuenta el siguiente, cuya nomenclatura es, por supuesto, breve y sumaria:

3.1. BLEDEL, Rodolfo Pablo Federico, *Fuentes bibliográficas para el estudio del derecho angloamericano*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1940, 89 p. (Extractos del Boletín mensual del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, XXIII).

3.2. EGBERT, Lawrence Doerns y MORALES-MACEDO, Fernando, *Multilingual Law Dictionary: English, Français, Español, Deutsch*. Alphen aan den Rijn, Sijthoff; Dobbs Ferry, N. Y., Oceana Publications; Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, 551 p.

3.3. RABASA, Oscar, *El derecho angloamericano: Estudio expositivo y comparado del "Common Law"*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1944, 667 p.

3.4. ROSS, L. A., *Dictionary of Legal Terms: Spanish-English & English-Spanish*, 3rd. printing, New York, 1966.

La Plata, Argentina, diciembre de 1982.

Abogado SAMUEL AMARAL.

INTRODUCCION *

Ningún aspecto de los modernos sistemas legales está a salvo de la crítica. Incesantemente se pregunta ahora a qué precio y para beneficio de quién funcionan realmente esos sistemas.

Se creía que la consideración de esos problemas era propia de los abogados, pero si bien inquietan a juristas, jueces y profes-

* El presente ensayo tiene por objeto servir de investigación preliminar a éste y demás volúmenes de las series del "Proyecto de Florencia para el acceso de la justicia". Por tanto, los materiales que figuran en este volumen y en los próximos han sido ampliamente utilizados aquí.

El tema de este ensayo ya ha sido tratado en dos trabajos publicados con los auspicios del "Proyecto de Florencia": CAPPELLETTI, M., J. GONZALEZ y E. JOHNSON (hijo), *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies* [Hacia una justicia igualitaria: Estudio comparativo de la asistencia jurídica en las sociedades modernas], Milán, Giuffrè, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1975; CAPPELLETTI, M. y J. A. JOLOWITZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation* [El interés público de las partes y la función activa del juez en el procedimiento civil], Milán, Giuffrè; Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1975.

Una versión preliminar fue presentada con motivo del 50º aniversario del Instituto Max Planck de Derecho Comparado de Hamburgo, y publicada en: *Rechts Zeitschrift*, v. 40 (1976), pp. 669-717.

Los autores expresan su gratitud al profesor NICOLÒ TRONCETTI, de la Universidad de Siena, quien colaboró en esta versión, especialmente por lo que se refiere a los materiales alemanes.

También agradecen a las numerosas personas que leyeron o hicieron útiles comentarios sobre un proyecto de esta segunda versión, de especial manera al profesor ABOLF HOJANSONEN (Pace University, N. Y., y SUNY, Buffalo, N. Y.), como asimismo al profesor P. O. BOLTONO (Universidad de Lund, Suecia), juez ANDERS BRUGZELTUS (Suecia), profesor JAN HELA-

sionales, lo cierto es que ha sufrido una invasión sin precedentes de parte de los sociólogos, antropólogos, economistas, políticos y psicólogos.

No debemos oponernos a esa invasión. Más aún, tenemos que admitirla y hacemos cargo de sus planteos. La crítica que se hace a nuestros sistemas, desde otras ciencias sociales, puede ayudarnos en la etapa actual de una larga lucha histórica: la del "acceso a la justicia". Es esta lucha, reflejada en nuestros modernos sistemas legales, lo que constituye el propósito principal de este *Informe General*, concretado en el proyecto-tipo de "acceso a la justicia" que lo acompaña.

Hay que reconocer que la expresión "acceso a la justicia" no es fácilmente definible, pero ella es útil para referirnos al principio fundamental de todo sistema jurídico: que el pueblo pueda ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado.

En primer lugar, el sistema legal debe ser igualitariamente accesible a todos, y en segundo lugar, estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo.

Ahora trataremos el primer aspecto, o sea el "acceso", pero también tendremos en cuenta el segundo, porque es un principio básico de justicia social —tal como se la entiende en las sociedades modernas— que el "acceso" sea prácticamente posible.

Este *Informe* tiene, pues, por objeto estudiar las condiciones para superar los problemas del "acceso" en la sociedad actual y darles solución. A eso nos referiremos seguidamente.

Quizá la ruptura de la fe tradicional en la solidez de nuestras instituciones jurídicas, inspirada por el deseo de hacer efec-

NER (Universidad de Estocolmo), profesora IYETTE LUNER (Universidad de Aix-en-Provence, Francia), profesor MAURICE ROSENBERG (Universidad de Columbia, N. Y.), doctor G. D. S. TAYLOR (Canberra, Australia), doctor PIERRE THÉRY (Universidad de París), y profesor DAVID TRUBEN (Universidad de Wisconsin).

Además, fue valiosa la ayuda proporcionada por Mr. KIM ECONOMIDES (Londres) y Ms. RICHARD LOONIS (Moscú), participantes ambos del Seminario de Acceso a la Justicia del Instituto Universitario Europeo, y la de Mr. DAVID MABORSEK, becario investigador en el Centro Florentino de Estudios Jurídicos Comparados.

tivos y no sólo teóricos los derechos de la mayoría de la gente, requiera más largo estudio para crear instituciones nuevas, pero no podemos conformarnos con la inmutabilidad de nuestros sistemas actuales. En efecto, quienes pretenden reformarlos ya han avanzado mucho en ese sentido; sus ideas, conclusiones y proyectos, así como los riesgos y limitaciones de esta osada pero necesaria innovación, serán considerados en este *Informe*.

I. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO SOBRE EL "ACCESO A LA JUSTICIA".

El concepto de "acceso a la justicia" ha evolucionado de la misma manera que el estudio y la enseñanza del proceso civil. Para la ideología liberal de los Estados burgueses de los siglos XVIII y XIX el proceso civil estaba basado en la filosofía individualista entonces prevalente.

El derecho de "acceso" a la jurisdicción se hallaba limitado, de fundamental manera, al que formalmente tenía las personas afectadas para litigar o defenderse en juicio.

Esto era así porque se entendía que el "acceso a la justicia" era un "derecho natural". La protección de los derechos naturales no necesita una expresa reglamentación del Estado, sino que éste impida su violación¹. Son ellos anteriores y superiores al Estado mismo. Por tanto, la actitud del Estado a su respecto es sólo pasiva, reducida en la práctica a reconocer que las personas pueden defender sus derechos.

No concernía al Estado auxiliar la "indigencia jurídica", es decir, la imposibilidad de mucha gente para valerse del Derecho y de sus instituciones. La justicia, como muchas otras cosas, sólo era accesible en el sistema liberal a quienes podían afrontar su costo; los que no podían hacerlo eran considerados "culpables"

¹ Para una exposición más detallada del tema, véase: CAPPELLETTI, *General Report* [Informe general], en: CAPPELLETTI, M. y D. TALLON, ed., *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* [Las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil], Milán, Giuffrè; Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1973, pp. 659, 726-740.



de su propia situación. De modo tal, que sólo teóricamente era igualitario el derecho de todos a pedir justicia.

Hasta hace poco tiempo, con raras excepciones, los juristas tenían una indiferencia similar por la realidad del sistema legal: "No eran tratados como problemas asuntos tales como las posibles desigualdades para litigar".² Los juristas eran, principalmente, formalistas y dogmáticos, distanciados de la realidad del proceso civil, estudiado sólo teórica y exegéticamente; pero aun cuando fuesen más allá, se limitaban a interpretar las leyes procesales en función de su validez histórica y aplicadas a situaciones hipotéticas. Los proyectos de reformas presentaban esa misma orientación irreal. Tanto los juristas como los abogados no tenían consciencia de los problemas de la mayoría de la gente.

Cuando la sociedad liberal se hizo más amplia y compleja, la idea acerca de los derechos humanos sufrió una total transformación. Desde entonces las acciones e interrelaciones humanas tuvieron una importancia más social que individual. Las sociedades modernas fueron superando la ideología liberal contenida en las "declaraciones de derechos y garantías" de las constituciones de los siglos XVIII y XIX.

Las nuevas tendencias se orientan hacia el reconocimiento de los "derechos sociales" por parte de los gobiernos, grupos e individuos.³ Esos nuevos "derechos humanos", ejemplificados en el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, hace accesible a todos lo que antes sólo era proclamado teóricamente.⁴

² CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* [La función del juez en los juicios de derecho público], en: *Harv. L. Rev.* [Harvard Law Review], v. 89 (1976), pp. 1041, 1042.

³ Véase, por ejemplo: CAPPELLETTI, M., *Processo e Ideologie*, Bologna, Il Mulino, 1969, pp. 511-524; SCARMAN, L., *English Law: The New Dimensions* [Nuevos aspectos del derecho inglés], Londres, Stevens and Sons, 1975, pp. 28-50; HABERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, en: *30 Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehre*, Berlin-N. Y., De Gruyter, 1972, pp. 76, 90, 99.

⁴ El preámbulo de la constitución francesa de 1946, reproducido en la vigente de 1958, reconoció que el agregado de los nuevos derechos "sociales" y "económicos" a las tradicionales garantías es actualmente imprescindible. Véase además, por ejemplo: art. 3, inc. 2, de la constitución

Entre esos derechos típicos de las constituciones modernas, se destacan los que se refieren al trabajo, a la salud, a la seguridad social y a la educación.⁵

Es ya un lugar común que esa actitud afirmativa del Estado se halla orientada hacia el aprovechamiento general de esos derechos sociales.⁶ Por eso, no es casual que el derecho al efectivo "acceso a la justicia" haya llamado tanto la atención del actual "Estado benefactor".

Así, éste ha procurado otorgarles a los individuos nuevos derechos como consumidores, inquilinos, arrendatarios, trabajadores dependientes y aun como simples ciudadanos.⁷

Claro está que el reconocimiento de la importancia del "acceso" efectivo a la justicia no tendría sentido si no se propor-

ción italiana de 1946; arts. 20 y 28 de la ley fundamental de la República Federal Alemana [Alemania Occidental].

⁵ Véase, por ejemplo, el preámbulo de la constitución francesa de 1946.

⁶ Véase, por ejemplo: CALAMANDREI, P., *Opere Giuridiche*, M. Cappeletti ed., Nápoles, Morano, 1968, v. 3, pp. 183-210. CLAUDE dice que: "Los derechos positivos presuponen una obligación afirmativa del Estado" (CLAUDE, R., *The Classical Model of Human Rights Development* [Los principios clásicos en la evolución de los derechos humanos], en: *Comparative Human Rights*, R. Claude ed., Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1976, v. 6, p. 32).

⁷ Probablemente el primer reconocimiento explícito del deber del Estado para asegurar un igualitario acceso a la justicia —al menos la igualdad de las partes ante el tribunal—, ha sido el del código austriaco de 1855, que le dio al juez un papel activo para equilibrar a los litigantes (Véase: CAPPELLETTI, M., *Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reform and Trends in Western and Eastern Europe* [Aspectos sociales y políticos del proceso civil: Tendencias y reformas en Europa Occidental y Oriental], en: *Mich. L. Rev.* [Michigan Law Review], v. 69 (1971), pp. 847, 854-855 y nota 38).

Actualmente hay una tendencia a ubicar el "derecho social al acceso" fuera de los fundamentales derechos de acción y de defensa (Véase, por ejemplo: arts. 3, inc. 2, y 24, inc. 3, de la constitución italiana de 1946; art. 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Véase además: [ITALIA], TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *sentencia de 22 de diciembre de 1961*, en: *Giur. Ital.* [Giurisprudencia Italiana], v. III, n.º 70 (1961), p. 1282.

cionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente⁸. De ahí que deba tenerse al "acceso a la justicia" como el principal derecho —el más importante de los "derechos humanos"— en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, el derecho de todos.

También los medios por los cuales los derechos pueden hacerse efectivos tienen una importancia cada vez mayor en el moderno derecho procesal civil.

Puede ser útil discutir acerca de las normas procesales y cómo deben ser aplicadas, pero esas disquisiciones teóricas ocultan frecuentemente la irrealidad de dos partes, aparentemente iguales, que litigan ante el tribunal, limitada cada una a los argumentos jurídicos que sus hábiles abogados pueden esgrimir.

Sin embargo, el procedimiento no está suspendido en el vacío. Los juristas tienen que admitir que las normas procesales cumplen, también, una función social;⁹ que ellas, aunque permitan interpretaciones diversas, con mayor o menor amplitud, influyen en la aplicación del derecho sustantivo, beneficiando a alguien, y se proyectan, por tanto, socialmente; y eso mismo hace que los jueces no se limiten sólo a dirimir conflictos de intereses individuales.¹⁰

8 Como observa el profesor RICHARD CLAUDE: "La efectividad, o protección procesal, es simplemente otra manera de entender el contenido del derecho" (CLAUDE, *Comparative Rights Research; Some Interactions Between Law and the Social Sciences* [Investigación de derecho comparado; Algunas relaciones entre el derecho y las ciencias sociales], en: *Comparative Human Rights*, pp. 382, 395, citado aquí en nota 6).

9 Como dijo perspicazmente el gran jurista austriaco FRANZ KLEIN, en 1906: "El descuidado, despreciado y árido proceso civil está en realidad estrechamente relacionado con los grandes movimientos intelectuales de los pueblos, y sus variadas manifestaciones son importantes muestras de la cultura humana" (KLEIN, F., *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Klosterman, 1958, p. 8). Véase además: CALAMANDREI, P., *Procedure and Democracy* [Proceso y Democracia], N. Y., New York University Press, 1956, p. 76.

10 Naturalmente, las actividades de los tribunales contribuyen a establecer qué otros medios hay para la solución de los conflictos, cómo ellos deben ser empleados y qué resultados darán. Véase, por ejemplo:

Los procesalistas tienen el principal deber de referirse a esa importancia fundamental del procedimiento, ampliando una estrecha mira tan sólo pleitista. Por eso, deben conocer asimismo sociología, economía, política y psicología, y saber también qué sucede en otros países que el propio.

Por tanto, el "acceso" no significa, únicamente, reconocer cada vez en mayor medida los derechos sociales fundamentales, sino que constituye la columna vertebral de todo el derecho procesal civil de hoy día. Su estudio presupone una ampliación y profundización del objeto y métodos de la moderna ciencia del derecho.

II. SIGNIFICADO DEL DERECHO AL "EFECTIVO ACCESO". OBSTÁCULOS A SUPERAR.

Aunque el "efectivo acceso a la justicia" ha sido progresivamente aceptado como un derecho básico de la sociedad moderna, el concepto de "efectividad" es, en sí mismo, bastante vago. Puede llegar a interpretarse que la mejor "efectividad" consiste en una completa "igualdad de armas" entre los litigantes, por la convicción de que el resultado último del juicio sólo depende de la eficacia de los argumentos contrapuestos, desconectado de las reales desigualdades extraprocesales que se reflejan en la aplicación del Derecho.

Claro está que la igualdad absoluta entre los litigantes es utópica. Las diferencias entre ellos nunca pueden ser totalmente colmadas. El problema consiste en la manera de acortarla, y a qué costo. En otras palabras, cómo pueden y deben ser superados muchos de los obstáculos que se oponen a la "igualdad de armas". La identificación de dichos obstáculos es, por tanto, la primera y difícil tarea para darle significado a la "efectividad".

GALANTER, *Why the "Haves" Come Out Ahead; Speculations on the Limits of Legal Change* [Por qué los que "tienen" predominan; Reflexiones sobre los límites de la reforma legal], en: *Law and Society Review*, v. 9 (1974), p. 95.

A) *Los costos del juicio.*

1. Generalidades.

La solución judicial de los conflictos es muy onerosa en la mayoría de los países.¹¹ Porque si bien los gobiernos pagan los servicios y el mantenimiento de la administración de justicia, los litigantes deben cargar con la mayor parte de los gastos, incluidos los honorarios profesionales.

11 Recientes y numerosos estudios emplean varias clases de "indicadores" para estos gastos. En el informe alemán para el "Proyecto de Florencia" se establece que un juicio con dos instancias, equivalente a ocho meses del salario medio de Alemania (más o menos 14,400 marcos, o sea 6800 dólares norteamericanos, según el tipo de cambio al 1 de enero de 1978, usado en este informe), supondrá un costo de cerca de la mitad de la cantidad reclamada (BENDER, R. y C. STECKER, *Access to Justice: Report on the Federal Republic of Germany* [El acceso a la justicia: Informe sobre la República Federal Alemana], en la Secc. IB del volumen original donde figura este trabajo).

El informe norteamericano para el "Proyecto de Florencia" cita un estudio sobre juicios por accidentes automovilísticos, según el cual la víctima obtuvo, por promedio, una indemnización de 3000 dólares, de los cuales el 55 % fue para el abogado y un 8 % para otros gastos. (JONKSON, E. (hijo), S. BICE, S. BRUCH, A. DEW, V. KANTOR, E. SCHWARTZ y M. TITICKE, *Access to Justice in the United States: The Economic Barriers and Some Promising Solutions* [El acceso a la justicia en los Estados Unidos: Los obstáculos económicos y algunas halagüeñas soluciones], en la Sección IB del volumen original donde figura este trabajo).

Una reciente investigación empírica, realizada en Inglaterra, sobre demandas por daños y perjuicios, dice que: "En cerca de la tercera parte del total de las encuestas contestadas, los costos fueron, en general, mayores que la cantidad reclamada" (Véase: ZARER, M., *Cases and Materials on the English Legal System* [Casos y datos sobre el sistema legal inglés], 2ª ed., Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976, p. 323). Investigaciones actuales entre litigantes franceses llegan a la conclusión que para aquellos que tienen ingresos menores a 1750 francos mensuales (cerca de 370 dólares norteamericanos), el promedio del costo del litigio insumó no menos del 141 % de sus entradas en ese lapso (Véase: BARAGUIN, Y., *Les français et la justice civile; Enquête psycho-sociologique auprès des justiciables*, París, La Documentation Française, 1975, p. 80). El mejor estudio sobre los altos costos judiciales en Italia, aún es: CASTELLANO, C., C. PACE,

La magnitud del costo es notable en el derecho norteamericano, que no obliga a la parte perdedora a abonar los honorarios del abogado del vencedor.¹² Pero también la onerosidad constituye un obstáculo en los países donde se imponen las costas al vencido. Allí, a menos que el futuro litigante tenga la seguridad de ganar el juicio, lo cual es improbable por la incertidumbre misma del resultado, debe afrontar el riesgo de la litigiosidad de la misma manera que en los Estados Unidos.

La coadena en costas, en los países que la imponen al vencido, es aproximadamente dos veces mayor porque aquí debe pagar también los honorarios de su abogado. Además, en algunos países, como sucede en Gran Bretaña, el actor no puede, frecuentemente, calcular el riesgo por las costas, en caso de per-

G. PALOMBA y G. RAPOZZI, *L'Efficienza della giustizia italiana e suoi effetti economico-sociali*, 2ª ed., Bari, Laterza, 1970, p. 81. Allí se informa que en numerosos casos, de más o menos 1000 dólares, el promedio de carga de los costos sobre las partes es del 8,4 %, mientras que en los juicios menores el porcentaje se eleva al 170 %.

Debe reconocerse que en los países socialistas no hay tendencia a que el abataculo de los costos sea tan alto (Véase las notas 157-159 de este trabajo).

12 La larga nómina de los países que —con algunas variantes— imponen las costas al vencido incluye a Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Inglaterra, Francia, Países Bajos, Alemania y Suicia. Algunos otros, tales como Colombia, Italia, España y Uruguay, aunque adoptan el mismo principio le dan al juez amplias facultades para distribuir las costas entre las partes. La "ley norteamericana", sólo seguida aparentemente por Estados Unidos y Japón, ha sido criticada a menudo. Véase, por ejemplo: ERASMOVICH, *Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society* [El reembolso de los honorarios y la "gran sociedad"], en: *Cal. L. Rev.* [California Law Review], v. 54 (1966), p. 792; McLAUGHLIN, *The Recovery of Attorney Fee: A New Method of Financing Legal Services* [La recuperación de los honorarios profesionales; Un nuevo método para financiar los servicios jurídicos], en: *Fordham L. Rev.* [Fordham Law Review], v. 40 (1972), p. 761; COMMENT, *Court Awarded Attorney's Fees and Equal Access to the Courts* [La imposición de las costas por honorarios y la igualdad de acceso a la justicia], en: *U. Pa. L. Rev.* [University of Pennsylvania Law Review], v. 122 (1974), p. 122. Pero, conf., *infra*, la nota 14 de este trabajo.

der el pleito, porque los honorarios profesionales varían mucho.¹³ Finalmente, en otros países, algunas veces los demandantes deben dar caución por las costas antes de iniciar el juicio.

Por esos motivos, cabe preguntar si las legislaciones que le imponen las costas al vencido no oponen obstáculos tan grandes como los del derecho norteamericano.¹⁴ Cualquiera sea el monto, está claro que los altos costos, a pagar por una o ambas partes, constituyen uno de los peores obstáculos para el "acceso a la justicia".

13 Los honorarios de los abogados pueden aumentar mucho en cualquier clase de asuntos, porque son estimados de acuerdo al trabajo que se hace. En el informe del *Evered Committee*, de 1953, se dijo:

"Es notoriamente imposible establecer de antemano el monto de las costas. Resulta difícil para una de las partes prever a cuánto ascenderán las suyas, dado que dependen, en gran medida, de la actitud que asuma su adversario. No se puede pronosticar, de ninguna manera, cuáles serán las de éste, y quien se propone litigar no puede tener la menor idea acerca de lo que tendrá que pagar, si pierde el juicio" (*Final Report of the [Evered] Committee on Supreme Court Practice and Procedure*, 1953, citado por ZANDER, M., p. 324; *ob. cit.*, en nota 11 de este trabajo. Cf.: JOLOWICZ, *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England* [Las garantías fundamentales en el proceso civil; Inglaterra], en: *Fundamental Guarantees of Parties in Civil Litigation*, pp. 121, 152-156, *ob. cit.*, en nota 1 de este trabajo).

En algunos países, como es el caso de Alemania, donde los honorarios profesionales son regulados estrictamente de acuerdo al monto de la demanda y no por el trabajo que se realiza, los litigantes pueden, al menos, prever a cuánto ascenderán las costas.

14 Un importante trabajo crítico sobre Alemania es el de BOSCHMANN, *Rechtswegsperrre durch Prozesskosten*, en: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, año 1973, p. 164. Véase además: REIMANN, *Die Kosten der Rechtsverfolgung als Zugangshürden der Rechtspflege*, en: *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1976, pp. 395, 405-406.

Por supuesto que es imposible seguir cierta clase de normas para imponer las costas en los casos diversos. Véase, por ejemplo: BLEADER, R. y C. STRECKER, Secc. II, *ob. cit.*, en nota 11 de este trabajo; KAJIMA, T. y Y. TANIGUCHI, *Japanese National Report on Access to Justice* [Informe nacional japonés sobre el acceso a la justicia], Secc. IIIB, del volumen original donde figura este trabajo.

El gasto mayor que el litigante debe afrontar es el honorario profesional. Por ejemplo, en los Estados Unidos y Canadá el arancel por hora de servicios varía entre 25 y 300 dólares, pero bien puede suceder que la complejidad del asunto exija mayor tiempo, causa por la cual el honorario aumentará.¹⁵

En otros países, los criterios para establecer el honorario son más razonables, pero con todo, según nuestros datos, abarcan una abrumadora proporción de los gastos en los países con libre ejercicio profesional.¹⁶

Cualquier intento realista para solucionar los problemas del "acceso a la justicia" no puede dejar de reconocer que los servicios de los abogados son demasiado caros.

2. Los juicios de menor cuantía.

También se presenta el problema del costo en la mayor parte de los juicios donde se reclaman pequeñas cantidades de dinero. Si en ellos tienen competencia los tribunales letrados, el costo puede exceder del monto mismo del juicio, o absorber la mayor parte, haciendo prácticamente inútil la demanda.¹⁷

15 JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. IA1, *ob. cit.* en nota 11 de este trabajo; COOPER, R. y B. KASTNER, *Access to Justice in Canada: The Economic Barriers and Some Promising Solutions* [El acceso a la justicia en Canadá; Los obstáculos económicos y algunas halagüeñas soluciones], Secc. IB del volumen original donde figura este trabajo. El procedimiento de "honorario contingente" diverge, por supuesto, algunas veces, de este sistema pero en la práctica, los abogados para fijar sus honorarios por hora deben equilibrar los muy altos de los juicios que ganan con aquellos en que no cobran nada.

16 Véase, por ejemplo: JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. IB, *ob. cit.* en nota 11 de este trabajo; VICORATI, V., *Access to Justice in Italy*, Secc. II del volumen original donde figura este trabajo; COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. IB, *ob. cit.* en nota 15 de este trabajo.

17 El problema se abonda mucho más porque los abogados deben ser remunerados, directa o indirectamente, de acuerdo al tiempo que les lleva cada asunto, y el valor de ese tiempo es demasiado alto. Se ha dicho en los Estados Unidos:

"Los abogados deben cobrar un mínimo de 20 dólares líquidos por hora de trabajo para poder disfrutar de un ingreso de 16.000

La información reunida para el *Proyecto de Florencia* demuestra claramente que la proporción entre el costo y la cantidad reclamada aumenta de manera constante, bajando en cambio, de la misma manera, el valor de la demanda.¹⁸

Por ejemplo, en Alemania, el costo de un juicio de cerca de 100 dólares, en un tribunal letrado de única instancia, es aproximadamente de 150 dólares, mientras que el de una demanda por 5.000 dólares, con dos instancias, puede ser, más o menos, de 4.200 dólares, que aún es muy alto pero proporcionalmente menor a la importancia económica del juicio.¹⁹ No es necesario ampliar los ejemplos; los problemas de los juicios de menor cuan-

dólares [smaller], cantidad ésta que se halla por debajo del promedio que cobra un profesional en el ejercicio privado de la abogacía, por lo que es obvio que los abogados no pueden hacerse cargo de los pequeños juicios, de poca importancia económica" (FRANK, *Legal Services for Citizens of Moderate Incomes* [Servicios jurídicos para personas de medianos ingresos], en: *AMERICAN ASSOCIATION, Law and the American Future*, M. Schwartz ed., Englewood Cliffs, N. Y., Prentice Hall Inc., 1976, pp. 116, 123-124).

Véase además: FRANZEN, *Ist der Zivilprozess einer Anwaltspraxis noch rentabel?*, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 26 (1973), pp. 2054-2057.

18 Véase, por ejemplo: VIGNATI, V., Secc. IZ, *ob. cit.* en nota 16 de este trabajo; MIGUEL Y ABRISO, C. DE, *Access to Justice in Spanish Law* [El acceso a la justicia en el derecho español], en: Secc. IB del volumen original donde figura este trabajo; FASCINNO, H., *Access to Justice in Austria*, Secc. IB del volumen original donde figura este trabajo. G. D. S. TAYLOR informa desde Victoria, Australia, que: "Las costas de ambas partes, ante los tribunales letrados, que el vencido debe pagar, abarcan más del 50 % de cualquier juicio mayor de 300 dólares" (TAYLOR, G. D. S., *Special Procedures Governing Small Claims in Australia* [Los procedimientos especiales para los juicios de menor cuantía en Australia], 1978, p. 12, a publicarse en el vol. II de las series del "Proyecto de Florencia para el acceso a la justicia". Para mayor información, véase el trabajo de CAPPELLI, pp. 372-373, *ob. cit.* en la nota 7 de este trabajo).

19 Véase: BENDER, R. y C. STRECKER, Secc. IC, *ob. cit.* en la nota 11 de este trabajo. Véase además: BACHMANN, G., p. 3, *ob. cit.* en la nota 11 de este trabajo. Una de las causas del relativamente alto porcentaje de los juicios importantes en Alemania, consiste en que, como ya hemos dicho, los honorarios de los abogados no se regulan por el trabajo realizado, sino por el monto del juicio. En otros países ese porcentaje es menor.

ta requieren una especial atención para que sea posible el "acceso a la justicia".²⁰

3. Tiempo.

En muchos países, quienes litigan deben esperar dos o tres años hasta que se dicta la sentencia.²¹ Los efectos de esa demora, especialmente por la inflación galopante, son devastadores; incrementan el costo para las partes y presionan sobre los económicamente débiles, obligándolos a desistir de la demanda o transigir por mucho menos de lo que habían reclamado. Es por eso que la *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* ha reconocido, expresamente, en el art. 6, inc. 1, que la justicia que no es impartida en un "tiempo razonable"²² es, para mucha gente, justicia inaccesible.

20 Véase la Secc. IVC1 de este trabajo.

21 "En Italia, durante el año 1973, se ha comprobado que los juicios ante un tribunal unipersonal de primera instancia (*pretore*) duran 566 días; 944 ante un tribunal colegiado de la misma instancia; y 709 ante el tribunal de apelación de segunda instancia" (VIGNATI, V., Secc. IZ, *ob. cit.* en nota 16 de este trabajo). Véase además: C. DE MIGUEL Y ABRISO, quien dice que en España un juicio dura 3 años y 3 meses, entre la primera instancia, la apelación ante la audiencia y la casación por el tribunal supremo (Secc. IIA2, *ob. cit.* en nota 18 de este trabajo).

Según el Prof. KOTI, el promedio de duración de los juicios en los tribunales franceses de primera instancia era, en 1969, de 1 año y 9 meses, y en los belgas, de 2 años y 33 días (KOTI, A., *La procédure ordinaire de Première Instance en Belgique, en France, en Italie, en Luxembourg et aux Pays-Bas*, 1976, p. 76, a publicarse en la *International Encyclopedia of Comparative Law*, M. Cappelli ed., v. 16; *Civil Procedure*, cap. 6). Véase además la crítica sobre el retraso de las estadísticas, en: KOTI, T. y Y. TAJICUNIC, Secc. IC, *ob. cit.* en nota 14 de este trabajo. Para comparar otros datos, véase: FASCINNO, H., Secc. IB (Austria), *ob. cit.* en nota 18 de este trabajo; BENDER, R. y C. STRECKER, Secc. IIC3 (República Federal Alemana), *ob. cit.* en nota 11 de este trabajo. Para los países socialistas, véase la nota 159 del presente trabajo.

22 Véase, por ejemplo: VIGNATI, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, en: *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, pp. 245, 318-322, *ob. cit.* en nota 1 de este trabajo.

B) *Ventajas personales de las partes.*

Las "ventajas personales" de los litigantes, como lo demuestran recientes e importantes investigaciones, están relacionadas de principal manera, con la concesión o denegación del "acceso efectivo". Esa expresión, acuñada por el profesor Marc GALANTER, descansa en "la noción de que algunos litigantes gozan de ventajas anticipadas".²³ Debe reconocerse que el estudio de tales ventajas, y de las desventajas, es aún incipiente y que es difícil precisarlas. No obstante, podemos identificar las principales que tienen cierta clase de litigantes, y aventurar algunas hipótesis basadas en actuales y muy sugestivas investigaciones sociológicas.

1. *Situación económica.*

Las personas, físicas o jurídicas, que tienen aunque más no sea que una relativamente buena posición económica, están en evidente ventaja para pleitear. En primer lugar, tienen con qué hacerlo; además, pueden soportar la demora judicial. Ambas ventajas, concentradas en una sola de las partes, pueden llegar a ser un arma formidable que favorezca la posibilidad de litigar. Una de las partes estará, así, en condiciones de gastar más que la otra, y por consiguiente, argumentar con mayor eficacia. Esto es tanto más importante si se recuerda que el principio dispositivo les impone a las partes la carga de la prueba y el impulso procesal.²⁴

23 GALANTER, *Afterword: Explaining Litigation* [Otras palabras más: Aclaración sobre los juicios], en: *Law and Soc. y Rev.* [Law and Society Review], v. 9 (1975), pp. 347, 370.

24 Véase, por ejemplo: CAPPELETTI, *General Report*, pp. 746-752, *ob. cit.* en nota 1 de este trabajo. Acerca de la pasiva actitud de los jueces norteamericanos para impulsar los juicios comunes, véase: HORNBERGER, A., *Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure* [Las funciones de la oralidad en el procedimiento civil austriaco y norteamericano], en: *Buffalo L. Rev.*, v. 20 (1970), pp. 9, 30-35; KAPLAN, *Civil Procedure: Reflections on the Comparison of Systems* [El procedimiento civil: Reflexiones por la comparación de sistemas], en: *Buffalo L. Rev.*, v. 9 (1960), p. 409.

2. *Posibilidad de conocer el derecho y defenderlo en juicio.*

El conocimiento personal del derecho que se tiene, tanto como las ya vistas ventajas económicas, y las inevitables diferencias de educación familiar, instrucción y posición social, son muy importantes para determinar la accesibilidad a la justicia.

Esto son algunos de los obstáculos que *personalmente* deben superarse para que un derecho pueda ser efectivamente ejercido dentro de nuestro sistema legal. La mayoría de la gente común no puede, o al menos no está en condiciones, de ganar la mayor parte de los juicios.²⁵

El primer problema consiste en ignorar que se tiene un derecho, lo cual no les sucede únicamente a los pobres, sino a toda clase de gente. Como ha dicho hace poco tiempo el profesor León MAYHEW: "Algunos problemas son bien captados por las personas mientras que otros lo son menos o no lo son en absoluto".²⁶ Aun los contratantes de alto nivel de educación, firman a menudo contratos sin pensar que deben cumplirlos al pie de

25 Entre los más importantes análisis de esos obstáculos, opuestos a la satisfacción de las "necesidades jurídicas", se hallan los siguientes estudios empíricos: ABEL-SMITH, B., M. ZANTZEN y R. BUCKING, *Legal Problems and the Citizen* [Los problemas jurídicos del ciudadano], Londres, Heinemann, 1973; CASS, M., *Legal Needs of the Poor* [Las necesidades jurídicas de los pobres], Canberra, Australian Government Printing Office, 1975 (Law and Poverty Series); MESSIER, C., *Les Mains de la Loi: Une problématique des économiquement faibles du Québec*, Montreal, Commission des Services Juridiques, 1975. Y los más doctrinales de: CARLIN y HOWARD, *Legal Representation and Class Justice* [La actuación en juicio y la justicia de clase], en: *UCLA L. Rev.*, v. 12 (1965), p. 381; BLOOM, RAIMO, *The Satisfaction of Legal Needs: Some Theoretical Ideas* [La satisfacción de las necesidades jurídicas: Algunas ideas sobre el tema], en: INSTITUTE OF SOCIOLOGY AND SOCIAL PSYCHOLOGY, UNIVERSITY OF TEMPERE, Finlandia, *Research Reports*, 1974, n.º 6. Para un provechoso estudio acerca de recientes progresos sobre este tema, véase: BLANKENBURG, *Rechtsberatung als Hilfe und als Barriere auf dem Weg zum Recht*, en: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, año 1976, p. 93.

26 MAYHEW, *Institutions of Representation: Civil Justice and the Public* [Instituciones de la actuación en juicio: La justicia civil y el público], en: *Law and Soc. y Rev.*, v. 9 (1975), pp. 401, 406.

la letra; les falta los mínimos conocimientos jurídicos para distinguir sus cláusulas y saber si les son o no ventajosas.

Además, la gente tiene limitados conocimientos acerca de cómo se demanda. El más importante estudio inglés sobre el tema sienta la siguiente conclusión:

"Más que el conocimiento de la accesibilidad, como requisito previo para solucionar el problema de la ignorancia del Derecho, es necesario darle a la gente la conciencia de los medios disponibles y cómo poder usarlos."²⁷

Un estudio similar, realizado en Quebec, estableció que: "Es principalmente importante estar bien informado."²⁸

La falta de conocimientos provoca, a su vez, un tercero y gran problema: la tendencia de las personas a recurrir solamente a los tribunales para solucionar sus diferencias. Aun aquellas que saben a quién consultar, no suelen hacerlo.

La mencionada investigación inglesa descubrió que: "Más o menos el 11 % de nuestros entrevistados nunca han ido a ver a un abogado."²⁹ Además de la generalizada desconfianza en los abogados, sobre todo entre las personas de menores ingresos, hay que agregar otras causas que hacen poco atrayente un juicio: el complicado procedimiento, el formalismo, la intimidante solemnidad de las salas de audiencias, la altivez de los jueces y aboga-

27 ABEL-SMITH, B., M. ZANDER y R. BROOKE, p. 222, *ob. cit.* en nota 25 de este trabajo.

28 MESSIER, C., p. 495, *ob. cit.* en nota 25 de este trabajo.

29 ABEL-SMITH, B., M. ZANDER y R. BROOKE, p. 224, *ob. cit.* en nota 25 de este trabajo. Una reciente encuesta realizada por la Comunidad Europea del Consumo inquirió acerca de las reacciones de los consumidores que se están estafados por los comerciantes. Sólo el 2 % de los interrogados había recurrido a una organización de consumidores o a publicaciones periódicas, habiendo habido negligencia, estadísticamente comprobada, para demandar en juicio (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *European Consumers: Their Interests, Aspirations and Knowledge on Consumer Affairs* [Los consumidores europeos: sus intereses, aspiraciones y conocimientos acerca de los problemas del consumo], Bruselas 1976, pp. 29-33).

dos, hacen que el litigante se sienta perdido, prisionero de un mundo alienado.

La mayor o menor importancia de esos puntualizados obstáculos depende de las diversas clases de litigantes, leyes y juicios.³⁰ Si bien nos hemos referido a todo eso cuando tratamos las "ventajas personales", es peligroso generalizar. Quienes suelen consultar a un abogado para comprar una casa o divorciarse, probablemente crean que no tienen derecho a demandar a una empresa cuya fábrica contamina el ambiente,³¹ porque es difícil conseguir que las personas ejerzan sus derechos en aspectos no tradicionales.³²

30 Conforme a MESSIER (p. 426, *ob. cit.* en nota 26 de este trabajo):

"Tenemos una vasta colección de conflictos, desiderones, debilidades y errores que contienen, en potencia, enormes posibilidades para dar lugar a acciones legales. Si en una situación que puede ser clasificada como "problema legal" —en tanto sea definible de esa manera—, se recurre a un abogado o a un estudio jurídico para pedir consejo o ayuda, esto es una consecuencia de la organización general de la sociedad, en la que están incluidos los ambientes ideológicos sociales, la estructura legal disponible y los medios para que quienes deban hacerlo se den cuenta de las injusticias".

31 Son sugestivas las conclusiones de un estudio realizado en Australia:

"La conclusión a que se llegó fue una escasa cantidad de respuestas favorables a obtener asesoramiento jurídico en aspectos tradicionalmente vinculados a la práctica profesional de la abogacía. Generalmente, todo el que compra una cosa busca un abogado para concretar la escritura. Quienes tienen problemas de familia van la mayoría de las veces a consultar a un letrado... Pero, por otra parte, los locatarios, aunque tengan serios problemas con los locadores, no suelen pedir asesoramiento a un abogado, salvo casos excepcionales, antes de firmar el contrato. Los consumidores que discuten habérselos vendido productos defectuosos, intentan arreglar el asunto por sí mismos y sólo raramente recurren a un profesional". (Véase: CANN, M., p. 89, *ob. cit.* en la nota 25 de este trabajo).

Véase además: MESSIER, C., pp. 487-501, *ob. cit.* en nota 25 de este trabajo.

32 BLACK, *The Mobilisation of Law* [El ejercicio del derecho], en: *The Journal of Legal Studies*, v. 2 (1973), p. 125; LAMPART, *Mobilising Private Law: An Introductory Essay* [El ejercicio de los derechos privados: Ensayo introductorio], en: *Law and Soc. y Rev.*, vol. 11, (1976), p. 173.

3. Litigantes "ocasionales" y "habituales".

El profesor GALANTER distingue entre lo que él denomina litigantes "ocasionales" y "habituales", basado en la frecuencia con que litigan.³³ Ha sugerido que esta distinción debe hacerse entre quienes lo hacen ocasionalmente y aquellos que pleitean con mayor asiduidad, lo cual les da una amplia experiencia judicial.

Las ventajas de estos últimos, según el profesor GALANTER, son numerosas: 1) Están en mejores condiciones para planificar sus juicios; 2) La mayor cantidad de pleitos les resulta más económica; 3) Tienen oportunidad de relacionarse con el personal judicial; 4) Pueden trasladar los riesgos de la litigiosidad a mayor cantidad de juicios; 5) Aprovechan la experiencia adquirida en juicios anteriores.

Se dice que esas ventajas aumentan más cuando hay *litis comoreis* que cuando cada litigante actúa aisladamente, lo cual es más ventajoso porque en general las personas son reacias a litigar de manera individual.³⁴

Esa brecha abierta al "acceso a la justicia" puede cerrarse ventajosamente, según GALANTER, si las personas se agrupan para litigar; de esa manera pueden soportar la demora del trámite y contrarrestar las ventajas que tenga el adversario. Algunos de los problemas que se presentan para realizar todo eso serán motivo de la siguiente consideración acerca de los "intereses difusos".

C) Problemas específicos de los intereses difusos. (*)

Son "difusos" los intereses colectivos o fragmentarios, tales como la contaminación ambiental o la defensa de los consumi-

dores. Los problemas principales que se presentan —la causa de su "amplitud"— están dados porque nadie tiene individualmente derecho a demandar la violación de un interés colectivo, o porque el daño sufrido por cada uno es demasiado pequeño para inducirlo a litigar. El profesor Roger PEARSON, refiriéndose hace poco a los consumidores, ha visto claramente el problema de la "difusión": "El consumidor es todo y es nada".³⁵

Bastará un ilustrativo ejemplo para mostrar cuáles son los obstáculos específicos que en este aspecto se oponen al "acceso".³⁶ Supóngase que un gobierno autoriza la construcción de un dique, lo cual puede causar serios e irreparables perjuicios al medio ambiente. Quizá muchas personas corran el riesgo provocado por la construcción del dique, pero otras, a lo mejor una sola, tienen un directo interés económico en evitarlo.

No es probable que esas pocas personas quieran lanzarse a la aventura de un juicio complicado. Si ellas litigan individualmente —lo que de por sí puede ser un problema—, se encontrarán en una situación análoga a la de quienes demandan pequeñas cantidades de dinero, para los cuales el juicio es antieconómico.

Por otra parte, una persona sólo puede pretender el resarcimiento de sus propios perjuicios, no de los causados a los demás. Por eso, el juicio seguido por una sola persona puede llegar a ser jurídicamente ineficaz, de ahí que sea conveniente, y a veces hasta necesaria, la acumulación subjetiva de acciones, no sólo por los argumentos de GALANTER, sino también por lo que ya hemos dicho acerca del efectivo ejercicio de los derechos difusos.

También la acumulación subjetiva de acciones presenta problemas a dilucidar. Hay que tener en cuenta la diversidad de los interesados, su falta de información suficiente, las discrepan-

33 Véase: GALANTER, *ob. cit.* en nota 10 de este trabajo; GALANTER, *ob. cit.* en nota 23 de este trabajo.

34 Véase: WANNER, *The Public Ordering of Private Relations; Part II: Winning Civil Cases* [El orden público en el derecho privado: Jurisprudencia sobre casos civiles], en: *Law and Soc. y Rev.*, vol. 9 (1975), pp. 292. Según GALANTER: "No podemos ocultar la conclusión de que la inmensa mayoría de las veces los tribunales de los Estados Unidos son pedantes usados por las organizaciones en provecho propio" (GALANTER, p. 360, *ob. cit.* en nota 23 de este trabajo).

(*) Véase N. del T. en el Apéndice.

35 PEARSON, *Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs*, en: *Gazette du Palais* [diario judicial], 25 de marzo de 1976, p. 6.

36 Véase: CENTER FOR PUBLIC REPRESENTATION, *Toward Fairer and More Responsive Administration* [Hacia una mejor y más responsable Administración], Madison, Wisconsin, 1975, pp. 26-27.

cias que puede haber sobre las acciones a intentar. Todo eso se abanda por los denominados "francotiradores", quienes pese a no intervenir en el juicio se benefician de él, por ejemplo, cuando por una medida de no innovar se paraliza la construcción del cuestionado dique.³⁷

Resumiendo: Podemos decir que aun cuando los sujetos activos de la acumulación de acciones tengan interés suficiente para litigar por un derecho difuso, los problemas pueden surgir de los obstáculos que se presentan para la acumulación.

De modo que, aun cuando, por norma general, la defensa de los intereses difusos haga necesaria la acumulación, ésta no deja de presentar dificultades si el gobierno —en el ejemplo dado más arriba— suspende la obra ante la resistencia de los intereses afectados.

Las legislaciones antiguas, que aún prevalecen en muchos países, no dan legitimación para accionar por intereses colectivos; siguen confiando en la vía administrativa para protegerlos. No obstante, recientes investigaciones comparativas demuestran los inconvenientes que resultan de confiar sólo al Estado esa protección.³⁸ Es impostergablemente necesario, aunque sea dificultoso, movilizar a la gente para sacudir la inercia burocrática.

37 Véase, en general: OLSEN, M. (hijo), *The Logic of Collective Action* [El fundamento de la acumulación de acciones], Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1965. En esta obra se dan las bases para analizar el problema y sus efectos en la teoría pluralista.

38 Los resultados de esta investigación figuran detalladamente en: CAPPELLETTI, *The Role of the Ministère Public, the Procurator and the Attorney General in Civil Litigation—With a Glance and Others Forms of Representation of Public and Group Interests in Civil Proceedings* [Las funciones del ministerio público, de la procuraduría y del procurador general en los juicios civiles, con una ojeada hacia otras formas de representación del público y de los grupos de interés en el procedimiento civil], en: CAPPELLETTI, M. y L. A. JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation* [El interés público de las partes y el principio de oficiosidad en el juicio civil], Milán, Giuffrè; Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1973, p. 7. Una versión revisada de ese trabajo también apareció como: CAPPELLETTI, *Governmental and Private Advocates for the Public Interests in Civil Litigation: A Comparative Study* [Abogados privados y del Estado para defender los intereses públicos en el juicio civil], en: *Mich. L. Rev.*, vol. 73 (1975), p. 793, que en el presente trabajo se citará, en adelante, como: *Governmental and Private Advocates*. Véase además, *infra*, la Secc. III B de este trabajo.

D) *Los obstáculos al acceso: Conclusión preliminar y factor complicante.*

El estudio de esos obstáculos permite llegar a las siguientes conclusiones: 1) Los obstáculos debidos a nuestros sistemas legales son más pronunciados en los juicios de menor cuantía y para los litigantes que accionan individualmente, de especial manera los pobres; 2) Tienen mayores ventajas los "pudientes"; en particular quienes se agrupan para litigar, porque pueden servirse mejor de las leyes para proteger sus propios intereses. Por eso mismo, deberíamos esperar que las personas tuvieran mayores inquietudes por agruparse para hacer valer sus derechos, sobre todo en juicios de menor cuantía por indemnización de daños contra poderosas empresas.

Sin embargo, el ejercicio de los nuevos derechos subjetivos, que son propios del nuevo "Estado benefactor", presenta los siguientes problemas de un lado, ellos procuran reforzar los derechos de los gobernados frente a los gobernantes, de los consumidores frente a los productores, de los contaminados frente a los contaminadores, de los arrendatarios frente a los propietarios, de los empleados frente a los patronos, y por otro lado tenemos el interés económico de cada persona —como demandante o demandada—, que puede ser relativamente pequeño.

Además, no es tarea fácil concretar esos nuevos y muy importantes derechos en las sociedades modernas, de manera tal que beneficien a la mayoría de la gente. Descontada la posibilidad de movilizar a las personas para que defiendan efectivamente sus derechos —suponiendo que éstos puedan ser ejercidos—, el problema fundamental consiste, ahora, en cómo eso puede hacerse prácticamente.

Por último, cabe destacar como factor complicante de los esfuerzos para derribar los obstáculos puestos al "acceso", que esos obstáculos no pueden ser eliminados aisladamente.

Muchos problemas del "acceso" están relacionados entre sí, de modo tal que la solución de uno solo quizá surtirá los otros.

Por ejemplo, intentar la reducción de los honorarios puede privar de asistencia profesional a los litigantes en cierta clase de juicios. Sin duda, aunque de ese modo se reduzca el costo del proceso, a los litigantes sin instrucción les faltarán los conocimientos necesarios para defenderse por sí mismos, por lo cual esa "reforma" les causará más perjuicios que ventajas.

Aun sin algún factor compensatorio, como pueden ser una judicatura diligente o una asistencia jurídica adecuada, los litigantes sin recursos podrían "animarse" a pleitear, pero les faltaría precisamente la clase de ayuda que puede serles esencial para hacerlo efectivamente. Un estudio serio del "acceso a la justicia" no puede omitir las interrelaciones entre los obstáculos que se presentan.

III. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LOS PROBLEMAS DEL "ACCESO A LA JUSTICIA"

El reciente interés por el efectivo "acceso a la justicia" pasó, por lo menos en los países occidentales, por tres etapas, iniciadas en 1965.³⁹ Podemos decir, un poco a la ligera, que la inicial consistió en la *asistencia jurídica*; la segunda se refirió a las reformas propuestas para darles *legitimación* a los "intereses difusos", especialmente a los consumidores y para el amparo contra la contaminación ambiental; la tercera, y última en el tiempo, es la que nosotros proponemos denominar, simplemente, como *acceso a la justicia*, la cual va mucho más allá de los dos primeros enfoques, representando una tentativa más sistemática y coherente de enfrentar los problemas del "acceso".

39 Advértase la coincidencia cronológica con los estudios teóricos. El desarrollo ha comenzado algunas veces, tempranamente, fuera de los Estados Unidos. En Inglaterra, por ejemplo, hay vestigios en la publicación de la *SOCIETY OF LABOUR LAWYERS: Justice for All* [Justicia para todos], Londres, Fabian Society, 1968, aunque algunos otros se remontan a la década del 40.

A) Primera etapa: La asistencia jurídica a los pobres. (b)

En rigor, el primer gran esfuerzo para mejorar el "acceso a la justicia" en los países occidentales, tuvo por objeto proveer de servicios de asistencia jurídica a los pobres.⁴⁰

En la mayoría de las sociedades modernas es indispensable la intervención letrada, sino obligatoriamente, al menos para poder internarse en la intrincada maraña legal y en los misterios del procedimiento, dificultades con las que tropieza la mayoría de quienes tienen que litigar. De ahí la importancia que revisten las medidas para proveer de asistencia jurídica a aquellos que no pueden proporcionársela.

Sin embargo, hasta hace poco tiempo, las leyes de la mayoría de los países eran inadecuadas para ese propósito. En muchos de ellos la asistencia está confiada gratuitamente a los colegios de abogados (*munus honorificum*).⁴¹ Se reconoció, así, el "acceso a la justicia" y se le dio alguna base práctica, pero el Estado nada hizo para garantizarlo. Como podía preverse, ese sistema era ineficaz.⁴² Por motivos económicos, los abogados más hábiles y experimentados prefieren dedicar su tiempo a asuntos remunerativos y no a los que tienen que atender gratuitamente. Por otra parte, para evitar la extensión de la caridad, se ponen obstáculos discriminatorios para pretender la asistencia jurídica.

Los defectos de ese sistema fueron enseguida evidentes. Las relativamente tempranas reformas comenzaron en Alemania e Inglaterra, durante gobiernos socialdemócratas o laboristas. Entre 1919 y 1923 se inició en Alemania el sistema de retribución estatal a los abogados que proporcionasen asistencia jurídica gratuita.

40 Véase, en general: CAPPELLETTI, M., J. GORDLEY y E. JOHNSON (hijo), *Toward Equal Justice* [Hacia una justicia igualitaria], Milán, Giuffrè, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1975.

41 Las leyes francesas, alemanas, italianas y otras de la segunda mitad del siglo XIX les imponían a los abogados el deber de asistir gratuitamente a los pobres. Véase, en general: CAPPELLETTI, *The Emergence of Modern Thought* [La urgencia de un moderno tema], en pp. 3, 18-21 de la misma obra citada en la nota anterior.

42 *Id.*, en pp. 23-27.

(b) Véase N. del T. en el Apéndice.

a cualquiera que la solicitase.⁴³ En Inglaterra la reforma más importante empezó con la ley de 1949, que creó el servicio de asistencia jurídica, puesto a cargo de la asociación de abogados.⁴⁴ Estas disposiciones reconocieron la importancia de retribuir los servicios profesionales, tanto en el patrocinio como en la consulta. Fueron limitadas de varias maneras, pero consiguieron desplazar la anacrónica "semicaridad" de las ideas liberales acerca de la asistencia jurídica.

Durante los últimos doce años se han intensificado los esfuerzos reformistas. Una mayor conciencia social ha puesto, a partir del último quinquenio de la década del 60, mayor énfasis en el tema de la asistencia jurídica, colocándolo a la cabeza de los proyectos de reforma. La contradicción entre la teoría y la práctica del "acceso efectivo", como mínimo los inadecuados sistemas legales, se tornan, de más en más, intolerables.⁴⁵

En los Estados Unidos la reforma empezó en 1965, con el *Legal Service Program of the Office of Economic Opportunities*

43 La ley alemana de 1919 les permitió a los abogados solicitar del Estado el reintegro de sus gastos, pero no de los honorarios (*Gesetz über Teuerungszuschläge zu den Gebühren der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher*, 18 de diciembre de 1919, en: *RGBl*, vol. 1 (1919), p. 2115; HAGELBERG, *Zur Reform des Anwaltsrechts*, en: *Juristische Wochenschrift*, vol. 49 (1920), p. 876). Una ley de 1923 los autorizó para cobrarle íntegramente sus honorarios al Estado, aunque el monto fue limitado más tarde, en ese mismo año (*Gesetz über die Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armutssachen*, de 6 de febrero de 1923, en: *RGBl*, v. 1, (1923), p. 105; KÜSTER, *Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren in Armutssachen*, en: *Juristische Wochenschrift*, vol. 52 (1923), p. 676).

44 *Legal Aid and Advice Act* de 1949 [ley de asesoramiento y patrocinio jurídico], (12 y 13 Geo. 6, c. 51). Esta ley fue reformada e integrado el texto ordenado de la ley de asistencia jurídica de 1974, esp. 4.

45 Algunos países han retrocedido a formas arcaicas de patrocinio jurídico, como sucede con la sentencia del Tribunal Constitucional de Austria, de 19 de diciembre de 1972, que declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal, sobre la materia a que se refiere nuestro texto, porque ella no retribuía adecuadamente a los abogados que defendían a los pobres (véase dicha sentencia en: *Osterreichisches Anwaltsblatt*, suplemento, febrero de 1973). Otros ejemplos de retroceso judicial pueden ser vistos en: CAPPELLETTI, pp. 70-76, *ob. cit.* en nota 41 de este trabajo.

(OEO)⁴⁶ y se proyectó a todo el mundo a comienzo de la década del 70.

Francia reemplazó, en enero de 1972, sus disposiciones sobre asistencia jurídica, que databan del siglo XIX; sustituyéndolas por un moderno sistema de "seguridad social", que pone la retribución de los profesionales a cargo del Estado.⁴⁷

En mayo de 1972 se sancionó en Suecia un sistema innovador.⁴⁸ Dos meses más tarde la ley inglesa de asistencia jurídica amplió las disposiciones de 1949, especialmente en lo que se refiere a la consulta,⁴⁹ habiéndose iniciado por primera vez, ese año, en la provincia canadiense de Quebec, la financiación estatal de la asistencia jurídica.⁵⁰ En octubre del mismo año, la República Federal Alemana dispuso retribuir a los abogados por sus servicios gratuitos a los pobres.⁵¹

46 El título I de la *Economic Opportunity Act* de 1964 (42 USC, párr. 2701-2981, 1970), derogado parcialmente por la ley de 28 de diciembre de 1973 (Pub. L. N° 93-203, 87 Stat. 833), autorizó subvenciones del tesoro federal para apoyar programas de "acción comunitaria". La OEO dispuso que debían ser calificados como tales los programas de servicios jurídicos, y esta interpretación contribuyó a que se sancionase en 1965 una ley que claramente lo estableció así. (véase: *Economic Opportunity Amendments*, de 3 de octubre de 1965 (Pub. L. N° 89-253, párr. 12, 79 Stat. 1973), que reformó la *Economic Opportunity Act* de 1964 (párr. 205 a., 42 USC, párr. 2785 a., 1970). Véase las notas 69-74 del presente trabajo y sus textos.

47 Ley de 3 de enero de 1972, n° 11/72, en: *Journal Officiel de la République Française* (en adelante: J. O.), año 1972, p. 167. Dicha ley entró en vigencia el 16 de septiembre de 1972. Véase las notas 59-61 del presente trabajo y sus textos.

48 *Public Legal Aid Law of May 26, 1972* [ley de asistencia jurídica], en: *Svensk Författningssamling*, año 1972, p. 429. Véase la nota 75 del presente trabajo y su texto.

49 *Legal Advice and Assistance Act of 1972*, c. 50 [ley de asistencia y asesoramiento jurídicos], reformada e incluida en el texto ordenado de la *Legal Aid Act* de 1972, c. 4. Véase las notas 59-61 del presente trabajo y sus textos.

50 *Legal Aid Act* [ley de asistencia jurídica], 21 Eliz. 2, c. 14, Quebec, 1972. Véase la nota 76 de este trabajo y su texto.

51 *Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte und anderer Vorschriften*, de 24 de octubre de 1972, en: *BGBl*, I (1972), p. 1013.

En julio de 1974 se creó, por fin, en los Estados Unidos, la largamente esperada *Legal Services Corporation*, para defender y ampliar los beneficios de la ahora disuelta OEO.⁵² Asimismo, durante este período tanto Austria⁵³ como los Países Bajos⁵⁴ reformaron sus disposiciones sobre asistencia jurídica, retribuyendo más adecuadamente a los abogados que la proporcionasen. También fueron varias e importantes las reformas introducidas en Australia,⁵⁵ e Italia está próxima a cambiar su anticuado sistema, similar al que rigió en Francia hasta 1972.⁵⁶

De este modo, los sistemas legales de la mayor parte del mundo moderno han sido profundamente renovados. Pero hay en camino, un avasallador movimiento, plétórico de ideas, para ampliar y perfeccionar la asistencia jurídica gratuita.

1. Sistema judicial.

El mejor resultado de las reformas austríaca, británica, holandesa y occidental-alemana ha sido el impulso dado al sistema judicial. Por éste la asistencia tiene por objeto "actuar en juicio", después que se han llenado los requisitos legales, pagando el Estado los servicios de los abogados. Se pretende, así, estable-

52 *Legal Service Corporation Act of 1974* [Ley de la Corporación de servicios jurídicos], Pub. L. 93-355, 88 Stat. 378 (1974). Véase la nota 73 del presente trabajo.

53 Véase: FASCHING, H., *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen; Ergänzungsband*, Viena, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974; KRASSAUER, *Der Wirtschaftlich Schwache im österreichischen Zivilprozess*, en: *Österreichische Juristen-Zeitung*, año 1976, p. 9.

54 Véase: HOUTAPPÉL, J. C., *Access to Justice in Holland*, Secc. III del volumen original donde figura el presente trabajo. Las reformas holandesas, como mínimo otras de Europa, han sido estudiadas recientemente por: GOTTWALD, *Arbeitsrecht in Westeuropa und die Reform des deutschen Rechts*, en: *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 89 (1976), p. 36.

55 Véase: TAYLOR, G. D. S., *Access to Justice in Australia*, en la Secc. III del volumen original donde figura el presente trabajo. Véase aquí, *infra*, la nota 77.

56 Véase: CAPPELETTI, pp. 33-39, *ob. cit.* en nota 41 del presente trabajo.

cer la igualdad de oportunidades para litigar entre los que pueden y los que no pueden pagar honorarios. Ya no será el litigante sino el Estado quien cargue con las costas.

En los modernos sistemas ingleses aunque un litigante tenga medios para abonar el honorario, puede elegir abogado entre una nómina de profesionales, que atenderán su caso.⁵⁷ La lista es larga porque la retribución estatal resulta suficientemente atractiva para casi todos los letrados.⁵⁸

Puesto que la asistencia jurídica es necesaria aun antes de pleitear, porque debe demostrarse que se cumplen los requisitos para pretenderla, la reforma inglesa de 1972 permite obtener los servicios profesionales de menos de 25 libras de honorarios sin necesidad de autorización judicial alguna.⁵⁹ Esos servicios incluyen tanto el patrocinio como la consulta.

De esta manera, el sistema les proporciona a los pobres la oportunidad de conseguir abogado. En este aspecto el sistema no se ha visto libre de críticas. Se objeta que el concepto para medir el grado de "indigencia" es demasiado restringido, y porque no proporciona asistencia para accionar ante muchos tribunales de competencia especial, en los que deben debatirse va-

57 *Legal Aid Act of 1974*, c. 4 párr. 12. Véase, en general: JACOB, I. H., *Access to Justice in England*, en la Secc. IVA-D del volumen original donde figura este trabajo.

58 Véase: *Legal Aid Act of 1974*, c. 4, *schedule 2*. Un estudio norteamericano de hace diez años llegó a la conclusión de que el 94 % de los abogados ingleses creían que sus honorarios eran justos (URSON, *The British Legal Aid System* [El sistema británico de asistencia jurídica], en: *Yale L. Rev.*, vol. 76 (1966), pp. 371, 376).

59 *Legal Advice and Assistance Act of 1972*, c. 50, modificada e incluida en el texto ordenado de la *Legal Aid Act* de 1974, c. 4, párr. 3. Para los diversos comentarios a esta reforma, véase: SAMUELS, *Legal Advice and Assistance Act 1972: The Scheme and an Appraisal* [La ley de asesoramiento y asistencia jurídica de 1972; Exposición y comentario], en: *New L. J.*, [New Law Journal], vol. 122 (1972), pp. 696-697; POLLOCK, *Legal Advice and Assistance Act 1972: The Scheme and a Miss-appraisal* [La ley de asesoramiento y asistencia jurídica de 1972; —Su estructura— y una crítica errónea], en: *New L. J.*, v. 122 (1972), p. 807.

rios de los "nuevos derechos".⁶⁰ Pero los resultados han sido, en general, impresionantemente favorables, porque la asistencia se ha extendido, de manera constante, a mayor cantidad de personas.⁶¹

El sistema francés, sancionado en 1972 y modificado en 1974 y 1975, también ha avanzado hacia un efectivo sistema judicial.⁶² Una característica importante de este sistema, a partir

60 Véase, p. e.: *First Report of the Legal Aid Legislation Working Party* [Primer informe del partido de los trabajadores acerca de la legislación sobre asistencia jurídica], en: *25th Legal Aid Annual Report: 1974-1975*, London, H.M.S.O., 1975, p. 55. POLLACK, *Legal Aid: The First 25 Years* [Los primeros 25 años de asistencia jurídica], London, Oyez, 1975, pp. 110-115, 117-119; MODRAN, E., *Practical Legal Aid* [La práctica de la asistencia jurídica], London, Oyez, 1969, pp. 12-14; DWORKIN, *The Progress and Future of Legal Aid in Civil Litigation* [Evolución y perspectivas de la asistencia jurídica en los juicios civiles], en: *Modern L. Rev.*, v. 28 (1965), pp. 432, 444-446.

61 Véase: POLLACK, S., pp. 104-105, *ob. cit.*, *supra* en esta 60. Además, dice el mismo autor: "Se estima que cerca de la mitad del trabajo realizado dentro o fuera de los tribunales, que en principio puede estar comprendido en la asistencia jurídica (excluyendo, por ejemplo, las demandas infundadas y otros por el estilo), está comprendido en las disposiciones de la ley, amparando ampliamente los derechos de las personas interesadas de manera gratuita o mediante el pago de una cantidad de dinero" (p. 103). Sin embargo, infortunadamente, por muchos motivos, incluida la inflación, los puntos para apreciar el estado de necesidad han llegado a ser tan estrictas, desde el comienzo del sistema, que ahora es menor el número de personas que pueden recurrir a la asistencia jurídica (Véase: *26th Annual Report of the Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Aid* [26º informe de la comisión consultiva del Lord Canciller sobre la asistencia jurídica], en: *26th Legal Aid Annual Report: 1975-1976*, London, H.M.S.O., 1976, pp. 70-71; JACOB, I. H., *ob. cit.* en nota 57, *Seco. IV-B* del volumen original donde figura el presente trabajo).

62 *Law of Jan. 3 1972*, n° 11/72, en: J. O., 1972, p. 69; *Financiel Law (loi de finances) of Dec. 30 1974*, n° 1129/74, en: J. O., 31 dic. 1974; *Decree of May 14 1975*, n° 350/75, en: J. O., 1975, p. 4909, que modifica el decreto de 1 de setiembre de 1972, n° 309/72, el cual reglamenta la ley de 3 de enero de 1972. La primera reforma ha sido comentada por HANSON y HANSON, *The Reform of Legal Professions and Legal Aid in France* [La reforma de los profesionales jurídicos y la asistencia jurídica en Francia], en: *Int'l and Comp. L. Q.* [International and Comparative Law Quarterly], v. 22 (1973), p. 462. Puede verse una reciente y

de 1972, es que no sólo incluye entre los beneficiarios a las personas sin dinero, sino también a los "pudientes", es decir, a aquellos que sin ser estrictamente "pobres" tienen escasos recursos. Se proporciona asistencia jurídica a quienes perciban entradas no mayores de 2.950 francos (cerca de 640 dólares), con cargas familiares de cuatro personas.⁶³ Además, desde 1972, la asistencia jurídica puede ser concedida, en casos importantes, sin computar la situación económica del beneficiario.⁶⁴ El principal escollo de este sistema es que parece haber aumentado en un tercio, desde 1974, el monto de las retribuciones profesionales, éste es aún bajo.⁶⁵ Con todo, Francia proporciona un valioso ejemplo de sistema judicial moderno.

Aun cuando el sistema judicial ha tenido un significativo éxito, como se aprecia en Francia e Inglaterra, no se ha visto, con todo, exento de objeciones. Ha llegado a ser un lugar común que el propósito de atender solamente a los pobres puede causar dificultades.

conclusiva descripción del sistema francés en: LAROCHE DE ROUSSANE, *L'Aid judiciaire (Les subrogations reconnues au régime de l'assistance)*, en: *Repertoire du Notariat Français, I, Doctrine et Jurisprudence*, v. 95 (1975), p. 1046. Véase además: THIERY, P., *Access to Justice in France*, *infra*, en *Seco. II* del volumen del que forma parte integrante este trabajo.

63 Decreto 358, de 14 de mayo de 1975, arts. 4 y 5, en: J. O., 1975, p. 4509, que modifica los arts. 66-68 del decreto de 1 de setiembre de 1972; *Financiel Law*, de 22 de junio de 1976, n° 539/76, en: J. O., 1976, p. 3739.

64 Ley 11, de 3 de enero de 1972, párr. 16, en: J. O., 1972, p. 467.

65 Según THIERY: "el monto de los honorarios de los abogados ha sido considerado bajo" (Véase: THIERY, P., *Seco. II*, *ob. cit.*, *supra* en nota 62). Los honorarios fueron dispuestos por los arts. 7-10 del decreto 350, de 14 de mayo de 1975 (J. O., 1975, p. 4909), modificado el art. 76 del decreto de 1 de setiembre de 1972 (Véase el trabajo de LAROCHE DE ROUSSANE, pp. 1055-1056, *cit. supra* en nota 62). El trancel ha sido modificado nuevamente a mediados de 1976, de manera tal que los abogados no pueden percibir más de 1000 francos (cerca de 200 dólares) por prestar sus servicios de asistencia jurídica (Ley 539, de 22 de junio de 1976). Este aumento, que tomaba en cuenta la inflación, no altera las conclusiones sentadas en el texto.

Se dice que resolver el problema de las costas es menos importante que otros que se suscitan. Es cierto que la pobreza debe ser una causa para que se reconozca el derecho a litigar sin gastos y a pretender la asistencia jurídica gratuita,⁶⁶ como asimismo tener en cuenta la falta de iniciativa de los pobres y aún aceptar los esfuerzos que deben hacer a veces los abogados para darles conciencia de sus derechos y de los medios legales para ejercerlos.

Pero es muy sugestivo que los pobres tiendan a valerse de la asistencia jurídica para problemas con los cuales ellos ya están familiarizados —por ejemplo, los delitos y los divorcios— más que pretenderla para "nuevos derechos" como consumidores, arrendatarios y otros por el estilo.⁶⁷

Por otra parte, aunque los pobres conozcan sus derechos, pueden ser inducidos por la propaganda a llevar sus casos a estudios jurídicos o a abogados particulares. Claro está que en los lugares donde los ricos y los pobres viven apartados entre sí, habrá obstáculos culturales y geográficos para que éstos puedan recurrir a aquéllos.

Además, es evidente que la asistencia de un abogado particular no podrá evitar la desventaja que tiene una persona pobre frente a litigantes que actúan agrupadamente. También se argumenta que es más importante tratar a los pobres como personas que hacer de la pobreza un grupo social.

Los sistemas judiciales inglés, francés y alemán no proporcionan asistencia a los pobres para "casos jurídicamente novedo-

ros"⁶⁸ (c) o para pluralidad de acciones, a menos que puedan demostrar que tienen comprometido un interés personal.

Dado que los pobres, tanto individual como colectivamente, tropiezan con muchos problemas legales, y que el interés de cada uno es muy pequeño para que puedan accionar, las simples soluciones individuales son insuficientes. Sin embargo, los sistemas judiciales no han logrado superarlas aún.

2. Sistema de defensa oficial.

El sistema de defensa oficial tiene diferente objetivo que el sistema judicial, habiéndose interpretado desde su origen, a partir de 1965, con el *Legal Service Program of the United States Office of Economic Opportunities*, como un arma en "la guerra contra la pobreza".⁶⁹

Los servicios de asistencia jurídica son proporcionados por las "defensorías de distrito", integradas por abogados a sueldo

68 Acerca de Inglaterra, ha dicho SEYMOUR POLLOCK, ex-secretario de la Asociación de Abogados y una de las mayores autoridades en la materia: "Los casos jurídicamente novedosos sólo son posibles de demandar cuando quien solicita la asistencia jurídica tiene un problema razonable, de acuerdo a sus personales circunstancias, y si lo mismo pudiera accionar en tanto estuviera en condiciones económicas de hacerlo" (POLLOCK, S., p. 136, *ob. cit.* en nota 60 de este trabajo). KLAUSE y RIGERT han hecho la siguiente observación sobre el sistema judicial, especialmente de Alemania: "Es probable que la más sólida objeción al sistema judicial de asistencia jurídica consista en que sólo se proporciona individualmente. No tiene objeto disponer por ley la asistencia jurídica si no se realiza una educación comunitaria" (KLAUSE y RIGERT, *Legal Assistance in the Federal Republic of Germany* [La asistencia jurídica en la República Federal Alemana], en: *Buffalo L. R.*, v. 20 (1971), pp. 583, 604). Véase además: JOHNSON, *The Prospect of Future Themes* [En búsqueda de futuros problemas], en: CAPPELETTI, M., GODLEY y JOHNSON (h.), pp. 133, 184-194, *ob. cit.* *supra* en nota 40.

69 Véase, *supra*, la nota 46. Véase, en general: JOHNSON, E. (h.), *Justice and Reform: The Formative Years of the OEO Legal Services Program* [Justicia y Reforma; Los años iniciales del programa de asistencia jurídica de la OEO], New York, Russell Sage Foundation, 1974. Ese trabajo se refiere detalladamente a la historia de la etapa primera del programa de servicios jurídicos.

(c) Véase N. del T. en el Apéndice.

66 El defecto de esa actitud ha sido puesto de relieve por B. ANTON-SMITH, M. ZANDER y R. BROCKE: "Del total de 1651 interrogados, 1022 nos contestaron que la asistencia jurídica era necesaria, pero sólo 450 la habían requerido para cualquier clase de asuntos, en tanto que únicamente 270 habían consultado a un profesional desde el principio" (*Ob. cit.*, p. 219, *supra*, en nota 25). Véase además, *supra*, las notas 28-31, de este trabajo, y su texto.

67 En el sistema judicial inglés, cerca del 60 % de los casos se refieren a conflictos matrimoniales, y el 15 % a derecho penal. Véase: *Report of the Law Society* [Informe de la Asociación de Abogados], en: *26th Legal Aid Reports, 1973-1976*, London, H. M. S. O., 1975, p. 18. Para Australia, véase: *Commission of Enquiry into Poverty* [Comisión investigadora sobre la pobreza], *Second Main Report: Law and Poverty in Australia* [Segundo informe general: Derecho y pobreza en Australia], Canberra, Australian Government Printing Office, 1975, p. 41.

del Estado, con la misión de defender los intereses de los pobres como grupo social.⁷⁰

Como ha dicho un comentarista: "El propósito fue triplicar el dinero de los contribuyentes de la mejor manera posible, para conseguir, con la terminología de la Secretaría de Defensa, «sacarle mayor jugo a los pesos»".⁷¹

Claro está que este objetivo no excluye la ayuda individual a las personas pobres indefensas. Al contrario del sistema judicial vigente, éste se caracteriza por los mayores esfuerzos hechos para que la gente pobre conozca los nuevos derechos que tiene y recurra a los abogados para defenderlos.

Las defensorías son reducidas y están ubicadas especialmente en las barriadas pobres, para facilitarles el acceso a las personas sin recursos y disminuir, de ese modo, las diferencias de clase. De tal manera, los abogados que las integran toman conciencia personal de los problemas y pueden enfrentarlos más exitosamente.

Por último, y quizá principalmente, los defensores oficiales buscan extender los derechos de los pobres a los "casos jurídicamente novedosos", patrocinándolos, e intervienen en proyectos de reformas legales que benefician a los pobres como grupo social. Asimismo, los defensores ayudan a los pobres para que éstos puedan hacer efectivas sus pretensiones no sólo judicial sino también extrajudicialmente.

Las ventajas de este sistema sobre el sistema judicial son evidentes. Trata de solucionar junto con el problema de los costos otros del "acceso a la justicia", especialmente los que provienen de la falta de conocimientos legales de los pobres. Más aún: puede abarcar toda clase de problemas de la gente sin dinero.

70 Véase, p. e.: CARR y CARR, *The War on Poverty: A Civilian Perspective* [La guerra a la pobreza desde el punto de vista cívico], en: *Yale L. J.*, v. 73 (1964), p. 1317; NOTE, *Neighborhood Law Office: The Waves in Legal Services for the Poor* [Las defensorías jurídicas vecinales; Nueva etapa de los servicios jurídicos para los pobres], en: *Harv. L. R.*, v. 80 (1967), p. 305.

71 Hunter, *Thou Shalt Not Eat the Fruit of the Tree of the Law: A History and Bibliography of Legal Aid in America* [No manques de la justicia: Historia y bibliografía de la asistencia jurídica en los Estados Unidos de Norteamérica], en: *George Wash. L. Rev.*, v. 44 (1970), pp. 754, 760.

Los defensores oficiales tienen la ventaja de actuar dentro de una organización, en la cual adquieren práctica experiencia con los problemas de las personas sin recursos económicos, lo que no les sucede, la mayoría de las veces, a los abogados que ejercen particularmente la profesión.

Resumiendo: Además de la intervención de los defensores en las demandas individuales de los pobres, como sucede con los abogados en el sistema judicial, el sistema norteamericano procura ayudar a los pobres a defender sus derechos y crea una abogacía especialmente dedicada a la gente pobre como tal.

Los principales inconvenientes y limitaciones de la defensoría oficial consisten en la formación de abogados para esa función. Podría pensarse que sería más atractivo y prestigioso para esos funcionarios preferir la defensa de "casos jurídicamente novedosos" o de "derechos nuevos", en detrimento de las demandas individuales.

Los defensores deberán decidir, cotidianamente, cómo distribuyen su trabajo entre los casos de interés individual y aquellos que son socialmente importantes, existiendo la posibilidad de que los primeros sean atendidos con menor dedicación.

A ello hay que agregar que mucha gente piensa, no sin alguna razón, que es demasiado "paternalista" crear un defensor como abogado de pobres, tratándolos a éstos como si fueran incapaces de obrar de acuerdo con sus propios intereses. Quienes así opinan creen que el pobre es, simplemente, una persona más, que no tiene dinero.

Quizá el problema más serio de la defensoría oficial en "la guerra contra la pobreza" sea que, necesariamente, depende de la colaboración gubernamental para actividades de inevitable naturaleza política, por lo que a menudo debe enfrentarse con el Estado mismo.

Esa dependencia hace que la Sociedad deba decidir si es o no preferible el funcionamiento de un aparato legal que tiende a ayudar a los pobres, aunque eso signifique desafiar al propio Estado o a los grupos socialmente dominantes.

Pareciera ser que los Estados Unidos se ha propuesto erradicar la pobreza, pero en realidad, el sistema norteamericano de defensa oficial, lo mismo que los abogados particulares estatal-

mente retribuidos en Inglaterra, Francia y Alemania,⁷² ha sido objeto de continuos reparos.

Sólo recientemente, después de una dificultosa tramitación legislativa y de sortear el veto presidencial, pudo liberarse a la *Legal Services Corporation* de la directa injerencia del Estado. Pero la nueva legislación contiene muchas normas que tienden a prohibir o limitar, en los "derechos nuevos", la intervención de las defensorías oficiales.⁷³

Si esto ha sucedido en los Estados Unidos, no debe sorprender que también en otros países sea sumamente dificultosa la asistencia a los pobres por medio de defensorías oficiales.⁷⁴ Pero,

72 Como lo ha hecho notar WILLIAM KLAUS, cuando describe la experiencia norteamericana: "Parece que esos programas luchasen por todos y por todo" (KLAUS, *Civil Legal Services for the Poor* [Servicios jurídicos civiles para los pobres], en: AMERICAN ASSEMBLY, pp. 131, 132, *ob. cit.*, en *supra* nota 17). Por ejemplo, SPIRO AGNEW, ex vice presidente de los Estados Unidos criticó precisamente el sistema por la razón, muy compartida, que: "Nosotros estamos buscando, en gran medida, un sistemático esfuerzo para redistribuir las ventajas y desventajas sociales, las sanciones y los premios, los derechos y las acciones" (AGNEW, *What's Wrong with the Legal Services Program* [¿Cuáles son los errores del programa de servicios jurídicos], en A. B. A. J. [American Bar Association Journal], v. 58 (1972), p. 930).

73 *Legal Services Corporation Act of 1974*, párr. 1007, (a), (b) (Pub. L. No. 93-355; Stat., v. 88 [1974], p. 378). Esta ley dispone que las subvenciones no podrán ser empleadas para "promover o influir en la aprobación de una ley cualquiera"; ningún abogado de los servicios jurídicos "podrá actuar en política" si interviene en la organización de grupos. Todavía no es posible opinar acerca del éxito de la nueva *Legal Services Corporation*, de acuerdo a los fines que se propone. Para algunas indicaciones en el sentido que los abogados conservarán sus prejuicios ante los pobres considerados como grupo social, véase: HANBLER, J., E. HOLLINGSWORTH y H. ERNANGER, *Lawyers and the Pursuit of Legal Rights* [Los abogados y la defensa de los derechos], Madison, Wis., inédito.

74 La más cruda experiencia acerca de este problema fue el programa indonesio de asistencia jurídica, por medio de la Dirección de Defensa y Asesoramiento Jurídicos, establecida en Yakarta el año 1970. Por causa de sus actividades entre los pobres, el director, ANGAN BUYEN NASUTION, estuvo detenido, sin proceso, desde principio de 1974 hasta junio de 1975. Véase: MUGAVEAN, THOMAS y STUART, *Law, Urban Development and the Poor in Developing Countries* [El Derecho, el crecimiento urbano y los po-

pese a todo, este sistema puede solucionar muchos de los problemas del "acceso a la justicia", siendo, por otra parte, perfectible.

La utilidad del sistema de defensorías oficiales es limitada si no se lo combina con otros, porque en los hechos, a diferencia del sistema de abogacía privada, no puede garantizar la asistencia jurídica como un "derecho" de quien la pretenda.

En la realidad de las cosas, está claro que las defensorías oficiales son numéricamente insuficiente para proporcionar servicios, "de primera mano", a los pobres que tengan problemas jurídicos.

Tampoco es menos importante que por la misma causa no puede extenderse la asistencia de los pobres a la clase media, lo que entraña un problema distinto acerca del cual se ha ocupado mayormente el sistema judicial.

3. Sistemas mixtos.

Recientemente, unos pocos países han preferido combinar los dos principales sistemas de asistencia jurídica, admitiendo las limitaciones de cada uno de ellos. Cuando adoptan uno determinado, aplican el otro complementariamente.

Suecia⁷⁵ y la provincia canadiense de Quebec⁷⁶ fueron las primeras en permitir la opción entre los defensores oficiales o los abogados particulares, aunque sus disposiciones tienen distinta importancia.

bres en los países en vías de desarrollo], en: *Wash. U. L. Q.* [Washington University Law Quarterly], (1975), pp. 51, 58-60. Véase además, *infra*, la nota 77.

75 Ley de asistencia jurídica, de 26 de mayo de 1972, en: *Svensk Författningssamling*, (1972), p. 429). Esta ley ha sido traducida y comentada por los profesores BRAUNLUS y BOLDING, hallándose publicada en: CAPPELLETTI, M., J. GODOLEY y E. JOHNSON (s.), pp. 525-561, *ob. cit.* en *supra* nota 40. Véase: HOLLNERS, *Legal Services in Sweden for Deprived Persons* [Los servicios jurídicos suecos para personas sin recursos], en: COUNCIL OF EUROPE, *Legal Services for Deprived Persons Particularly in Urban Areas: Proceedings of the Sixth Colloquy on European Law* [Servicios jurídicos para personas sin recursos, especialmente en las zonas urbanas; Actas del 6º Coloquio sobre Derecho europeo], Strasbourg.

76 Véase nota en p. siguiente.

El sistema sueco se inclina más hacia la solución judicial, por que los defensores oficiales deben sostenerse a sí mismos mediante los honorarios que el Estado les paga por la asistencia jurídica individual.

En cambio, en Quebec, los defensores oficiales son funcionarios públicos, sostenidos por el Estado, que no se ven obligados a ejercer privadamente la profesión. Allí los defensores oficiales pueden tener una tendencia menor a preferir los casos personales y están más dispuestos a atender a los pobres, tanto individual como colectivamente.

Sea como fuere, el aspecto más importante consiste en que la posibilidad de optar entre los sistemas descriptos amplía las perspectivas de recurrir al patrocinio o la consulta.

Técnicamente, esos sistemas mixtos permiten elegir los servicios de abogados particulares o de defensores oficiales, estos últimos especializados en problemas propios de los pobres. También, de manera teórica, éstos pueden beneficiarse de modo individual o colectivo.

Reconociendo dichas ventajas, las reformas introducidas en muchos países, entre ellos Australia,⁷⁶ Holanda⁷⁷ y Gran Bretaña,⁷⁸

1976, p. 84; BRUNERUS y BORDING, *An Introduction to the Swedish Public Legal Aid Reform* [Introducción a la reforma sueca sobre asistencia jurídica estatal], en: CAPPELLETTI, M., J. GORDLEY y E. JOHNSON (h.), p. 561, *ob. cit.* en nota 40; HOFFMANN y SUTER, *Recht der Schwächeren*, en: *Rabels Zeitschrift*, v. 39 (1975), pp. 522, 526.

76 *Legal Aid Act*, 21 Eliz. 2, c. 14, Quebec, 1972. Esta ley ha sido dada a conocer por: CAPPELLETTI, M., J. GORDLEY y E. JOHNSON (h.), pp. 585-613, *ob. cit.* en nota 40. Véase además: COOPER, *Report on the Quebec Legal Aid System* [Informe sobre el sistema de asesoramiento jurídico de Quebec], en: CAPPELLETTI, M., J. GORDLEY y E. JOHNSON (h.), p. 614, *ob. cit.* en nota 40.

77 El gobierno federal de Australia ha establecido oficinas estatalmente retribuidas de servicios jurídicos en 1973 para completar los sistemas judiciales del Estado. No obstante, según el informe australiano, la organización general de los abogados ha procurado y conseguido circunscribir estrictamente la competencia de esas oficinas (Véase: TAYLOR, G. D. S., Secc. III, *ob. cit.* en nota 55). La aceptación de esa iniciativa federal es más que dudosa, como se colige del mencionado trabajo, por lo cual parece prevalecer aún la idea de un "sistema mixto".

78 Desde 1970, ha habido consultorías jurídicas en todo el territo-

rio,⁷⁹ han establecido sistemas por los cuales el judicial ha sido complementado por otras medidas.

Es particularmente notable la creciente importancia de los "centros vecinales de asistencia jurídica" de Gran Bretaña. Estos se hallan situados en zonas pobres, mayoritariamente alrededor de Londres. Sus profesionales, retribuidos a sueldo, cumplen muchas de las funciones que realizan los defensores en los Estados

de los Países Bajos, los cuales complementan, prácticamente, el sistema judicial, que data de 1957. Esas "consultorías" son principalmente atendidas por estudiantes, asesorados algunas veces por abogados jóvenes; ellas pretenden proporcionar servicios de asistencia jurídica a los pobres para mejorar la situación de éstos como grupo social. Actualmente, se discute en Holanda, con alguna experiencia acerca de eso, sobre un mayor control estatal de las oficinas retribuidas de servicios jurídicos (Véase: HAUTAPPEL, J. C., Secc. II G, *ob. cit.* en nota 54).

79 Las recientes experiencias británicas han sido estudiadas por el nuestro JACOB, en la sección VII de su obra citada en la nota 57. Hay ahora cerca de 50 centros vecinales de asistencia jurídica, el primero de los cuales es el de North Kensington, en Londres, que comenzó a funcionar el año 1970; el resto se expandió a partir de 1973. Conforme a un estudio últimamente publicado, el prototipo de esos centros tiene entre uno y cuatro abogados con dedicación exclusiva, pero pocos hay que los tengan, en esas condiciones, para asistir a las vistas de causa. Los centros están financiados de varias maneras, entre ellas por los aportes de las autoridades locales, de fundaciones privadas de beneficencia y del fondo especial del Lord Canciller para esos fines. A efecto de reducir la competencia que esos centros pudieran hacerles a los profesionales, les está prohibido involucrarse en materia sustancial y en la compraventa de inmuebles (Véase: ZANSEN y RUSSELL, *Law Centres Survey* [Investigación sobre los centros jurídicos], en: *The Law Society's Gazette*, v. 75 (1976), p. 208; LEWIS, *Legal Services in the United Kingdom for Deprived Persons* [Servicios jurídicos para las personas sin recursos en el Reino Unido], en: *Council of Europe*, pp. 95, 100-102, *ob. cit.* en nota 75; ZANSEN, M., *Who Should Manage Legal Services?* [¿Quién debe dirigir los servicios jurídicos?], pp. 12-13 (1978), a publicar en el v. III de las series del "Proyecto de Florencia". Para la historia y descripción detalladas del movimiento impulsor de esos centros jurídicos, véase: ZANSEN, M., *Legal Services for the Community* [Servicios jurídicos para la comunidad], London, Temple Smith, 1978, pp. 53-115.

También debe recordarse que el sistema "de organización" existe, aunque limitadamente, en la República Federal Alemana. En varias zonas

Unidos, y han tratado los asuntos puestos a su cargo más como problemas sociales que como casos individuales. Después de algunas dudas por parte de la asociación de abogados, las actividades de estos centros han sido calificadas como "una rama esencial de los servicios jurídicos".⁸⁰

Suecia también ha encabezado un progresista e importante movimiento. En primer lugar, se ha adelantado a otros países europeos, incluso Francia, en extender la asistencia jurídica a la clase media. Por ejemplo, a mediados de 1977, una persona con entrada anual de 80.000 coronas (cerca de 17.400 dólares norteamericanos) estaba en condiciones de recibir subsidio por asistencia jurídica;⁸¹ esa cantidad es reajutable de acuerdo al costo de la vida.

urbanas, de especial manera en Hamburgo, Berlín y Lübeck, el asesoramiento jurídico a los pobres es proporcionado, la mayoría de las veces, por especialistas que trabajan voluntariamente. La más interesante de estas consultorías es el Centro de Asesoramiento Jurídico y Mediación de Hamburgo (*Öffentliche Rechtskunft und Vergleichsstelle*: ORA), agregó a las reparticiones de trabajo y asistencia social de Hamburgo, que tiene una oficina central y 26 filiales. El ORA proporciona asesoramiento jurídico en cerca de 60.000 consultas anuales y tiene, asimismo, un servicio de conciliación. Para un estudio detallado del ORA, véase: FALKE, J., K. KOCH y G. BERBRANDT, *The Hamburg Legal Advice and Mediation Center: A Case Study* [El centro hamburgués de asesoramiento jurídico y mediación; Trabajo de investigación], 1978, a publicar en el volumen II de las series del "Proyecto de Florencia". Véase además: SCHWARZ, *Rechtsberatung Unentgeltlich*, Karlsruhe: Müller, 1974; BENDER, H. y C. STRECKER, Secc. III B, *ob. cit.* en nota 11. Para detalles sobre algunos ensayos actuales de asesoramiento jurídico en la República Federal Alemana, véase: BAUMDÄRTEL, *Legal Services in the Federal Republic of Germany for Deprived Persons* [Servicios jurídicos para los pobres en la República Federal Alemana], en: COUNCIL OF EUROPE, pp. 57, 65-64, *ob. cit.* en nota 75.

80 *Twenty-Six Annual Report of the Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Aid* [Vigésimo sexto informe anual de la comisión asesora del Lord Canciller para la asistencia jurídica], en: *26th Legal Aid Annual Reports (1975-1976)*, London, H.M.S.O., 1976, pp. 57, 71.

81 Véase: BORDING, P. O., *Access to Justice in Sweden* [El acceso a la justicia en Suecia], citado en la Sección II de este trabajo. La cantidad indicada en el texto, para 1977, significó multiplicar por ocho el

Además, la combinación del seguro privado con la asistencia jurídica, tal como existe en Suecia, ha llenado el vacío que hay en la mayoría de los otros sistemas europeos.

En casi todos los países donde prevalece el sistema de imponer las costas en favor del vencedor, la asistencia jurídica no comprende el reembolso de las propias costas de éste, aunque el vencido sea insolvente. De esa manera, el vencedor de un litigante pobre puede verse imposibilitado de recobrar sus costas, con los perjuicios consiguientes.⁸²

Pero cerca del 85 % de la población sueca tiene seguros por litigiosidad, que cubren, entre otros riesgos, la mayoría de las costas del vencido en juicio, causa por la cual el vencedor de un litigante indigente, que esté asegurado, puede recobrar sus costas.⁸³ Es obvia la importancia de esa solución para acceder a la justicia en Suecia, pero ella va más allá de la simple asistencia jurídica.⁸⁴

4. La asistencia jurídica: su extensión y límites.

En los últimos años se han sancionado muy importantes medidas para implantar sistemas de asistencia jurídica, por conse-

mento básico —establecido y reformado mensualmente por ley— de octubre de 1976, que fue de 10.000 coronas anuales (cerca de 2250 dólares norteamericanos).

82 Sin embargo, este problema está tratado, al menos parcialmente, por algunos sistemas de asistencia jurídica. Por ejemplo, en Inglaterra, de acuerdo a la reforma de 1954, incluida ahora en la *Legal Aid Act* [Ley de asistencia jurídica] de 1974, párr. 13, quien actúa principalmente por sí puede conseguir que sus costas le sean pagadas al surgir del fondo de asistencia jurídica, si demuestra que en caso contrario sufriría un importante perjuicio económico (véase: ZANER, M., pp. 370-374, *ob. cit.* en nota 11).

83 El seguro cubre los gastos judiciales y extrajudiciales, excepto una deducción de 200 coronas (cerca de 45 dólares norteamericanos), más el 10 % de las costas que excedan de esa cantidad. Comprende tanto las propias costas del litigante como las que él tiene que pagar si pierde el juicio (véase: HELLNERS, p. 85, *ob. cit.* en nota 75; BRAUNELIUS y BORDING, pp. 566-567, *ob. cit.* en nota 73).

84 Véase, *infra*, la Sección IHC de este trabajo.

cuencia de lo cual han ido desapareciendo algunos de los obstáculos del "acceso a la justicia".

La pobreza es objeto de asistencia jurídica en la mayoría de los casos, no sólo para divorcios y defensas penales sino también para los "nuevos derechos", sea que los pobres actúen como actores o demandados. Se puede esperar que nuevas soluciones consigan hacer desaparecer los obstáculos que aún quedan.

De todos modos, la asistencia jurídica no puede ser el único aspecto a considerar en los proyectos de reformas del "acceso a la justicia". Hay todavía serios problemas a solucionar.

En primer término, para hacer efectiva la asistencia jurídica es necesario un número tan grande de abogados que puede exceder de los que haya, especialmente en los países subdesarrollados. En segundo lugar, aunque la cantidad alcance, tienen que estar dispuestos a proporcionar sus servicios.

Para esto último se necesita dinero, que es uno de los principales problemas de la asistencia jurídica. Esta suele ser proporcionada hoy día por el relativamente caro sistema de recurrir a los servicios de abogados principiantes, pero obtener los de abogados con experiencia puede llegar a ser muy oneroso tanto para los clientes como para el Estado.

Como se ha hecho notar, el problema ineludible, desde el punto de vista económico, consiste en que sin una adecuada remuneración los servicios de asistencia jurídica a los pobres se menoscaban.

Con esta perspectiva, pocos abogados se inclinarán a proporcionar sus servicios, y aquellos que lo hagan no se esforzarán mucho.

Teniendo en cuenta el alto costo de los honorarios profesionales, no puede sorprender que hasta ahora sólo en muy pocos países se haya conseguido proporcionar, a quien lo necesite, un abogado capaz, cuyos honorarios son demasiado elevados como para que pueda sobrellevarse esa carga económica.⁸⁵

85 A menudo se critica a los sistemas de asistencia jurídica porque ellos omiten a la clase media, que también puede necesitarla. Para Alemania, véase: BAUMGÄRTEL, G., pp. 118-119, 159-160, *ob. cit.* en nota 11; BAUR, *Armenrecht und Rechtsschutzversicherung*, en: *Juristenzeitung*, v.

Suecia, con su relativamente escasa cantidad de indigentes, y quizá con el más oneroso sistema de asistencia jurídica, per capita, del mundo, ha sido considerado como el único país donde realmente se ha intentado proporcionar asistencia jurídica a todos aquellos que no pueden afrontar los gastos en un caso dado.⁸⁶

En tercer término, aún en el mejor de los casos, todavía es insoluble el problema de las demandas de menor cuantía. No es excepcional que alguien, aunque esté en condiciones de pagar honorarios profesionales, no pueda, a menudo, correr el riesgo de embarcarse en un juicio de escasa importancia económica. Los abogados cuyos honorarios son pagados por el Estado, no suelen tener el "masoquismo" antieconómico de atender esos asuntos.⁸⁷ Por ese motivo, el problema de los juicios de menor cuantía debe ser objeto, una vez más, de especial atención.

Finalmente, si bien es cierto que el sistema de defensa oficial contempla indeterminadamente la asistencia jurídica a los pobres, considerados como tales, es posible que ignore los intereses

85 (1972), pp. 75-77. Respecto a los Estados Unidos, véase, p. e.: KLAUS, pp. 137-138, *ob. cit.* en nota 72. Como se ha puntualizado, en Inglaterra la inflación ha hecho sumamente difícilista la calificación para pretender asistencia jurídica (véase la nota 61 de este trabajo).

86 Véase: JOHNSON, pp. 233-234, *ob. cit.* en nota 68. Los costos, de acuerdo a HELLNERS (pp. 95-94, *ob. cit.* en nota 75), fueron de cerca de 120 millones de coronas suecas (aproximadamente 27 millones de dólares norteamericanos), en 1975, de los cuales, 66 millones de coronas correspondieron a asistencia jurídica extra-penal y 895.000 coronas a mantenimiento jurídico.

87 Por ejemplo, la asistencia jurídica es inaccesible en los juicios de menor cuantía ante los tribunales ingleses de condado y en los tribunales alemanes de primera instancia civil (véase: GOSSET, *Verdicts on a Modern Theme*, en: CAPPELLETTI, M., J. GOSLEY y E. JOHNSON (hijo), pp. 105-106 y n. 63-68, *ob. cit.* en nota 49 de este trabajo). Para los tribunales suecos de menor cuantía, tratados en la Sección III C1, véase: BEATTIE, *Sec. III A*, *ob. cit.* en nota 81, y para Australia: HANLON, *Consumer Protection in Australia*, en: *Rabel Zeitschrift*, (1976), pp. 631, 645. Sólo es posible la asistencia jurídica en los sistemas donde está admitida para los "casos jurídicamente novedosos" y para "acciones especiales", pero ninguno de estos aspectos puede solucionar el problema cuando hay muchas personas interesadas en demandar pequeñas cantidades de dinero.

de otros grupos tan amplios como el de aquéllos, por ejemplo, los de los consumidores y de los ambientalmente contaminados. A esto último se refiere el segundo aspecto de las reformas a introducir, que consideraremos enseguida.

B) *Segunda etapa: La representación de los intereses difusos.*

El segundo de los principales esfuerzos para posibilitar el "acceso a la justicia" consiste en solucionar los problemas de la representación de grupos de litigantes y de intereses colectivos o "difusos", que no se refieren solamente a los pobres. Ha sido, quizá, en los Estados Unidos, durante el quinquenio 1965-1970, donde más se ha avanzado concretamente sobre la asistencia jurídica en ese aspecto.

Para enfocar debidamente el problema de los intereses difusos, ha sido necesario replantear los principios clásicos del proceso civil y de la función judicial. Está en marcha una verdadera "revolución" del proceso civil, a la cual nos referiremos brevemente antes de puntualizar las causas que la han provocado.⁸⁹

El concepto tradicional del proceso civil no da cabida a la defensa de los intereses difusos por los particulares. Desde antiguo se cree que el juicio es una contienda entre dos partes, acerca de sus propios derechos. Los derechos de un grupo determinado del público o de un sector social no han sido tenidos en cuenta. El derecho de acción, las normas procesales y la competencia atribuida a los jueces sólo están encaminados hacia la defensa individual de los derechos subjetivos.

Las propuestas reformas, a que nos referiremos seguidamente, sobre el procurador general privado y la "acción popular

grupal",⁹⁰ son el resultado de los acelerados cambios que tipifican este segundo aspecto.

Hay un movimiento mundial orientado hacia lo que el profesor CHAYES denomina "derecho público a litigar", porque se relaciona con importantes problemas de política general, que comprenden a gran cantidad de gente.⁹¹

En primer lugar, con respecto a la legitimación, algunas reformas legislativas e importantes decisiones judiciales han reconocido, progresivamente, el derecho de los particulares y grupos para defender los intereses difusos.⁹²

En segundo lugar, la protección de esos intereses ha hecho necesario reformar la función del juez y ciertos principios clásicos del proceso, como son la citación y el derecho a ser oído. A menudo, no todo titular de un derecho difuso —por ejemplo, aquellos a quienes les interesa la pureza ambiental— tiene la posibilidad de litigar, causa por la que debe concederse una "adecuada representación" en beneficio de la colectividad, pese a que algunos miembros de ésta, individualmente no lo "ingrezcan".

También la sentencia debe obligar a todos los miembros de un grupo, aunque no todos hayan tenido oportunidad de presentarse al juicio. Por eso hay que reformar la noción tradicional de la *res iudicata* para que sea posible la defensa de los intereses difusos.

El sistema de las diversas clases de acciones del derecho norteamericano, que trataremos más adelante, el cual en ciertas circunstancias hace obligatoria la sentencia a personas integrantes de un grupo que se encuentran ausentes, pese a no haber sido judicialmente citadas, ejemplifica la dimensión de ese cambio en el proceso civil.⁹³

⁸⁹ Véase la sección III B 2 y 3 de este trabajo.

⁹⁰ Véase: CHAYES, *ob. cit.* en nota 2.

⁹¹ Para numerosos ejemplos, véase: *Vindicating the Public Interest*, pp. 660-664.

⁹² Aun en sentencia tan conservadora como es la del caso *Eisen contra Carlisle y Jacquelin*, de 1974 (417:US:156), la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que la notificación individual sólo es exigible cuando los miembros integrantes de un grupo pueden ser identificados mediante un "esfuerzo razonable". Esta decisión debe haber deja-

⁸⁸ Para una exposición detallada de los principales temas tratados en esta sección, véase: CAPPELETTI, *Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparative Contribution* [La defensa del interés público en sede judicial; Contribución del comparatismo], en: *Buffalo L. Rev.* v. 25 (1976), p. 643 (en adelante citado como *Vindicating the Public Interest*), y: CAPPELETTI, *La protección d'intérêt collectif et de groups dans le procès civil (Métamorphose de la procédure civile)*, en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, (1975), p. 571.

La interpretación individualista del "debido proceso" está dando paso a un concepto social o colectivo. Sólo una transformación de esa clase puede asegurar que tengan lugar, cada vez en mayor medida, los juicios por conflictos de "derecho público", sobre intereses difusos.⁹³

1. Tesis de la intervención del Estado.

Aunque es éste el principal sistema de representación de los intereses difusos, por la tradicional resistencia a darles legitimación a las personas y a los grupos para defenderlos, la tesis de la intervención del Estado no ha tenido mucho éxito.⁹⁴

Lamentablemente, tanto en los países de *common law* (4) como en los de derecho continental europeo, sólo los gobiernos, por fuerza de la tradición, pueden defender el interés público, pero son, por su propia naturaleza, incapaces de hacerlo.

El ministerio público, e instituciones similares, del derecho continental europeo, incluidas la fiscalía germana y la procuraduría soviética, son intrínsecamente variantes de las funciones tradicionales e inaptas para asumir, de manera integral, la defensa de los novísimos derechos difusos. Se corre el riesgo de que el ministerio público sea políticamente influido, lo cual es un grave inconveniente porque con frecuencia esos derechos difusos chocan contra los órganos del poder político.

El ministerio público no tiene, generalmente, ni la práctica ni la experiencia necesarias para defender los intereses difusos porque éstos requieren conocimientos extrajurídicos especializados, por ejemplo, de contabilidad, comercialización, medicina o urbanismo.

do sin notificar individualmente a cuatro millones de personas (véase: *BROWN, Eisen v. Carlisle and Jacquelin; Supreme Court Calls for Revamping of Class Action Strategy* [Eisen contra Carlisle y Jacquelin; Una alternativa contraria de la Suprema Corte y el cambio de estrategia en las acciones especiales], en: *Wis. L. Rev.*, [1974], pp. 801, 813).

93 Véase: *Vindicating the Public Interest*, pp. 684-690; y: *Governmental and Private Advocates*, pp. 880-884.

94 Véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 880-847.

(4) Véase N. del T. en el Apéndice.

Si bien hay antecedentes de que en los países de *common law*, al menos en los Estados Unidos, los procuradores generales han solido defender los intereses difusos, es una carga demasiado pesada para ellos solos,⁹⁵ y además, en mayor medida que el ministerio público del derecho continental europeo, el procurador general norteamericano es un funcionario político, por lo cual puede tener incompatibilidad para ser "abogado público" con la independencia necesaria para enfrentarse a los grupos de poder del "sistema establecido" (4) y al Estado mismo.

También tiene importancia, aunque con limitaciones, otra variante de esta tesis por la cual se crean organismos estatales altamente especializados, para defender los "derechos del público" u otros intereses difusos.

La reciente experiencia histórica demuestra, al parecer, que esos organismos son, por varios motivos, inevitablemente débiles.⁹⁶ Ellos no tienen inclinación para organizar la defensa de los intereses en juego, como pudiera tenerla un organismo con autonomía competencial decisoria, pudiendo predominar el criterio de las reparticiones con las cuales el organismo llamado a defender tenga relación de dependencia.

Por otra parte, los intereses difusos —(ales como los de los consumidores y de los ambientalmente contaminados)— tienden, por las causas mencionadas, a carecer de organización en grupos coherentes que pudieran influir sobre dichos organismos.⁹⁷

95 Véase: *Vindicating the Public Interest*, pp. 654-655 y n. 40.

96 Véase la obra citada en la nota anterior, pp. 657-658; *Governmental and Private Advocates*, pp. 842-844; KÖTZ, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse*, en: HONNINGER, A. y H. KÖTZ, *Klagen Privater im Öffentlichen Interesse*, Frankfurt am Main, Metzner Verlag, 1975, pp. 69, 96-97 y n. 60; STEWART, *The Reformation of American Administrative Law* [La reforma del derecho administrativo norteamericano], en: *Harv. L. Rev.*, v. 81 (1975), pp. 1667, 1683-1686.

97 Véase la Sección IIC de este trabajo. No debe sobreestimarse el reciente aumento del número y poderío de los "influyentes" que intervienen en los asuntos de interés difuso en los Estados Unidos.

"El progreso hecho por los «influyentes» en los campos del interés público y del consumo, debe ser tomado con reservas. La mejor financiada y bien estructurada de sus organizaciones, la Common Cause, sólo gasta cerca del 0,1 % del billón de dólares que aproximadamente invier-

(4) Véase N. del T. en el Apéndice.

Pese a los reparos históricos de esta solución, continúa aún la búsqueda de una organización estatal adecuada, habiéndose creado instituciones nuevas con el propósito de remediar los errores del pasado. Un reciente e importante ejemplo de esto último lo da en los Estados Unidos la nueva institución del "abogado público".⁹⁸ (*)

El experimento piloto, que comenzó en 1974, es el *Department of the Public Advocate*, de New Jersey, el cual tiene amplias atribuciones para "representar el interés público en sede judicial o administrativa, a efecto de servir de la mejor manera posible el interés público".⁹⁹

ten todos los influyentes de Washington juntos, y emplea menos del 0,2 % del total de las personas que posean servicios en las agrupaciones de trabajadores con sede en Washington" (STUART, *The New Lobby, Persuaders in the Public Interest* [Los nuevos influyentes; Persuaders in interest público], en: *The Christian Science Monitor*, 10 oct. 1975, pp. 18-19).

98. De acuerdo al informe norteamericano para el "Proyecto de Florencia de acceso a la justicia":

Algunas de las mejores oficinas están situadas en Connecticut (Consultoría del consumidor), New Jersey (Consultoría del "abogado público"), Maryland (Consultoría popular) y Distrito Columbia (Consultoría popular). Pero California, New York, Indiana, Montana, Missouri y Vermont también tienen, de una u otra manera, pequeñas consultorías para los consumidores o para el asesoramiento del público" (Véase: JOHNSON, E. (hijo), y otros, *Seco. VIR2*, ob. cit. en nota 11).

Para una excelente exposición de esta reforma, en la cual se subraya cómo los "abogados públicos" pueden por su insensibilidad, falta de carácter y limitaciones ser un escollo para la reforma, en vez de promotores de ella, véase: TRUMER, D., *Public Advocacy: Administrative Government and the Representation of Diffuse Interest* [La abogacía pública; La administración pública y la representación de los intereses difusos], 1978, pp. 11-19, a publicar en el v. III de las series del "Proyecto de Florencia".

99. *N. J. Stat. Ann.*, párr. 52:27E-29 (*West Supp.* 1977-1978). Esta ley (*Stat. Ann.*, párr. 52:27E-1 a 52:27E-46) crea en el Departamento del Abogado Público una División de demandas y soluciones de conflictos, otra de abogacía del interés público, cuya competencia está localizada allí, y una oficina de alquileres.

(*) Véase N. del T. en el Apéndice.

Una reforma similar, pero más interesante, ha sido propuesta en Wisconsin, acerca de la que nos referiremos después, la que está basada en los siguientes principios:

"Hay un desequilibrio en la abogacía, que en muchos casos sólo puede ser corregido por medio de abogados retribuidos por el Estado, representando el no representado interés de los consumidores, de los ambientalmente contaminados, de los ancianos y de otros desorganizados grupos de interés. Un abogado público debe ser el vocero de esos intereses para que todos sean oídos".¹⁰⁰

Por tanto, el propósito principal es que los organismos estatales representen intereses que los gobiernos procuran actualmente tener en vista, como son los intereses difusos, a que ya nos hemos referido.

El *Consumer Ombudsman* (1) de Suecia,¹⁰¹ que ahora ha sido imitado en otros países,¹⁰² es un ejemplo más de una institución

100. Véase: CRITER FOR PUBLIC REPRESENTATION, p. 10, ob. cit. en nota 36.

101. Véase, p. e.: KING, D., *Consumer Protection Experiments in Sweden* [Ensayos para protección del consumidor en Suecia], South Hackensack, N. J., Fred Rothman y Cía., 1974, pp. 3-18; BENNETT, *La protection des consommateurs en Suède et dans les pays nordiques*, en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 26 (1974), pp. 543, 556-559, 573-575; STRANDBERG, *L'ombudsman suédois pour les consommateurs*, en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 26 (1974), p. 577.

102. Noruega tiene un defensor [ombudsman] de los consumidores desde 1973 (véase: GRAY, *Les collectivités de la consommation*, en: *Journal d'Europe*, 6 nov. 1973, p. 26). Dinamarca también lo ha creado, pareciéndose mucho al de Suecia (véase: *Danish Marketing Practice Act n° 297*, de 14 de junio de 1974; PROUSTON, H. W., *Les moyens judiciaires de la protection des consommateurs au Danemark*, pp. 2, 9-11, trabajo inédito para el coloquio realizado en Montpellier, Francia, desde el 10 al 12 de diciembre de 1973, sobre *Medios judiciales y parajudiciales de protección de los consumidores*). También es interesante la institución inglesa del director general de lealtad comercial, que tiene similares funciones a las del ombudsman y cuya oficina fue creada en 1973 (véase: BOSTAT, *The Work of the Office of Fair Trading* [Las funciones de la Oficina de Lealtad Comercial], 1978, a publicar en el v. III de las series del "Proyecto de Florencia").

(1) Véase N. del T. en el Apéndice.

expresamente creada para representar el fragmentado interés colectivo de los consumidores.

Esta institución, cuya organización actual data de 1970, se halla autorizada para litigar ante la *Market Court* [tribunal en la comercial] a efecto de cuestionar las malas prácticas comerciales y publicitarias.

Además, el *Consumer Ombudsman* actúa en defensa de los consumidores como grupo social, conviniendo cláusulas contractuales uniformes con la Cámara Sueca de Comercio, porque casi es obvio decir que las personas solas no están en condiciones de contratar exitosamente.

De todos modos, como ya hemos dicho, parece que la solución puramente gubernamental tiene sus limitaciones intrínsecas, aunque el sistema funcione lo mejor posible.¹⁰¹ El celo e impulso de los particulares debe sumarse a la actividad del Estado, cuya burocracia es lenta, rígida y descuidadamente olvidadiza de sus deberes.

2. Tesis del "procurador general privado". (3)

Admitiendo que haya "acciones privadas" (b) para defender el interés público o colectivo, la que va a ocuparnos ahora es también una importante reforma.¹⁰²

Aun cuando, por uno u otro motivo, los obstáculos opuestos a los grupos o clases permanecen insuperados, éste es un importante primer paso para permitir que "procuradores generales privados"¹⁰³ o demandantes "principistas"¹⁰⁴ (i) sustituyan la acti-

101 Por otra parte, la autonomía de estas categorías reparticiones estatales presenta posibles problemas por la notoria agresividad de sus abogados (véase las notas 70-72 de este trabajo y su texto).

102 Para una más detallada exposición del tema, véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 848-856.

103 Parece que la más amplia acepción actual del término "procurador general privado" fue acuñada por el juez Jerome Frank (véase: *Associated Industries v. Ickes*, 2º Circuito, 1943, en: 134 F. 2d., pp. 694, 704).

104 Esta sugerente terminología fue empleada por el profesor Louis JAFFE para contrastar a esos demandantes con los que él denominó "señorones". Estos últimos —los tradicionales demandantes civiles— litigan por (a), (b), (i) Véase N. del T. en el Apéndice.

vidad gubernamental. En ese sentido, hay actualmente reformas que admiten las "acciones populares" (i) para atacar los actos administrativos. Los grupos pueden financiar esas "acciones privadas" cuando se trate de "casos jurídicamente novedosos". Un ejemplo de reformas de esa clase lo tenemos en la contaminación ambiental a que se refiere la ley norteamericana de 1970.¹⁰⁵

Similarmente, la ley italiana de 1967 permite "a cualquiera" cuestionar la legalidad de las autorizaciones municipales para edificar.¹⁰⁶ Lo mismo sucede en el estado alemán de Baviera, donde se concede la "acción popular", ante el Tribunal constitucional bávaro, contra las leyes que violen los derechos garantizados por la Constitución de 1946.¹⁰⁷

sus derechos individuales, en tanto que los "principistas" suman a ellos los intereses colectivos y otros relacionados con estos (véase: JAFFE, *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Holofieldian or Ideological Plaintiff* [El ciudadano como titular de acciones públicas; Los litigantes "principistas" o no "señorones"], en: U. Pa. L. Rev. v. 116 (1968), p. 1033.

105 *Clean Air Act of 1974* [Ley de depuración atmosférica], en: 42 USC (1970), párr. 1857-1871. Un ciudadano cualquiera puede demandar a cualquier contaminador, incluso al Estado, por los daños a que se refiere esa ley. No es necesario demostrar que el actor ha sufrido un perjuicio individual.

106 Ley 765, de 6 de agosto de 1971, en: *Gazz. Uff.*, 1967, pp. 4846, 4848-4849. Una interpretación judicial restrictiva ha disminuido las amplias previsiones de la ley, pero sin embargo, ante una conducta ilegal, cualquiera tiene derecho a demandar (véase: *Consiglio di Stato*, dec. de 19 de junio 1970, en: *Foto Ital.*, v. 111 [1970], pp. 193; véase además: *Vicentini*, *Sec. VC2*, ob. cit. en nota 16).

107 Esta acción popular fue creada por la sección [plena] en el *Derecho alemán; artículo en los Derechos latinos*, 54 de la ley bávara 72 de 22 de julio de 1947, sobre el Tribunal Constitucional de Baviera, publicada en: *Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts*, 1946, v. 1, núm. 24, p. 1802). Para otros numerosos ejemplos, véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 877-879 y an. 369-381. A estos agrégame el de Brasil, donde se conceden acciones populares contra la administración pública y los entes autárquicos, que afectan al bienestar general, ocasionando perjuicios al uso del dominio público o afectándolo en los aspectos económicos, estéticos, artísticos o históricos (Ley 4717, de 29 de junio 1965, en: *Código de Proceso Civil*, 1976, p. 473).

(i) Véase N. del T. en el Apéndice.

3. Tesis de la "acción popular grupal".

a) Primer aspecto de la reforma: La admisión de los grupos.

Una reforma más "refinada" es la solución de la "acción popular grupal", que se ha reconocido a los grupos legitimidad procesal para accionar en defensa del interés público.¹¹⁰ Sin embargo, en previsión de que los grupos puedan cometer abusos, esta forma de representación ha sido sometida al control gubernamental.

Francia proporciona varios expresivos ejemplos. Reconociendo la genérica negligencia del ministerio público para defender los intereses de todos y de los grupos de aparición reciente, se han sancionado allí varias disposiciones de singular importancia. Una de ellas es la ley de 27 de diciembre de 1973, conocida por *Ley Royer*, que les ha otorgado legitimación a las asociaciones de consumidores "cuando haya hechos que afecten directa o indirectamente el interés colectivo de aquéllos".¹¹¹

Asimismo, dicha ley prevé una serie de controles a efecto de garantizar que las mencionadas asociaciones sean verdaderamente representativas. Esos controles han sido confiados en parte al ministerio público.¹¹²

110 Este término se refiere a una organización privada, es decir, no gubernamental, que representa intereses públicos o colectivos (véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 856-880).

111 Ley 1193, de 27 de diciembre de 1973 (*Ley Royer*), art. 43, en: J. O., 1973, p. 14.139; D. L. S. (1974), pp. 39-35; B. D. L. (1974), p. 30. Una de las primeras leyes belgas que otorgaron acciones a las entidades de consumidores, fue la ley 415, de 14 de julio de 1971 (en: *Moniteur Belgique; Belgisch Staatsblad*, año 1971, p. 9087). Sin embargo, sólo ley francesa concede acciones por daños en representación de los consumidores.

112 Conforme a la *Ley Royer*, para otorgarle autorización a una entidad legalmente formada, cuyo estatuto disponga expresamente que tiene por objeto proteger a los consumidores, es necesario el previo dictamen del ministerio público y asimismo que sea representativa en los ámbitos local y nacional.

También se han sancionado en Francia similares medidas para proteger a las minorías raciales,¹¹³ y finalmente, la ley de 10 de julio de 1976, les ha extendido a la contaminación ambiental.¹¹⁴ De tal modo, se acepta ahora la teoría de que los grupos interesados pueden hacer valer mejor los derechos colectivos para cuya defensa el ministerio público ha sido ineficaz.

De igual manera, la institución sueca del *Consumer Ombudsman*, que ya hemos visto, no es la única que puede defender ante la *Market Court*,¹¹⁵ por cuanto la misma ley les da ese derecho a las asociaciones de consumidores, que complementan e impulsan la actividad de aquélla para proteger el interés público.

Más recientemente, la ley de cláusulas contractuales uniformes de la República Federal Alemana, vigente desde el 1 de abril de 1977, les otorga a las asociaciones de consumidores el derecho a demandar la invalidez de las cláusulas contractuales que figuren en contratos privados.¹¹⁶ La sentencia debe ser pu-

113 Ley 546, de 1 de julio de 1972, sobre lucha contra el racismo, cuyos arts. 5 a 11 dan legitimación para actuar, como "parte civil", a "cada asociación que haya sido debidamente formada al menos en los cinco años anteriores a los hechos, y que tenga estatutariamente por objeto luchar contra el racismo".

114 Véase: Ley 629, de 10 de julio de 1976, sobre protección a la Naturaleza, art. 46, en: J. O. (1976), p. 4203.

115 Sección [artículo] 6 de la ley de 29 de junio de 1970, sobre prácticas comerciales, en: *Svensk Författningssamling*, p. 412, y sección 3 de la ley de 30 de abril de 1971, sobre nulidad de cláusulas contractuales, en: *Svensk Författningssamling*, año 1971, p. 112. Véase además: *Governmental and Private Advocates*, pp. 846-847.

116 Ley de 9 de diciembre de 1976, sobre cláusulas contractuales uniformes, párrafos [artículos] 13, 18 y 21, en: BGBl., año 1976, v. I, p. 3317. Véase además: Ley de 21 de junio de 1965, sobre competencia desleal, párrafo [artículo] 13, 1ª parte, en: BGBl., año 1965, v. I, p. 625, reformada por la ley de 26 de junio de 1969 (en: BGBl., año 1969, v. I, p. 633), la cual legitimó, en 1965, a los grupos de consumidores para oponer el interdicto de no innovar contra la competencia desleal que afecte los intereses de aquéllos. Las acciones otorgadas a las agrupaciones de consumidores han sido discutidas por: SCHMIDTKE, *Entwicklungsstellen im Recht der polnischen Wettbewerbs*, en: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, año 1974, p. 579; HÄGERSTRAND, *Die Klagenbefugnis der Ver-*

blicada y a partir de entonces, cada uno de los consumidores podrá invocarla para cuestionar la validez de las cláusulas de sus propios contratos.

Otro sistema importante para permitir que los grupos privados representen al interés público consiste en las "acciones delegadas" (4) del *common law* de algunas regiones de Gran Bretaña y Australia.¹¹⁷ Tales acciones se otorgan a aquellas partes que no tendrían derecho a demandar por sí mismas, pero a quienes se autoriza a hacerlo cuando obtienen el permiso previo del procurador general.

Esta acción se da tanto a los individuos cuanto a los grupos, mas por razones obvias —principalmente de costo— parece que han sido usadas en mayor medida por los grupos, en defensa de los intereses difusos. Una vez interpuesta la "acción delegada", continúa con la supervisión, más teórica que práctica, del procurador general. Esta importante institución está limitada, hasta ahora, a demandas por consumo y contra la contaminación ambiental.

b) *Segundo aspecto de la reforma: Más allá de los grupos organizados.*

Las mencionadas reformas han avanzado mucho al reconocer la importancia, es decir, la función esencial de los grupos privados para complementar, impulsar y aun sustituir la actividad de los organismos gubernamentales. Empero, no han contemplado todavía el problema de la *organización* y el *fortalecimiento* de los grupos privados, en apoyo de los intereses difusos.

lands zur Wahrnehmung der Interessen der Verbraucher, en: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, año 1969, p. 655; Cf.: BATES, R. y C. STANCKE, Sección VAS, *ob. cit.* en nota 11.

117 Para algunos detalles y algunas referencias acerca de las "acciones delegadas", véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 848-852. Véase además: DICKENS, *Public Interest Litigation: Relator and Representative Actions* [Los juicios de interés público; Las acciones "delegadas" y en representación], en: *Legal Action Group Bulletin*, año 1974, p. 275.

(4) Véase N. del T. en el Apéndice.

Mientras que algunos grupos, como es el caso de los trabajadores, están bien organizados, otros —tales los consumidores y los ambientalmente contaminados— no lo están. Los ya mencionados obstáculos no han sido superados aún.¹¹⁸

Porque, lamentablemente, se necesita mucho dinero y considerables esfuerzos para crear una organización suficientemente grande y especializada que pueda representar, de manera efectiva, un interés difuso.¹¹⁹

Aun en Suecia, por ejemplo, pocas asociaciones de consumidores han podido litigar.¹²⁰ Además, las empresas a las cuales ellas han demandado eran organizaciones comerciales permanentes, que no sólo disponían de cuantiosos recursos financieros, sino

118 Véase la Sección HC de este trabajo.

119 "Estas asociaciones, cuando existen, carecen de medios materiales, científicos y jurídicos para actuar seriamente y permanentemente y para hacerse oír por los contaminados y por la Administración" (BLANC JOUVAN y ZAJAY, *Les réunions de l'association internationale des sciences juridiques*, en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 27 (1975), pp. 920; 923, donde se resume el coloquio leuvenois, de 28 a 31 de agosto de 1975, sobre —entre otros temas— "La participación de los ciudadanos para proyectar y exigir soluciones para la protección de la contaminación ambiental". Véase además: la nota 97 de este trabajo.

120 Véase: EISENSTEIN, M., *The Swedish Public Complaints Board: Its Vital Role in a System of Consumer Protection* [El departamento sueco de demandas de interés público; su importancia en un sistema de protección al consumidor], 1978, p. 20, a publicar en el v. II de las series del "Proyecto de Florencia". Acerca de Alemania, véase: v. FALCKENSTEIN, *Verbraucherrechtlicher Verbraucherschutz in der Praxis*, en: *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht*, en: *Festschrift für Eugen Uhner*, Cologne, etc., Heymanns, 1973, p. 307. Es significativo que en Alemania y otros países el Estado haya otorgado subsidios a los grupos de consumidores. La importancia y el alcance de ese beneficio requieren mayor estudio (Cf.: KOJIMA, T., *The Representation of Collective and Public Interests in Civil Litigation* [La representación de los intereses públicos y colectivos en el juicio civil] (segunda parte de *El acceso a la justicia en el Japón*), Secc. IVAS. Para una interesante posición en los Estados Unidos, véase: BARR y BROWN, *Governmental Facilitation of Consumerism: A Proposal for Consumer Action Groups* [Facilidades estatales al consumo; Sugerencia acerca de las "acciones populares" de los consumidores], en: *Temple L. Q.*, v. 50 (1977), p. 253.

que también, como ya lo hemos dicho, poseían otras características que las convertían en poderosos adversarios.¹²¹

Es por eso que debe encontrarse la manera de facilitar la creación de organizaciones para que interpongan "acciones populares", (1) lo que no es una tarea fácil.

A continuación trataremos este problema, comenzando por los Estados Unidos, que es donde, por diversos motivos, se ha avanzado en mayor medida.¹²²

i) Las "acciones acumuladas", las "acciones de interés público" y los estudios jurídicos que se ocupan de éste. (11)

Las "acciones acumuladas" y las "acciones de interés público", con todas sus particularidades y limitaciones, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos, serán tratadas detalladamente en otro lugar,¹²³ pero ahora consideraremos algunos de los aspectos más importantes de ellas.

Tenemos, en primer término, las acciones que le permiten a un litigante representar en juicio a todo un grupo de personas, mediante lo cual éstas se ahorran el costo de una organización permanente. El monto que resulta de la suma de las pequeñas demandas individuales y, desde luego, el aumento del poder de negociación de los miembros del grupo, significan un gran riesgo para la contraparte por los daños y perjuicios que tendría que pagar.¹²⁴

121 Véase la Sección III de este trabajo.

122 Véase *Vindicating of Public Interest*, pp. 677-680.

123 Véase *ob. cit.* en nota anterior, pp. 667-675. Véase además: HOSBURN, *Private Suits in the Public Interest in the United States of America* [Juicios civiles de interés público en los Estados Unidos de Norteamérica], en: *Buffalo L. Rev.*, v. 23 (1974), p. 343, publicado también en: HOSBURN, A. y H. KÖTZ, pp. 9-68, *ob. cit.* en nota 96 de este trabajo.

124 Sobre las ventajas económicas de la acumulación de acciones, véase: POSNER, R., *Economic Analysis of Law* [Análisis económico del Derecho], Boston, Little, Brown y Cía., 1972, pp. 348-351; NORTON, *The Cost Internalization Case for Class Actions* [Las costas en las "acciones grupales"], en: *Stan. L. Rev.*, v. 21 (1969), p. 383; Cf.: CALABRESI, G., *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* [Los costos de los accidentes], (1) Véase N. del T. en el Apéndice.

Por el sistema de los honorarios convencionales, donde eso es posible, los abogados que esperan obtener importantes beneficios toman a su cargo financiar las tareas de organización.¹²⁵ Así, la "acumulación de acciones" proporciona la ventaja de agrupar organizadamente a los litigantes y concentrar las demandas en defensa del interés público.

No obstante, las "acciones acumuladas" y las "acciones de interés público" requieren a menudo habilidad, experiencia y conocimientos especializados que sólo tienen los grupos pudientes y con una buena organización.

Muchos abogados que se ocupan de "acciones acumuladas" pueden no tener pericia ni conseguir la colaboración de quien la tenga. Mientras el cobro de los honorarios profesionales depende del éxito del juicio, el riesgo de perderlos es muy importante, porque los abogados también deben recurrir a los servicios de gestores y de otras personas que se ocupan de actividades extrajudiciales.

Por muchos motivos, los grupos permanentes pueden presionar sobre las decisiones del Estado de mejor manera de lo que, relativamente, pueden hacerlo los grupos efímeros.

Estos problemas, junto con la indisponibilidad de las "acciones acumuladas", como solución a los diversos perjuicios que sufren los consumidores, convierten a la "acumulación" en un medio imperfecto para defender los intereses difusos.

La institución norteamericana de los "abogados defensores del interés público" constituye un mayor avance para darles a los

denantes; Estudio económico y jurídico], New Haven, Ct., Yale University Press, 1970, p. 205.

125 Véase: JONESON, E. (1110) y otros, Secc. VII, *ob. cit.* en nota 11. En realidad, el profesor KÖTZ arguye que el sistema de honorarios variables es esencial para ejercer las "acciones grupales", y que, por tanto, desde que ese sistema es inaplicable en Europa, no hay posibilidad de que dichas acciones sean adoptadas allí (véase: KÖTZ, pp. 46-48, *ob. cit.* en nota 96 de este trabajo). Sin embargo, esta opinión no es convincente, porque aun sin honorarios variables puede haber algunos otros medios de estimular económicamente a quien actúa en defensa de un interés grupal y a sus abogados. (véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 875-876 y n. 365).

intereses difusos las ventajas que les proporcionaría una organización permanente que se ocupase de ellos.¹²⁶ El fundamento teórico de la formación y expansión de los estudios jurídicos que se ocupan de los intereses públicos en los Estados Unidos, desde 1970, consiste precisamente en aquello que nosotros ya hemos señalado:

"Los «abogados defensores de los intereses públicos» creen que no sólo los pobres están excluidos del proceso de autodeterminación de las decisiones en asuntos de vital importancia para ellos. Toda la gente interesada en la contaminación ambiental, la pureza de los productos, la protección del consumo —cualquiera sea la clase a que pertenezca— está impedida, en realidad, de tomar decisiones en lo que afecta a sus intereses".¹²⁷

Estos intereses, como ya lo hemos hecho notar, no han podido agruparse en organizaciones que los representen. Por eso, algunos grupos de abogados, que ejercían privadamente la profesión, han formado estudios para ocuparse de ellos.

Los estudios jurídicos que defienden el interés público varían mucho en tamaño y cantidad de asuntos que atienden.¹²⁸ El

126 Véase, en general: COUNCIL FOR PUBLIC INTEREST LAW, *Balancing the Scales of Justice; Financing Public Interest Law in America* [El equilibrio de la balanza de la justicia; La financiación de los juicios de interés público en Norteamérica], Wash., D. C., 1976; JAFFE, S., *Public Interest Law: Five Years Later* [Los juicios de interés público durante los últimos cinco años], Chicago, American Bar Association; New York, N. Y., Ford Foundation, 1976; JOHNSON, E. (1970) y OTROS, Secc. VI, ob. cit. en nota 11 de este trabajo; HANSLER, J., *Public Interest Law Firms in the United States* [Los estudios jurídicos que se ocupan de juicios de interés público en los Estados Unidos], 1978, a publicar en el v. III de las series del "Proyecto de Bases".

127 HANSLER, *Public Interest Law: its Past and Future* [Pasado y futuro de los juicios de interés público], en: *Judicature*, v. 58 (1974), pp. 119, 120.

128 Las principales clases de estudios jurídicos que se ocupan de juicios de interés público, sus actividades e intereses, están explicados en: COUNCIL FOR PUBLIC INTEREST LAW, pp. 77-132, ob. cit. en nota 126 de

tipo más común es el de una organización, sin propósitos de lucro, sostenida mediante donaciones. El primero de esos estudios fue establecido, en 1970, por la Fundación Ford.

Aunque nunca ha habido más de 70 a 100 de tales estudios, hacia 1975 los "abogados defensores del interés público" tenían en trámite varios cientos de casos importantes y habían terminado otros muchos.¹²⁹

Estos estudios, subvencionados por fundaciones, también han intervenido en numerosos procedimientos administrativos y en otras importantes actividades. Ellos asesoran y supervisan a los desorganizados e irrepresentados grupos de intereses, apoyan a los que ya tienen organización y sustituyen a los que aún no se han formado.

Si bien su patrocinio nada tiene de objetable, se ha criticado a los "abogados defensores del interés público" por la heterogeneidad de los intereses que representan, lo cual no está desprovisto de fundamento,¹³⁰ también se duda si ellos durarán mucho.

este trabajo; JAFFE, S., pp. 24-28, ob. cit. en nota 126; HANSLER, J., ob. cit. en supra, nota 126.

129 La cantidad de estudios que se ocupan de juicios de interés público depende, por supuesto, de lo que por tales estudios se atiende. El número de 70 a 100 no está limitado a los típicos estudios sostenidos por fundaciones; incluyen también a los que presentan las siguientes características: 1) tener, por lo menos, un abogado a sueldo; 2) dedicar como mínimo el 30 % de su actividad a asuntos jurídicos; 3) ocuparse de la reforma legal o de su incidencia sobre los juicios (HANSLER, J., p. 9, ob. cit. en nota 126 de este trabajo).

130 Han sido criticados, especialmente, por tener prejuicios de "clase media" y ser "ineficaces" que se atribuyen la elección de las acciones a intentar (véase: CARR y CARR, *Power to the People or the Professionals? The Public Interest in Public Interest Law* [¿Quién debe decidir, el cliente o el profesional? El interés público en juicio], en: *Yale L. Rev.*, v. 79 (1970), p. 1005; véase además: JAFFE, S., pp. 28-32, ob. cit. en nota 126). Sin embargo, no debe creerse que los abogados que se ocupan de asuntos de interés público no tienen ninguna otra obligación más allá de satisfacer sus propios intereses. Como ha hecho notar recientemente el profesor ROBERT RABIN:

"Los estudios creados por las fundaciones deben proyectar sus actividades, y seleccionar los casos con los consejos de administra-

Sea como fuere, han sido útiles en los Estados Unidos y bastante es lo que han conseguido.¹³¹ Puede ser que la institución no sea imitable en otros países, pero lo cierto es que proporciona un efectivo "acceso a la justicia" de los intereses difusos, dentro de las limitaciones actuales.¹³²

ii) La "asesoría pública". (133)

El éxito de los "abogados defensores del interés público" en los Estados Unidos y los problemas financieros que deben enfrentar, han determinado la creación de nuevas instituciones, gubernamentalmente subsidiadas, puestas al servicio del interés público.

dores, integrados la mayoría de las veces por prestigiosos abogados, los cuales están muy al tanto de las tendencias políticas que influyen en la abogacía. Similamente, los funcionarios de la fundación son muy sensibles a las críticas que se les puede hacer por faltantes el apoyo del público. Por último, los estudios jurídicos que se ocupan de asuntos de interés público tienen en cuenta la opinión del audio donde actúan, reconociendo que su gran vulnerabilidad consiste en presentar una imagen distinta a la que ellos pretenden dar ante los demás" (RABIN, *Lawyers for Social Change: Perspectives on Public Interest Law* [Abogados para una sociedad en transformación: Perspectivas de los asuntos jurídicos de interés público], en: *Ston. L. Rev.*, v. 28 [1974], pp. 207, 231-232 y n. 77).

131 Véase, p. e.: JAFFE, S., pp. 12-27, *ob. cit.* en nota 126. La American Bar Association, que es la organización profesional de los abogados de los Estados Unidos, en los últimos años ha cambiado su posición desde la hostilidad hacia los abogados que se ocupan de asuntos de interés público hasta afirmar que es misión de la abogacía defender ese interés (AMERICAN BAR ASSOCIATION, SPECIAL COMMITTEE ON PUBLIC INTEREST PRACTICE, recomendaciones aprobadas en Montreal por la asamblea de delegados, reunida en agosto de 1975; véase: A. B. A. J. [American Bar Association Journal], v. 71 [1975], p. 1084).

132 Véase la perspicaz exposición del profesor DAVID TRUBEK, sobre los asuntos jurídicos de interés público, titulada: *Review of Balancing the Scales of Justice: Financing Public Interest Law in America* [Reseña sobre la igualdad judicial; La financiación de los juicios de interés público en Norteamérica], en: *Wis. L. Rev.*, (1977), p. 303. TRUBEK advierte, otra vez, acerca del error de enfocarse el problema con un criterio exclusivamente "legalista", que pueda hacer de la legislación sobre asuntos de interés público un sustituto de la reforma social.

(133) Véase N. del T. en el Apéndice.

Las disposiciones legales sobre el "abogado público", acerca del cual ya hemos hablado, constituyen uno de los aspectos de esa innovación.¹³⁴ Entre esta solución estatal y la privada de los "abogados defensores del interés público" hay otra, de singular importancia, en la nueva legislación norteamericana denominada "asesoría pública",¹³⁵ sostenida por el Estado, pero confiándose su impulso y control a los grupos privados.

El ejemplo más exitoso de esa solución ha sido, hasta la fecha, la *Office of Public Council*, creada en los Estados Unidos por la ley de reorganización ferroviaria regional de 1973 para ayudar a las "comunidades" y usuarios de los ferrocarriles cuando tienen que actuar en juicio.¹³⁶

133 Véase, *supra*, las notas 95-100 de este trabajo y sus respectivos textos.

134 El informe norteamericano para el "Proyecto de Florencia" da una cantidad de ejemplos de esas instituciones, incluyendo las siguientes repeticiones federales: *Interstate Commerce Commission* [Comisión de comercio interestadual], *Civil Aeronautic Board* [Departamento de Aeronáutica Civil], *Postal Rate Commission* [Comisión de Tarifas Postales] y *Small Business Commission* [Comisión de Comercio Minorista]. Véase: JUSTICE, E. (1970) y otros, *Sec. VIII*, *ob. cit.* en nota 11. Véase además: NOIX, *The Office of Public Council: Institutionalizing Representation in State Government* [La asesoría pública; Institucionalización de la representatividad del interés público ante los órganos del Estado], en: *Geo. L. Rev.*, v. 64 (1976), p. 895.

135 45 USC párr. 715, (d, (7), en: *Supp. V.* 1975. Para una detallada explicación acerca de esta oficina, véase: BLOCK y STINE, *The Public Council Concept in Practice: The Regional Rail Reorganization Act of 1973* [Qué es en realidad la asesoría pública; La ley de reorganización ferroviaria regional de 1973], en: *William and Mary L. Rev.*, v. 16 (1974), p. 215; FINKELSTEIN y JOHNSON, *Public Council Revisited: The Evolution of a Concept for Promoting Public Participation in Regulatory Decision-Making* [Otra vez sobre la asesoría pública; Evolución acerca de la participación del público en la reglamentación legal], en: *Admin. L. Rev.*, v. 29 (1977), p. 167. Comentando el éxito de esas oficinas, FINKELSTEIN y JOHNSON hacen notar que las asesorías públicas proceden como los abogados de las grandes empresas, que actúan en Washington: "Así como los abogados particulares aplican sus conocimientos de los entretelones políticos en beneficio de sus clientes, también la asesoría pública, dentro de las restricciones de la ley federal, aconseja a las comunidades y a los usuarios de los ferrocarriles acerca de la mejor manera de presentar los casos a

Esta dependencia gubernamental ha organizado a los grupos para que ellos puedan conocer y defender sus derechos. Su objeto es concentrar, asesorar, movilizar y conceder subsidios a los grupos privados que de otra manera sólo podrían defender imperfectamente sus derechos de usuarios de los ferrocarriles.

El asesoramiento ha sido muy efectivo por la independencia del organismo, su adecuado presupuesto y la buena formación de su personal. Queda por averiguar si otras instituciones similares podrían evitar las presiones políticas y seguir siendo suficientemente autónomas, pero la originalidad de esta institución consiste en que ella puede contribuir a organizar los grupos para que éstos vuelquen su peso a efecto de hacer valer, de ese modo, sus propios intereses en sede judicial y administrativa.

c) *Solución pluralista o mixta.*

La "asesoría pública" ha sido complementada por varias otras medidas que son lo mejor, a nuestro entender, de las reformas proyectadas, en este sentido, en los Estados Unidos.

En un trabajo preparado para el *Department of Administration of State of Wisconsin* por el *Wisconsin Center for Public Representation*, los autores recomiendan la institución del "abogado público", pero van más lejos aún. Aceptan una solución mixta —contemplada en un estudio preliminar del "Proyecto de Florencia"—,¹³⁶ y explican su posición de la siguiente manera:

"Hemos acentuado, como un principio cardinal, que los apoderados particulares son los que mejor defienden a los irrepresentados intereses. Donde hay grupos auténticamente representativos, pero sin los recursos necesarios para

quienes hayan de representarlos (id., p. 185). Debido al éxito de estas asesorías públicas, el Congreso ha creado hace poco tiempo una permanente institución similar, la "Asesoría Pública de Ferrocarriles", que puede llegar a ser un modelo imitable", USC párr. 27 (1977) (véase: FAWCETTIN y JOHNSON, pp. 187-191, *ob. cit.*, en *supra*, de esta misma nota). Para algunos problemas que se han presentado al principio, véase: CONGRESSIONAL PUBLIC INTEREST LAW, p. 157, *ob. cit.* en nota 126.

136 Véase: *Governmental and Private Advocates*, pp. 330-334.

defenderse adecuadamente, el gobierno debe apoyarlos y estimularlos para facilitar su participación...

"De otra manera, la orientación y apoyo a los grupos cívicos no siempre puede ser útil a sus necesidades. Algunos intereses no están ni estarán representados por ningún grupo en particular. El interés puede ser demasiado difuso para que sea posible organizar a los pequeños grupos o quizá no haya grupos totalmente representativos. En esos casos, deberá preferirse el «abogado público»".¹³⁷

Posiblemente ésta sea una solución "mixta" o "pluralista" al problema de la representación de los intereses difusos, pero ella no necesita ser incorporada a un específico proyecto de reforma.

Lo importante es tener conciencia del problema principal; lo demás es sencillo. Estos intereses requieren la efectiva actividad de los grupos privados, tanto como sea posible, pero no siempre existen y a menudo es difícil organizarlos.

Combinando la "acumulación de acciones", las actividades de los estudios jurídicos que se ocupan del interés público, la "asesoría pública" y el "abogado defensor del interés público", se puede contribuir a solucionar este problema para defender, prácticamente, los derechos de los intereses difusos.

C) *Tercera etapa: Del "acceso a la legitimación procedul" hacia un concepto amplio del "acceso a la justicia". Nuevo enfoque del "acceso a la justicia".*

Para que sea posible el "acceso a la justicia" se necesitan, esencialmente, radicales reformas al asesoramiento legal y buscar la manera para que los "intereses públicos" estén representados. Estas reformas tendrán éxito —y en parte ya lo han tenido— en tanto consigan aumentar la protección judicial de los intereses aún desprovistos de ella.

137 CENTER FOR PUBLIC REPRESENTATION, pp. 15-16, *ob. cit.* en nota 36. Véase además: TRUBICK, D., *ob. cit.*, en nota 98.

Los programas de asesoramiento legal están formando, en los últimos tiempos, abogados para la gente que no puede proporcionárselos, y hacen que, de manera progresiva, ella tenga conciencia de sus derechos, tanto de los tradicionales como de los nuevos.

Se ha dado un paso más, también de vital importancia, con la creación de organismos representativos de los intereses difusos, no sólo de los pobres sino también de los consumidores, los ambientalmente contaminados y del "público" en general para hacer valer, enérgicamente, sus nuevos derechos sociales.

Sin perjuicio de reconocer la importancia de las antedichas reformas, debemos hacer ver sus limitaciones. El principal problema que aquéllas plantean se refiere a la *representación legal* de los intereses que no la tienen o que están insuficientemente representados. El nuevo planteo de la reforma legal para el "acceso a la justicia" tiene un alcance mucho mayor.

Esta tercera etapa va más allá de la defensa, tanto judicial, como extrajudicial, por medio de defensores oficiales o particulares. La reforma que se pretende abarca toda la amplia gama de las instituciones: las normas procesales, su aplicación y el personal necesario para el desarrollo del proceso, o para prevenirlo, en los conflictos de intereses que se suscitan en las sociedades modernas.

A eso es lo que denominamos "enfoque del acceso a la justicia" porque abarca, ampliamente, todos los demás problemas. No se propone dejar de lado las técnicas de las dos primeras etapas de reforma, sino tratar aquellos que dan una mayor cantidad de posibilidades para perfeccionar el "acceso".

Por dicho motivo, el actual movimiento del "acceso a la justicia" se desarrolla al margen de los primeros, que se ocupaban de la representación legal. Estos han tenido por objeto, en gran medida, hacer efectivos los derechos de las personas y de los grupos a quienes por demasiado tiempo les fueron negados los beneficios de una justicia igualitaria.

Claro está que los primeros movimientos de reformas recibieron el impulso de otras de carácter social y que, de algún modo, han alterado el *formal* equilibrio del poder entre los individuos aislados, por una parte, y los litigantes organizados — como las

empresas del Estado—, por la otra. Pero se ha sostenido que a los pobres, los arrendatarios, los consumidores y otros grupos por el estilo les es muy dificultoso hacer efectivos los nuevos derechos. Como observa GALANTER:

"El sistema puede establecer normas teóricamente justas sin cambiar la rutina diaria ni distribuir entre todos las tangibles ventajas personales que goza una sola de las partes, por lo que la reforma legal puede llegar a ser sólo un sustituto simbólico de la redistribución de las ventajas".¹³⁸

La representación legal, sea de los individuos o de los intereses difusos, no es suficiente por sí misma para convertir aquellas normas en reales ventajas prácticas. Así lo ha reconocido el *Brent Community Law Centre* de Londres: "el problema de hacer efectivos los derechos tendientes a proteger y beneficiar a los desheredados tiene carácter general".¹³⁹

138 Véase: GALANTER, p. 149, *ob. cit.* en nota 10. La observación de GALANTER es aplicable también, quizá en mayor medida, tanto a la reforma legal, impulsada por los fallos judiciales, como a la que se consigue por iniciativa de los abogados que defienden asuntos de interés público y de los servicios jurídicos de los Estados Unidos (véase: HANSTON, *Public Interest Law: Problems and Prospects* [Las leyes de interés público: Problemas y perspectivas], en: *The Americas Assembly*, pp. 100-110, *ob. cit.* en nota 17). Agrega el Prof. HANSTON: "Los símbolos (tales como haber ganado casos jurídicamente novedosos, las leyes nuevas y las nuevas reparticiones) son usados por los atrincherados intereses para apaciguar a los grupos contrarios, dándoles la sensación de haber conseguido sus objetivos, cuando en realidad los resultados son de retroceso" (*ob. cit.*, p. 110).

139 La declaración del *Brent Community Law Centre*, uno de los primeros centros jurídicos de Inglaterra, continúa así:

"Tan grande es [el problema] y tan pobre la respuesta dada por el gobierno, que resulta dudoso saber si es útil conseguir la sanción de esas leyes, en tanto y en cuanto, como sucede hoy día, ellas no vayan a ser cumplidas la mayoría de las veces. Por eso, dudamos que tales leyes tengan otro objeto que ser profijos manuales de relaciones públicas" (*BRENT COMMUNITY LAW CENTRE, First Annual Report, London, 1975*, p. 30).

No es posible ni deseable solucionar este problema sólo con abogados ni proviendo únicamente representación legal. Entre otras cosas, hemos aprendido ahora que los nuevos derechos requieren, a menudo, procedimientos nuevos —un nuevo enfoque procesal— para hacerlos valer.¹⁴⁰

Como afirma el maestro JACOB: "Las normas procesales son las que dan vida a los derechos sustantivos proporcionando los medios para efectivizarlos".¹⁴¹ Por eso se ha admitido, cada vez en mayor medida, que sin negar las ventajas de la representación legal, el movimiento del "acceso a la justicia" requiere una reforma mucho más comprensiva y amplia.¹⁴² Se puede decir

140 Véase, p. e.: VERKUI, *The Ombudsman and the Limits of the Adversary System* [El ombudsman y las limitaciones del sistema contrario], en: *Coluse. L. Rev.*, v. 75 (1975), pp. 845, 855 (dice refiriéndose a los derechos legítimamente admitidos: "una vez que los nuevos derechos de propiedad son acogidos, deben ser procesalmente reglamentados para que sea posible ejercerlos"); COOPER, R. y B. KARTNER, *Sec. IVAS*, ed. cit. en nota 15 ("la reforma de los derechos de licencias y licencias es inseparable de la del sistema procesal"); HARTMAN, p. 645, ed. cit. en nota 87 ("Ha sido una constante preocupación de quienes pretenden hacer más efectiva la protección de los consumidores, proyectar sistemas que aseguran, en la mayor medida posible, el ejercicio de las atribuciones del consumidor, tanto de hecho como de derecho" KOSMIN, *The Small Claims Court Dilemma* [El problema de los juicios de menor cuantía], en: *Hastings L. Rev.*, v. 13 (1970), pp. 934-938 ("Después de haber sido reformado el arsenal de leyes protectoras del consumidor, hay que reformar la legislación para que sean viables"). Las características de las reformas necesarias para estos "nuevos derechos", serán tratadas en las notas 187-191 de este trabajo.

141 Véase: JACOB, I. H., *Sec. IX*, ed. cit. en nota 57.

142 La escuela de sociología jurídica de Wisconsin considera de especial y urgente importancia ir más allá de la representación legal. Así, MARC GALANTER ha publicado un trabajo que se titula *The Duty Not to Deliver Legal Services* [El deber de prestación de los servicios jurídicos] (en: *Miami L. Rev.*, v. 30 [1967], p. 929), y según su colega DAVID TRUBER, ha tenido eco para "sistemas de conflictos sencillos o no contenciosos" (véase: TRUBER, p. 310, ed. cit. en nota 132). Ambos autores dicen que además de la falta de medios simples para proporcionar más abogados, la representación legal puede tener, asimismo, los siguientes efectos socialmente perjudiciales: 1) subestimar "el cambio formal antes que el substancial"; 2) subestimar "las formas menos onerosas de abogacía", ta-

que la gran inquietud por reformas que hagan efectivos los nuevos derechos, han llevado a pensar en el cambio del sistema... del sistema judicial.¹⁴³

La idea que preside la tercera tesis puede ser mejor comprendida mediante una breve consideración acerca de sus ventajas. En primer lugar, como ya hemos dicho, este enfoque pretende una amplia variedad de reformas, incluyendo cambios del procedimiento y de la organización judicial: creación de nuevos tribunales; admisión de personas legas en derecho tanto para juzgar como para defender; modificaciones al derecho sustantivo para evitar los conflictos o facilitar su solución; establecimiento de órganos privados o informales para dirimirlos. Este resumido enfoque no impide innovaciones más amplias y radicales, que van más allá de la representación legal.

les como "la intervención de profanos o la autodefensa"; 3) confiar demasiado en los medios para promover la abogacía, "así, pasa por alto la posibilidad de que puedan haber reformas que eliminen la necesidad de abogados"; y 4) subestimar el efecto de "los triunfos judiciales... desconociendo los esfuerzos organizativos necesarios para obtener una victoria política y sus ventajas anexas". En resumidas cuentas, las energías pueden dispersarse demasiado en "estrategias legales" (véase: *id.*). En un importante estudio inglés de 1973, PHILIP LEWIS ha hecho una observación similar: "Se ha dicho que será vano darle más derechos al pueblo si al mismo tiempo no se le proporcionan los medios para que los haga valer. Estoy de acuerdo con eso, pero la representación letrada puede no ser el mejor camino para hacerlo" (LEWIS, *Unmet Legal Needs* [Contradictorias necesidades legales], en: MORRIS, P., R. WHITE y P. LEWIS, *Social Needs and Legal Actions* [Acciones y necesidades sociales], London, Martin Robertson, 1973, pp. 75, 95). El presidente de la Corporación de Servicios Jurídicos de los Estados Unidos se ha hecho eco recientemente de esta posición: "He dicho, y lo reitero, que es esencial aumentar los servicios jurídicos, pero que éste es sólo un aspecto de la solución para que los pobres tengan acceso a la justicia" (ERLICH, *A Year in the Life... The Legal Services Corporation* [Un año de vida... La Corporación de Servicios Jurídicos], en: NLADA, *Briefcase*, v. 34 [1976-1977], pp. 65, 67). Véase además: NAORA y SINGAR, *Dispute Resolution* [Solución de conflictos], en: *Cal. St. B. J.* [California State Bar Journal], (1976), pp. 281-284.

143 Es digno de recordar que dos de los fundadores del actual movimiento de asistencia jurídica de los Estados Unidos, EDGAR y JEAN

Esta tesis va más lejos aún, por cuanto admite la necesidad de *reaccionar y adaptar el proceso civil a cada tipo de conflicto*,¹⁴³ los cuales tienen características específicas que permiten distinguirlos uno de otro, en virtud de las cuales pueden presentarse obstáculos distintos al "acceso", que hagan necesarias otras soluciones.

Así, los conflictos difieren, en general, por su complejidad: es más fácil solucionar un simple cobro de pesos que una demanda por nulidad. También divergen mucho en la cantidad que se pretende, lo que afectará tanto a los individuos como a la sociedad por los gastos que irroga su solución. Algunos conflictos son "resueltos" mejor por las partes mismas, prefiriendo

CARR, ya previene este nuevo aspecto en 1916. Refiriéndose a "la intensificación de las demandas", provocada por los estudios jurídicos que se ocupan de asuntos vecinales, dijo que esa "demanda" [en el sentido económico de la palabra] podía causar un rechazo del viejo producto, "induciendo a la gente a preferir sustitutos y revelar, así, una insospechada plentitud para petición de la manera en que la profesión jurídica se halla especializada". Propusieron, por tanto, "un esquema de lo que podría denominarse «justicia industrializada», es decir, una industria que debe ofrecer mayor variedad de productos, en más grande cantidad y proveer a un consumo potencial mucho mayor que el calculado" (CARR y CARR, *What Price Justice: The Civilian Perspective Revisited* [Lo que cuesta la justicia: Nuevo punto de vista desde la ciudadanía], en: *Notre Dame Lawyer*, v. 41 [1966], pp. 927, 941, 947).

144 El Prof. FRANK SANDER ha diferenciado, hace poco, esta necesidad de lo que generalmente se presenta en los tribunales especiales y en las reparticiones administrativas norteamericanas: "Estas fueron, esencialmente, desviaciones institucionales, es decir, recursos dados a las reparticiones que tenían competencia propia, pero ya ha llegado el momento de optar por una mejor alternativa, principalmente procesal" (SANDER, F., *Varieties of Dispute Processing* [Diversidad de tratamiento de los conflictos], trabajo presentado a la Conferencia nacional sobre las causas de la insatisfacción popular con la administración de justicia, reunida en Saint-Paul, Minnesota, el 8 de abril de 1976, p. 21).

Están igualmente de acuerdo los jueces BECKER y STRECKER: "Además, como un lógico efecto de la especialización y división del trabajo, la creación de tribunales especiales presenta la ventaja de adaptar las normas procesales a un aspecto particular del Derecho" (BECKER, R. y C. STRECKER, *Sec. 11B*, *ob. cit.* en nota 11).

"evitarse" mutuamente.¹⁴⁵ La importancia social de ciertas demandas, afecta asimismo la distribución de los recursos económicos para dirimir el conflicto. Además, en tanto que algunos asuntos deben ser rápidamente solucionados, otros requieren un examen más lento.

Como lo han subrayado los sociólogos contemporáneos, también debe tenerse en cuenta a las partes que litigan en cada tipo de conflicto.¹⁴⁶ Algunas pueden estar vinculadas entre sí por largas y complejas relaciones, en tanto que otras lo estarán sólo esporádicamente. Esto ha sugerido que la mediación, u otras formas similares, son más apropiadas para solucionar los casos de relaciones permanentes.¹⁴⁷ Asimismo, las partes pueden diferenciarse mucho por su poder de negociación, habilidad y otros factores ya tratados en el presente informe con el título de "ventajas personales".

145 Para el término "evitarse" [en Argentina, vulgarmente "evitar"] y una importante exposición acerca de su uso en la sociedad moderna, véase: FELSTNER, *Influence of Social Organization on Dispute Processing* [Influencia de la estructura social en el tratamiento de los conflictos], en: *Law and Soc'y Rev.*, v. 9 (1974), p. 63.

146 Véase, p. c.: GESSNER, V., *Recht und Konflikte*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 202-215; GALANTER, *ob. cit.* en nota 10 de este trabajo.

147 De acuerdo a lo que dicen los profesores SARAT y GROSSMAN: "Cuando las relaciones [humanas] llegan a ser tan interdependientes en la compleja estructura de las sociedades superindustrializadas, como lo fueron o lo son en las sociedades primitivas, hay que reiterar la necesidad de solucionar armónicamente los problemas de manera de preservar esas relaciones más allá del pleito" (SARAT y GROSSMAN, *Courts and Conflict Resolution: Some Problems in the Mobilization of Adjudication* [Los tribunales y la solución de los conflictos: Algunos problemas del cumplimiento de las sentencias], en: *Am. Pu. Pol. Rev.*, v. 69 (1973), pp. 1200-1210). Véase además: GESSNER, p. 233, *ob. cit.* en nota 146; GALANTER, pp. 126-132, *ob. cit.* en nota 10. Para una base empírica acerca de esta hipótesis en los juicios de menor cuantía, véase: SARAT, *Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court* [Alternativas en el tratamiento de los conflictos: los juicios ante los tribunales de menor cuantía], en: *Law and Soc'y Rev.*, v. 10 (1976), pp. 339, 357-358, 366-369.

Finalmente, hay que insistir en que los conflictos tienen repercusiones *tanto individuales como colectivas*. Aunque sea casi obvio decirlo, es conceptual y prácticamente importante distinguir esos dos tipos de repercusión, porque el ámbito individual y colectivo puede ser medido de distinta manera.

Un ejemplo de esto lo proporcionan las ya aludidas ventajas que tiene una poderosa organización cuando litiga contra una persona, lo que influye en la posibilidad de que se le reconozca su derecho, le da la oportunidad de litigar por asuntos de menor cuantía y puede utilizar los servicios de abogados para hacer valer sus pretensiones. En los casos individuales esas ventajas, como ya veremos, pueden ser contrarrestadas con algún éxito, a ese nivel.

En otro plano, tenemos las ventajas de las organizaciones poderosas para litigar en los "casos jurídicamente novedosos", por la seguridad de contar con decisiones favorables que podrán copiar luego, en los casos individuales, para provocar transacciones, reconocer un derecho cuando sea necesario y sugerir y gestionar las reformas legislativas que favorezcan, por ejemplo, *la protección de los intereses difusos*, a lo cual ya nos hemos referido.

Algunos aspectos, como el de las clases de acciones, pueden ser útiles, algunas veces, individual y colectivamente, pero las soluciones tienden a amparar sólo uno de esos intereses.

En resumen: es necesario percatarse de la función e importancia de los diversos factores y obstáculos relacionados con los procedimientos e instituciones a que se oponen. El "enfoque del acceso a la justicia" computa todos esos problemas. Si, además ahora, cada vez en mayor medida, no sólo la utilidad sino también la necesidad de este planteo en el mundo moderno.

IV. PROTECCIONES DEL "ENFOQUE DEL ACCESO A LA JUSTICIA"

El "enfoque del acceso a la justicia" tiene una inmensa cantidad de proyecciones. Puede decirse que significa nada menos que el estudio crítico y la reforma de toda la legislación. Obviamente, cualquier proyecto tipo, aunque haya costado —como el

de Florencia— con destacados y cuantiosos colaboradores, no puede, en el presente estado de la investigación, proporcionar otra cosa que un determinado punto de vista. Sin embargo, es posible bosquejar algunas orientaciones e ideas; su discusión contribuirá a mostrar las realizaciones, posibilidades, límites y desventajas de ese creador esfuerzos multinacional.

Pero, antes de tratar las reformas en particular, debe destacarse que cualquiera de ellas está estrechamente relacionada con las otras, tanto actuales como futuras.

Por ejemplo, una reforma legal que les dé mayores derechos a los arrendatarios puede tener, al principio, poco o ningún efecto, pero un cambio posterior que les proporcione a aquéllos un mejor asesoramiento jurídico, les alertará acerca de sus nuevos derechos y aun los inducirá a litigar.

La atribución de la competencia sobre locaciones a los tribunales ordinarios puede complicar y recargar sus tareas cuando no están acostumbrados a intervenir en esa clase de conflictos. La creación de tribunales con esa competencia especial tiende a solucionar ese problema, y si no se exige el patrocinio letrado, podrá evitarse la intervención de profesionales del derecho.

Esto no quiere decir que siempre haya de suceder de ese modo. Mejor dicho, pese a nuestro empeño en destacar especialmente algunas de las principales reformas, no hay que olvidar sus efectos e interrelaciones con todo el procedimiento que regula el conflicto.

A) Generalidades sobre la reforma de los procedimientos judiciales.

Aunque a los juristas les interesan más las diversas posibilidades de reformar el funcionamiento de los tribunales ordinarios que el sistema judicial en sí mismo, es importante recordar que muchos de los principales conflictos, de los individuos y de los grupos, serán dirimidos por esos tribunales.

Como ha afirmado el maestro JACOB: "Por supuesto que el procedimiento actual ante los tribunales comunes seguirá ocupándose, necesaria e imprescindiblemente, de importantes cuestiones jurídicas, incluso asuntos de interés constitucional, y tam-

bién de las demandas ordinarias que afectan grandes y cuantiosos intereses".¹⁴⁸

Por lo menos desde la segunda mitad del siglo que vivimos ha habido significativas inquietudes para mejorar y modernizar el procedimiento y la organización judicial. Un expresivo ejemplo de eso son, en Europa continental, los bien conocidos principios agrupados en la denominación de "oralidad", que abarcan la libre convicción para apreciar la prueba, la concentración procesal, la inmediación —que pone a los jueces en contacto directo con las partes y testigos—, y la oficiosidad, mediante la cual los jueces pueden averiguar la verdad real y equilibrar las situaciones procesales de los litigantes.¹⁴⁹ Cuando esos principios fueron establecidos por la precursora Ordenanza procesal civil austríaca de 1895, contribuyeron a hacer —con las palabras del gran procesalista Franz KLEIN— "un procedimiento civil simple, económico, rápido y accesible a los pobres".¹⁵⁰

El exagerado sistema dispositivo, de abstención judicial, ha sido muy criticado en los Estados Unidos, al menos desde la famosa conferencia de Roscoe POUND, en 1906.¹⁵¹ Ahora se acep-

148 JACOB, I. H., Sec. X, *ob. cit.* en nota 37. Agregan NADER y SINGER que "los tribunales deben ser reservados para juicios individuales y contradictorios, como sucede con los sentencias penales de condena o los casos jurídicamente novedosos que intentan definir las relaciones y derechos de las partes" (véase: NADER y SINGER, p. 318, *ob. cit.* en nota 142).

149 Para un análisis comparativo de la "oralidad", basado en 18 informes nacionales, véase: CAPPELLETTI, M., *Procedure orale et Procedure écrite*, Dobbs Ferry, N. Y., Oceano; Milán, Giuffrè, 1971 (informe general presentado al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, reunido en Poitiers, el año 1970). Véase además: CAPPELLETTI, pp. 351-360, *ob. cit.* en nota 7.

150 KLEIN, F., *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1927, v. 1, p. 87. En 1895, por ejemplo, hubo un brusco aumento de los juicios de los tribunales de segunda instancia, terminados seis meses después de haberlo sido en primera. El porcentaje de caso de los distritos judiciales fue del 1,8 %, en los juicios anteriores a la reforma procesal, al 48,2 %; en otro, del 3,4 % al 68,7 %; y en un tercero, del 7,3 % al 70 % (*ibid.*, p. 88). Véase además: KLEIN, F., *Vorlesungen über die Praxis des Civilprozesses*, Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1900, pp. 7-9.

151 POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Admin-*

ta allí que una más activa intervención de los jueces puede ser beneficiosa y no obstaculizadora del principio dispositivo, desde que la eventual presencia de las partes¹⁵² aumenta la posibilidad de que la sentencia sea el resultado de los respectivos argumentos de aquéllas, y no el simple reflejo de la incoactiva situación de los litigantes.¹⁵³

Las reformas han continuado en este aspecto y aún tienen un amplio campo por delante. En un considerable esfuerzo por hacer menos oneroso el acceso a los tribunales franceses, el ministro de Justicia anunció, el 1 de setiembre de 1977, que a partir del 1 de enero de 1978 serían eliminadas todas las tasas judiciales;¹⁵⁴ así, quien litigue por daños y perjuicios se ahorrará más

satisfaction of Justice [Las causas de la insatisfacción popular por la administración de justicia], en: *Baylar L. Rev.*, v. 3 (1956), p. 1, publicado anteriormente en: *Am. L. R.*, v. 40 (1960), p. 729.

152 Sobre la creciente importancia del principio de oficiosidad en los juicios de interés público, como opuesto al principio dispositivo, véase: CHAYES, *ob. cit.* en nota 2 de este trabajo; HOMBURGER, *State Class Actions and the Federal Rule* [El Estado ante las "acciones grupales" y la legislación de procedimientos federal], en: *Colum. L. Rev.*, v. 71 (1971), pp. 609, 657-658; *Vindicating the Public Interest*, pp. 631-633.

153 GALANTER opina que "las sobrecabundantes y estílicas normas legales proporcionan el marco dentro del cual las ventajas de los litigantes "habituales" —en el sentido de aprovechar las oportunidades procesales y los servicios jurídicos— se realizan cumplidamente" (véase: GALANTER, pp. 127, 140, *ob. cit.* en nota 10). El Prof. FASCINNO argumenta, de la siguiente manera, contra la idea de encargar a los abogados la defensa del interés público:

"De acuerdo al punto de vista austríaco, es muy dudoso que tales reformas puedan mejorar la protección jurídica, especialmente porque el interés público ya está ampliamente amparado por las atribuciones conferidas al juez en el procedimiento civil. Sin embargo, en aquellos países donde este último se basa en el principio dispositivo, que proviene de la filosofía del *laissez-faire*, esto no sólo es comprensible sino también necesario para salvar efectivamente las deficiencias" (FASCINNO, H., *Access to Justice in Austria*, Sec. VD del volumen donde está publicado este trabajo).

154 En los juicios civiles las partes no tendrán que pagar más de las siguientes tasas: 1) la tasa procesal; 2) el derecho de inscripción; 3) el sellado de actuación (Ley 1468/77, en: I. O., 1977, p. 6309). Los ho-

de 200 dólares. De esa manera se ha derribado un obstáculo tributario, aunque quedan en pie las costas por los honorarios profesionales.

También debe mencionarse, entre las reformas que nos ocupan, el popularísimo sistema denominado *Stuttgarter Modell* del proceso civil alemán, que hace participar a los litigantes, abogados y jueces en un vivo diálogo sobre las cuestiones de hecho y de derecho, lo que no sólo acelera el proceso sino que lo termina por una sentencia inteligible para las partes, quienes podrán conocerla y consentirla o apelarla de inmediato.¹⁵⁵ Algunas de las principales características de este avanzado sistema eran optativas, pero han llegado a ser obligatorias, en todos los Estados alemanes, por la reforma de la Ordenanza procesal civil, vigente desde el 1 de julio de 1977.¹⁵⁶

Los honorarios de los abogados, peritos y otros similares serán abonados después. Según un artículo publicado en el diario "Le Monde", un juicio por accidente de tránsito puede costar, más o menos, 1049 francos (cerca de 225 dólares); un divorcio por mutuo consentimiento, 510 francos (alrededor de 110 dólares); y un divorcio contradictorio, dos veces más. Si bien se estima que el Estado perderá por esta reforma 154 millones de francos (aproximadamente 34 millones de dólares), el costo actual de recaudación de las tasas excede la cantidad percibida. Además, se cree que la reforma evitará que los empleados pierdan el tiempo impositivo multas, las cuales, por eso mismo, podrán aumentar considerablemente (BOUTIER, P., *La Révolution et l'État*, en: "Le Monde", 3 set. 1977, pp. 1, 211).

155 Véase: BENDER, R. y C. STRUCKER, *Ess.* III, *ob. cit.* en nota 11. Para una muy detallada explicación del modelo de Stuttgart, véase: BENDER, R., *The Stuttgart Model*, 1978, a publicar en el v. II de las series del "Proyecto de Florencia". La característica más notable de este procedimiento es que los jueces, después de oír primero a las partes y luego a los testigos, se retiran a deliberar y vuelven con un proyecto de sentencia, que es discutida por ellos y las partes, quienes aún pueden arreglarse entre sí. Esto se aplica en proporción no mucho mayor de un tercio de los juicios apelados ante los tribunales que juzgan por el procedimiento común. Asimismo, aproximadamente el 75 % de los juicios ante los tribunales del modelo de Stuttgart terminan en seis meses, lapso dentro del cual sólo finaliza aproximadamente el 40 % de los que tramitan ante los tribunales ordinarios.

156 La ley para la simplificación y aceleración de los procedimientos judiciales (*Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtli-*

Respecto a las reformas para reducir los costos, y en algún sentido extenderlas a la tradicional "oralidad", cabe citar también el procedimiento civil socialista.¹⁵⁷ Los informantes de la Unión Soviética y de los países de Europa Oriental para el "Proyecto de Florencia" insistieron en que no había necesidad de crear procedimientos especiales al margen del ordinario. Dijo, sencillamente el Prof. STALEV, de Sofía: "En Bulgaria, como en los otros países socialistas, no se necesitan procedimientos especiales para reducir los costos de los juicios de menor cuantía, porque el funcionamiento de los tribunales de justicia es gratuito y muy accesible a todo el pueblo".¹⁵⁸

der Verfahren), de 3 de diciembre de 1976, publicada en BGBl, 1976, v. I, p. 3281, dispone —entre otras cosas— que los juicios deben ser resueltos, en adelante, "en una sola audiencia" (nuevo párrafo [artículo] 272, 1, ZPO [*Zivilprozess Ordnung: Ordenanza, o Código Procesal Civil*] y que al comienzo de ella el tribunal deberá resumir, según su punto de vista, las cuestiones de hecho y de derecho planteadas. Las partes están obligadas a concurrir a la audiencia y responder a las observaciones del tribunal. La prueba será recibida inmediatamente, si las partes no presentan otras que las propuestas. Es muy interesante que le esté prohibido al tribunal fundamentar su sentencia en el derecho que no haya sido expresamente invocado por las partes.

157 Sobre la relación del principio de "oralidad" con estos procedimientos, véase: CAPPELLETTI, M., pp. 81-85, *ob. cit.* en nota 149.

158 STALEV, Z., *Access to Justice in Bulgaria*, en la Secc. I del volumen donde originalmente está publicado el presente trabajo. Véase además: PUCHINSKIY, V., *Access to Justice in the Soviet Union*, en misma citada sección, donde dice que "los costos judiciales son relativamente mínimos, lo cual no impide a nadie hacer valer su derecho"; NÉMAL, L., *Access to the Civil Justice System in Hungary* [El acceso a la justicia civil en Hungría] en Secc. IA del volumen donde está publicada la presente sección; LOS, M., *Access to the Civil Justice System in Poland* [El acceso a la justicia civil en Polonia], en: Secc. IIA del volumen donde está publicada la presente sección.

El Prof. STALEV atribuye esta accesibilidad a las siguientes causas: 1) informalismo para accionar, ser oído y recurrir la sentencia; 2) gran cantidad de tribunales, lo que hace que sean inmediatamente accesibles; 3) inexistencia de abogados que ejerzan privadamente su profesión (socialización de la abogacía); 4) procedimientos informales, rápidos y económicos; "todas las medidas procesales pueden ser subsanadas"; 5) función directiva y conciliadora del tribunal; y 6) posibilidad de interven-

El procedimiento socialista, en los países del Oriente de Europa y en la Unión Soviética proporciona sin duda una relativamente informal, rápida y económica solución de los conflictos.¹⁵⁹ Sin embargo, cabe argumentar que esos procedimientos ante los tribunales ordinarios han sido implantados en un sistema político y económico muy distinto del que existe en los países occidentales, con todas sus ventajas y desventajas.

Es oportuno preguntar hasta dónde un proyecto-tipo, basado en el principio de "oralidad", puede abstrir los obstáculos al "acceso", que encontramos en los países occidentales.¹⁶⁰ Dada

ción de la procuraduría (*ministerio público*) en los juicios civiles (STALEV, *Access to Civil Justice in the European Socialist States* [El acceso a la justicia civil en los Estados socialistas europeos], en: *Rechts Zeitschrift*, v. 40 (1976), pp. 770-780).

159 Respecto a la duración, se ha informado que en la Unión Soviética el 89 % del total de los juicios de primera instancia se juzgan dentro del mes de iniciados (véase: PUCHINSKIY, V., Secc. III, *ob. cit.* en nota 158 de este trabajo). El Prof. STALEV dice que en Bulgaria el 79 % de los juicios ante los tribunales regionales, y el 64 % ante los de distrito, finalizan en un mes; en la República Democrática Alemana (*Alemania Oriental*), cerca del 80 % de los juicios ante los tribunales regionales son juzgados en tres meses; el mismo lapso duran aproximadamente el 69 % de los juicios ante los tribunales regionales húngaros; en Polonia el promedio es de dos meses ante ese tipo de tribunales y de tres a ocho en los de distrito (STALEV, p. 778, *ob. cit.* en nota 158).

Las cifras de los costos son igualmente impresionantes. Según el informe soviético, los gastos de actuación judicial de una demanda por 400 rublos (cerca de 440 dólares) son en total más o menos de 29 rublos y medio, es tanto que la parte de las costas que se retiene para el abogado (cuya intervención no es obligatoria), añade generalmente otros 20 rublos más (PUCHINSKIY, V., Secc. II, *ob. cit.* en nota 158). Dice STALEV refiriéndose a Bulgaria que un juicio por 1000 levas (más o menos el mismo valor en dólares) en el cual sean necesarios cuatro testigos y un perito e intervenga un abogado, las costas de primera instancia insumen alrededor de 125 levas (STALEV, Z., Secc. III, *ob. cit.* en nota 158).

160 Poniendo de lado las diferencias técnicas y limitándonos al aspecto práctico, es bien sabido que los conflictos entre las repeticiones del Estado son resueltos por el arbitraje estatal. Por otra parte, parece que el monto de las demandas es muy bajo en países como la URSS, donde según el informe soviético, el 90 a 95 % de los juicios civiles son apro-

la complejidad de muchas de nuestras leyes y la necesidad de abogados y jueces para interpretarlas y aplicarlas, parece claro que la idea de crear tribunales ordinarios muy simples y baratos es irreal.¹⁶¹

Si los jueces están para cumplir su tradicional función de aplicar, amoldar y adaptar leyes complicadas a situaciones diversas, justas e imparcialmente, parece que continuarán siendo esenciales la mayor destreza de los abogados de las partes y una muy buena estructura procesal. Esta debe ser completada por un sistema más o menos paralelo de solución de conflictos, si es que estamos dispuestos a atacar, sobre todo a nivel individual, obstáculos tales como los costos, las "ventajas personales de las partes" y los juicios de menor cuantía.

B) *Creción de medios alternativos para resolver los conflictos.*

Varios de los temas a que nos referiremos seguidamente, tienen por objeto hacerse cargo de las limitaciones a las reformas de los tribunales ordinarios, y por consiguiente abarcan la creación de instituciones alternativas, por medio de trámites sencillos y/o de decisiones extrajudiciales. Se insiste, mayoritariamente, en el arbitraje, la conciliación y los incentivos económicos. Estos procedimientos técnicos pueden ser obligatorios u optativos, para algunos o todos los juicios.

ximadamente por 500 rublos (cerca de igual valor en dólares) (véase: PUCHINSKIY, Secc. II, *ob. cit.* en nota 158). Para un interesante estudio comparativo de los gastos de justicia entre Alemania Occidental y Alemania Oriental, véase: BLACKBURN, *Studying the Frequency of Civil Litigation in Germany* [La litigiosidad civil en Alemania], en: *Law and Soc' y Rev.*, v. 9 (1975), pp. 101, 308-310.

161 Claro está que la competencia de los tribunales para dirimir conflictos cuando se trata de deudas tributarias, como opuesta a la de los organismos administrativos, parece ya en decadencia. Se ha dicho en un reciente trabajo: "Sin duda, los tribunales son aún muy útiles en muchas situaciones, pero la mayoría de la gente ya no acude a ellos para resolver sus problemas" (FREDMAN y FRECHMAN, *A Tale of Two Courts: Litigation in America and San Borito Counties* [Historia de dos tribunales: los juicios en los condados de Alameda y San Benito], en: *Law and Soc' y Rev.*, v. 10 (1976), p. 267.

Aunque, como veremos, la más importante reforma procesal se refiere a los juicios especiales, como son los de menor cuantía o los interpuestos por los consumidores, también algunas reformas generales merecen atención, por lo cual serán tratadas brevemente aquí.

1. El arbitraje. (9)

Es ésta una antigua institución que se caracteriza por el procedimiento relativamente informal, por los árbitros con formación legal o técnica y por el laudo obligatorio, sólo limitadamente apelable. Ha sido muy usado por convenio de partes.

Aunque el arbitraje puede ser un instrumento procesal más o menos rápido y económico, ha terminado por ser muy caro para las partes porque ellas deben pagar los honorarios de los árbitros.¹⁶² Por eso no sorprende la reciente propuesta de que sea el Estado quien los remunere o permita a los jueces actuar como tales.¹⁶³

En Francia, hasta 1971, las partes han podido optar por deferir la solución de los conflictos a un juez con función de "amigable compositor".¹⁶⁴

También en 1971, se sancionó en California un proyecto experimental de arbitraje voluntario, con el propósito de ahorrar costos, por medio del nombramiento de abogados que aceptasen gratuitamente ser árbitros. Este sistema ha tenido tanto éxito para reducir los costos del Estado y de las partes que fue reemplazado, a mediados de 1976, por otro de arbitraje obliga-

torio al interponerse la demanda.¹⁶⁵ Ante el retardo y los gastos que caracterizan, a menudo, a un juicio ordinario, estas alternativas pueden reducir los costos de las partes, y si se las usa frecuentemente, también los laudos pueden llegar a beneficiar a los litigantes más débiles.

Parecidas ventajas tiene el automático sometimiento al arbitraje, que es mayormente usado en Filadelfia, Pennsylvania.¹⁶⁶ Sin embargo, este sistema presenta una complicación, porque para mantener la constitucionalidad de ese "sometimiento obligatorio", debe quedar expedita la vía del control jurisdiccional por medio de la apelación.¹⁶⁷

162 Acerca del sistema anterior, de arbitraje por abogados, véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. IIIA2a* (2), *ob. cit.* en nota 11. Las nuevas disposiciones también incluyen árbitros voluntarios y gratuitos para demandas inferiores a 7500 dólares. Esto último entró en vigencia el 1 de julio de 1976 (véase: *Cof. Civ. Pro.* [Código de procedimiento civil de California], párrafo [artículo] 1141 [titulo] 10, publicado en: *West Supp.* 1976).

163 El arbitraje obligatorio se inició en Filadelfia con una competencia máxima de 1000 dólares, pero desde 1971 es de 10.000. El tribunal arbitral está integrado por abogados, elegidos de una lista de 5000 profesionales, quienes aceptan ser árbitros recibidos (el presidente percibe 50 dólares por asunto y 30 cada uno de los otros integrantes). Parece que en los primeros dos años siguientes a la limitación de la competencia hasta 10.000 dólares, el atraso en los juicios civiles se redujo de 48 a 21 meses, en tanto que el de los arbitrales sólo fue de tres meses (véase: JOHNSON, E. (hijo), V. KACZOR y E. SCHWARTZ, *Outside the Courts: A Survey of Disposition Alternatives in Civil Cases*. [Al margen de los tribunales; Investigación sobre la diversidad de alternativas en los juicios civiles], Denver, National Center for State Courts, 1977, pp. 41-43, 45-49; JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. IIIA1*, *ob. cit.* en nota 11).

167 El principal fundamento de las nuevas disposiciones legales de Filadelfia consiste en que el arbitraje priva a los litigantes de su derecho constitucional a ser juzgados por un jurado [Constitución de los Estados Unidos, agregado de 15 de diciembre de 1791, art. VIII]. No obstante, los tribunales de Pennsylvania han puesto obstáculos económicos al derecho de apelar (así, en el caso *Smith*, 383 Pa. 225, 117 A 2 d 625, 1955). Actualmente, quien apela debe cargar con los altos costos del arbitraje, incluido el irrecuperable honorario del árbitro, que es de 110 dólares (véase: JOHNSON, E. (hijo), V. KACZOR y E. SCHWARTZ, p. 45, *ob. cit.* en nota 166).

162 Véase, p. e.: BARNER, R. y C. STRICKER, *Sec. III D*, *ob. cit.* en nota 11; BOLZANO, P., *Sec. VC*, *ob. cit.* en nota 81; THREY, P., *Sec. XI*, *ob. cit.* en nota 62.

163 Aunque todavía no existe en esos lugares, ha sido propuesto entre otras partes en Alemania (véase: BARNER, R. y C. STRICKER, *Sec. III D*, *ob. cit.* en nota 11) y en Suecia (véase: BOLZANO, P., *Sec. VC*, *ob. cit.* en nota 81).

164 Código de procedimiento civil, arts. 57, 58, 795-796 (véase: THREY, P., *Sec. XI*, *ob. cit.* en nota 62). El juez sólo está autorizado para ser árbitro cuando las partes pueden disponer de sus derechos.

(9) Véase N. del T. en el Apéndice.

El peligro radica en que las partes insatisfechas, amedrentadas por las cargas de nuevas costas y temerosas de un nuevo juicio, no se valdrán de este derecho, quedando por tanto injustamente privadas de la protección judicial. Pero si eso puede ser superado —no pueden solucionarse los problemas de la lentitud y onerosidad del procedimiento ante los tribunales ordinarios, el arbitraje a que nos hemos referido puede servir a mucha gente para el "acceso a la justicia".

2. La conciliación. (ii)

Evidentes ventajas tienen las partes y el mismo sistema legal si los conflictos se solucionan extrajudicialmente. La actual congestión de los tribunales y el costo excesivamente alto de los juicios pueden ser los motivos para que un procedimiento ágil, como es la conciliación, beneficie de especial manera a las partes.

Por otro lado, parece más fácil llevar a cabo un convenio conciliatorio que llegar a una decisión judicial porque aquél se basa en un compromiso previo.

El procedimiento de conciliación —distinto del judicial, en el que se declara generalmente que una parte "tiene derecho" y la otra "no lo tiene"— proporciona la posibilidad de que puedan probarse las causas subyacentes que han provocado el conflicto, y que largas y complejas relaciones hallen solución a sus diferencias.¹⁶⁶

El sistema legal japonés proporciona un buen ejemplo del amplio uso de la conciliación en un tercio de los casos plantea-

166 Según EXHAMER, la misión del juez "no consiste en procurar la conciliación de las partes, sino buscar una solución que esté de acuerdo con el mejor derecho de ellas"; en cambio, "el mediador debe, preferentemente, ir más allá, teniendo en cuenta las consecuencias de las varias soluciones posibles, y debe convencer a las partes que acepten alguna" (véase: EXHAMER, *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution* [El mediador, el juez y el funcionario administrativo en la solución de los conflictos], en: *Acta Sociologica*, v. 10 [1966], pp. 148, 161; véase además las citas que figuran en la nota 147 de este trabajo).

(ii) Véase N. del T. en el Apéndice.

dos.¹⁶⁷ Las comisiones de conciliación, integradas por dos personas legas y, al menos formalmente, por un juez, existen desde hace mucho tiempo en todo el Japón para escuchar informalmente a las partes y sugerir una solución adecuada.

La conciliación puede ser provocada por una de las partes o el juez convocarlas a una audiencia conciliatoria. Este procedimiento, pese a que ya está en decadencia, es aún muy importante en el mencionado país.¹⁶⁸ Si bien pueden admitirse, en cierta medida, las excepcionales condiciones favorables que la conciliación presenta en el Japón, debe tenerse en cuenta la siguiente observación de los profesores KOJIMA y TANIGUCHI: "El hecho de que esta institución haya arraigado y esté difundida en una sociedad tan extensa, distinta de las occidentales y de las del Cercano Oriente, no es óbice para que sea un medio útil de solucionar conflictos".¹⁶⁹

Varios países occidentales, especialmente Francia y los Estados Unidos, ratifican el punto de vista de los informantes japoneses. El experimento norteamericano de los "consejos vecinales de conciliación", de 1978, a los que nos referiremos más adelante, cuando tratemos de los "tribunales sociales",¹⁷⁰ es un importante ejemplo de las inquietudes acerca de la conciliación.

La institución francesa del "conciliador vecinal", que ya ha superado la etapa de la experimentación, comenzó a ser aplicada, en febrero de 1977, en cuatro departamentos franceses, y en marzo de 1978 fue extendida a los restantes.¹⁷¹ Los "concilia-

167 Para mayores detalles, véase: KOJIMA, T. y Y. TANIGUCHI, *SOCI. VAL.*, *op. cit.* en nota 14.

170 De acuerdo a los datos del informe japonés, transitaron en 1974, ante las comisiones colegiadas de conciliación, 111.459 casos —68.525 de ellos sobre asuntos de familia—, habiéndose conciliado el 48,8 %. Estas cifras contrastan con las 148.750 demandas judiciales que transitaron durante el mismo año (véase: *id.*).

171 Sugieren los profesores KOJIMA y TANIGUCHI que los accidentes automovilísticos y los asuntos de familia han demostrado adaptarse muy bien a la conciliación en el Japón, y que también es posible que la sean en otras partes (*id.*).

172 Véase la Secc. WCZ del volumen donde ha sido publicado este trabajo.

172a. Decreto 38, de 20 de marzo de 1978, en: J. O., 1978, p.

dores" son vecinos que actúan unipersonalmente, funcionando sus despachos en las municipalidades; tienen amplias atribuciones para procurar la conciliación de las partes y resolver equitativamente los conflictos. Los conciliadores, que son designados por el presidente del tribunal regional de apelación, también pueden asesorar y aconsejar. Hay actualmente en Francia un gran interés por someter las disputas a esos "conciliadores vecinales".

Además de esta muy interesante innovación francesa, basada en la iniciativa de las partes y en el prestigio del "conciliador" para provocar el arreglo de las diferencias, el informe del Proyecto Fiorentino muestra una amplia variedad de procedimientos obligatorios u optativos para estimular la conciliación.¹⁷¹ En este sentido se suele dar al juez la atribución de sugo-

1765. El conciliador tiene competencia para toda clase de asuntos civiles, excepto los siguientes: juicios entre particulares y el Estado, arrendamientos rurales, conflictos individuales de trabajo y asuntos sobre el estado civil de las personas. También puede ser objeto de conciliación la indemnización civil del daño causado por delitos, menos cuando es pedido en sede penal. Para mayores detalles, véase: THAYER, P., Apéndice, *ob. cit.* en nota 62. Durante la etapa experimental, muchos de los problemas derivados al conciliador se referían a conflictos vecinales, asuntos de consumo (suelto sobre de créditos de esa procedencia) y alquileres (véase la Resolución ministerial de 15 de octubre de 1972, punto 2).

173. En varios países la conciliación puede ser previa y obligatoria, o después de comenzado el juicio, pero esto no ha dado resultados satisfactorios (véase: THAYER, P., Secc. VIIA, Francia, *ob. cit.* en nota 62; MORALES y ALONSO, C. DE, Secc. HCL, España, *ob. cit.* en nota 18; VICENTINI, V., Secc. IIC, *ob. cit.* en nota 16). Como observa THAYER: "Es evidente que el comienzo de un juicio no es el mejor momento para que las partes se concilien. A menos que una de las pretensiones sea manifiestamente absurda, cada una de las partes tendrá que conocer los argumentos de la otra para darse cuenta de sus propios puntos flojos" (THAYER, P., Secc. VIIA, *ob. cit.* en nota 62).

En otros países el juez o los jueces convocan a las partes a conciliación en cualquier etapa del juicio. Es lo que sucede en Austria: "En cada etapa del juicio, el juez —de acuerdo a su atribución de impulsar el procedimiento— está autorizado para hacer de «pacificador»" (párr. 201, 1, de la ZPO; PASCHAU, H., Secc. IIC, *ob. cit.* en nota 153). Otros ejemplos son: Francia, aunque también allí parece que no ha tenido éxito (véase: THAYER, Secc. VIIB, *ob. cit.* en nota 67); Alemania (véase:

rir el arreglo o permitirles a las partes ocurrir ante otro juez o funcionario competente.

Mientras se realizan las necesarias investigaciones empíricas para comprobar todo esto, parece que, en general, el mejor método que se ha encontrado es el establecido en New York:¹⁷⁴ por el cual un magistrado juzga el caso en tanto que otro procura conciliarlo.¹⁷⁵ Esto evita el problema que las partes acepten una propuesta de convenio porque suponen que es un anticipo de lo que sería la sentencia, o porque no quieren incurrir en la malquerencia del juez.

A medida que ha aumentado la importancia de la conciliación, sus foros y procedimientos han llegado a ser objeto de más precisos estudios. Ya se sabe qué clase de conciliadores son más aptos para solucionar efectivamente los conflictos.¹⁷⁶ Por

BUNGER, R. y C. STRECKER, Secc. HCL, *ob. cit.* en nota 11); Italia (véase: VICENTINI, V., Secc. IIC, *ob. cit.* en nota 16); y Suecia (véase: BOURNIN, P., Secc. IVF, *ob. cit.* en nota 112). Uno de los propósitos principales del modelo alemán de Stuttgart ha sido proporcionales a las partes la oportunidad de llegar a un arreglo, y parece que muchos más lo han hecho en los tribunales que se adhieren a ese sistema que en aquellos que no lo aplican (véase: BUNGER, R., p. 33, *ob. cit.* en nota 155).

174. El sistema de "entrevistas y distribución del trabajo" comenzó en New York, el año 1970, con el objeto de reducir la cantidad de 137,000 expedientes estruendos de los tribunales de la ciudad. Cada juez se atribuía como "entrevistador" para procurar el arreglo de los juicios, pendientes de vista de causa. Si no había arreglo, el expediente era enviado a otro juez para su inmediato juzgamiento en audiencia. Así fue arreglado el 40 % de los juicios y el asunto de tribunal terminó a fines de 1971. El procedimiento consistía, principalmente, en que los jueces escuchaban a las partes, les señalaban las falencias de sus argumentos y subrayaban las dificultades que sobrevendrían como mínimo el monto de los gastos judiciales (véase: JANSSEN, E. (hijo) y otros, Secc. IIC, *ob. cit.* en nota 11).

175. Véase: FRIEDBERG, p. 165, *ob. cit.* en nota 169; Fuller, *Collective Bargaining and the Arbitrator* [El convenio colectivo y el árbitro], *cit.* WIL, L. Rev., (1963), pp. 13, 26. Sin embargo, puede ser contraproducente en algunas situaciones. Compárese, *infra*, la nota 242 de este trabajo y su texto.

176. Entre las conclusiones generales de un estudio interdisciplinario acerca del árbitro alcaide, que existe en varios Estados desde el siglo XIX y que presentaba un infernal aspecto de medición —al principio

lo demás, debemos tener cuidado: la conciliación es útil para cierta clase de demandas y de partes intervinientes en los juicios, especialmente porque sabemos su importancia para mejorar las relaciones de esas partes antes de decidir quién tiene o no razón, pero aun cuando la conciliación tienda a reducir el congestionamiento de los expedientes que tramitan en el tribunal, podemos asegurar que los resultados son buenos no sólo porque solucionen el atraso siempre remediable de los tribunales.¹⁷⁶

5. Los incentivos económicos.^(*)

Otro de los procedimientos, de tipo general, para evitar la proliferación de los juicios, consiste en estimular arreglos entre

en causas contravencionales—, se han tortado las siguientes: 1) los árbitros prefieren mediar cuando las normas legales son claras y ellos pueden empujarlas fácilmente; 2) los mejores convenios son aquellos que incluyen arreglos y compromisos para regular las futuras relaciones de las partes, la determinación de sus derechos y la compensación de sus pretensiones; 3) la frecuencia con que se llama a testigos no vinculados a las partes, lo que parece estar en relación con la mayor cantidad de arreglos; 4) la facilitación de éstos por la mediación; 5) los árbitros más conscientes para inquirir las causas de las controversias eran mejores que los que, por lo menos en teoría, procuraban evitar los juicios; 6) aumento de la posibilidad de avenencias cuando las partes pueden expresarse con sus propias palabras, aunque alen la voz ante la propuesta de solución del árbitro (BIERRADDER, G., J. PALKE y K. KOCH, *Conflict and its Settlement: An Interdisciplinary Study on the Legal Basis, Function and Performance of the Institution of the "Schiedsmann"* [El arreglo de los conflictos: Estudio interdisciplinario sobre los fundamentos legales, funciones y actuación del árbitro], 1974, a publicar en el v. II de las series del "Proyecto de Florencia").

177 Es bueno insistir en que uno de los argumentos principales para promover la conciliación consiste en recordarles a las partes el atraso de los tribunales y los gastos de justicia (véase, *supra*, la nota 174 de este trabajo; BOCCASE, Secc. IVF, *ob. cit.* en nota 112). Hay que admitir que aún no sabemos cuántos casos ordinarios "pueden ser" arreglados y cómo tales arreglos "podrían ser" evaluados. También debe tenerse presente que si bien las partes pueden concertarse con determinado arreglo, las pautas para celebrarlo quizá provengan de una disposición legal destinada a proteger a cierto grupo de personas (véase, *infra*, la nota 245).

6a) Véase N. del T. en el Apéndice.

las partes por medio de incentivos económicos. Claro está que los factores económicos, tales como los gastos de justicia, la distribución de las costas—incluyendo el "honorario anticipado", donde eso es posible—, el índice de inflación y el atraso de los tribunales, influyen para el arreglo, porque puedan afectar de diferente manera a las distintas partes.¹⁷⁷ Los dos últimos factores a los "buscadores de dinero", especialmente entre los litigantes individuales, más ansiosos de arreglar con el adversario para resarcirse, así, en alguna medida.

Los gastos de justicia perjudican más, aunque no exclusivamente, a la parte perdedora, lo cual aumenta el riesgo de pleitear, que es susceptible de influir en los demandantes individuales, debido a que ellos no pueden arriesgarse a perder uno entre numerosos juicios.

Reconociendo la importancia de los factores económicos, algunos sistemas han creado incentivos para arreglar los conflictos. El más conocido de ellos es el "pago de las costas", que aparentemente tiene mayor auge en Inglaterra¹⁷⁸ pero que también se aplica en Australia¹⁷⁹ y Canadá.¹⁸⁰ Este sistema sanciona al actor que no acepta la transacción propuesta por el demandado, considerada razonable por el tribunal, aplicándole a aquél tanto las cosas del adversario como las propias.¹⁸¹

178 Hay que hacer notar que estos factores influyen tanto en el propósito de iniciar un juicio como en la conciliación después de comenzado. Se ha dicho antes que cada sistema de distribución de los riesgos del juicio y su costo pueden ser escollas a otros aspectos del acceso (véase, *supra*, las notas 12-14). Aquí nos referimos en mayor medida al empleo de los incentivos económicos para conseguir un buen arreglo en los juicios ya iniciados.

179 Véase: ZAMBER, *Is the Payment-into-Court Rule Worth Copying?* [¿Es ventajoso copiarlo en el tribunal?], en: *Rubels Zeitschrift*, v. 40 (1976), p. 750.

180 Véase: TAYLOR, G. D. S., Secc. IIB3, *ob. cit.* en nota 55.

181 Véase: COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. IIC3, *ob. cit.* en nota 15. Parece que en Suecia se aplica un procedimiento similar, aunque sólo impuesto por la costumbre (véase: carta del juez ANDERS BRUNELIUS a M. CAPPELLETTI, de 29 de setiembre de 1977; véase además: GRENBERG, R. y A. BRUNELIUS, *Civil Procedure in Sweden* [El procedimiento civil en Suecia], The Hague, Martinus Nijhoff, 1965, p. 370).

182 El sistema funciona de la siguiente manera: el demandado

Dicho sistema facilita los arreglos y, por consiguiente, reduce la cantidad de los juicios, pero, como ha demostrado el profesor MICHAEL ZANDER, hace posible de todos los gastos de justicia a los actores, pudiendo haber casos en que ésta sea la parte económicamente más débil y menos familiarizada con el pleito.¹⁸³ Por eso, no parece favorecer la mejor solución de los problemas del "acceso a la justicia".

Sin embargo, quizá pueda ser aplicado ventajosamente, por lo cual es oportuno referirnos, aunque más no sea que a la ligera, al relativamente novedoso sistema de medición de Michigan, de 1971, el cual, no obstante hallarse limitado a las indemnizaciones de daños y perjuicios, soluciona las dos más serias deficiencias del sistema inglés.¹⁸⁴

consigna judicialmente una cantidad de dinero para arreglar el juicio, sin conocimiento del juez del proceso. El actor puede aceptarla dentro de un plazo, que en Inglaterra es de 21 días, obteniendo así las costas. Pero cuando, no obstante, el juicio tiene lugar, y el actor logra una cantidad más o menos igual a la ofrecida por el demandado, aquél deberá cargar con sus propias costas, que podría haber obtenido si hubiese ganado el juicio, más todas las del demandado posteriores a la fecha del depósito de éste; esa sanción bien puede exceder del monto que se haya ofrecido al actor. Por el contrario, si el actor consigue una cantidad mayor a la depositada por el demandado, las consecuencias son las mismas que si éste nada hubiese conseguido (véase: ZANDER, pp. 750-752, *ob. cit.* en nota 179).

183 Según el Prof. ZANDER: "El sistema favorece mucho al demandado, quizá es por lo general la parte económicamente más fuerte. En los juicios por daños, que son mayoría entre los que se consiguen, el actor puede ser una persona cualquiera; en cambio, el demandado es, generalmente, un patrón o una compañía de seguros. El resultado puede ser catastrófico para el actor, en tanto que para el demandado sólo representaría un pequeño rubro en su cuenta anual de ganancias y pérdidas" (ZANDER, *id.*, p. 754). Véase también: ZANDER, *Payment into Court* [La consignación judicial], en: *New Law Journal*, (1975), p. 618.

184 El sistema de Michigan es el siguiente: La mediación tiene lugar por pedido de una o ambas partes o por decisión del tribunal. Luego se celebra una audiencia ante tres peritos que emiten su dictamen, evaluando el perjuicio. Si el actor no está de acuerdo con esa estimación, deberá obtener posteriormente del tribunal una indemnización no menor del 110 % del justiprecio de los peritos para no cargar con todas

En primer lugar, el sistema de Michigan sanciona tanto al actor como al demandado que se niegan a transigir; en segundo lugar, posibilita un arreglo justo por la intervención de peritos. Les proporciona a ambas partes la oportunidad de estimar objetivamente el valor de sus pretensiones, solucionando así, en alguna medida, la falta de conocimientos de los actores. En resumen, el sistema de Michigan demuestra que la imposición de los costos puede contribuir a que se amplíe el "acceso a la justicia".¹⁸⁵ Aunque generalmente es aplicado a otros casos que las indemnizaciones de daños y perjuicios, eso es aún cuestionable.

C. *Instituciones y procedimientos especiales para algunas clases de juicios de particular "importancia social". Nuevas tendencias hacia la especialización del procedimiento y de las instituciones judiciales.*

Ya nos hemos referido a los enfoques que procuran la reforma de los tribunales ordinarios y que se refieren a la general variedad de los juicios, problemas ambos que, como lo hicimos notar, tienen creciente importancia. No obstante, mayor interés revisita para la reforma procesal, desde el punto de vista del "acceso a la justicia", la multiforme especialidad de los casos y la creación de tribunales, especiales también, que entienden en ellos. Aparecerá más clara esta tendencia a la especialización si se recuerda lo que hemos dicho acerca de las diversas clases de juicios, que en gran medida han dado lugar a las "tres etapas" de reforma del "acceso a la justicia".

las costas del juicio, incluso los honorarios del abogado de la contraparte. Sin embargo, opuestamente a lo que sucede en el sistema inglés, el demandado tendrá una sanción similar en caso que se le condene a pagar una cantidad superior al 90 % de la indicada por los mediadores (véase: MATLIZ, *Mediation in Michigan* [La mediación en Michigan], en: *Judicature*, v. 56 (1972), p. 290).

185 Véase: JOHNSON, E. (hijo), *Thinking About Access: A Preliminary Typology of Possible Solutions* [Reflexiones sobre el acceso a la justicia; Tipificación preliminar de posibles soluciones], 1978, a publicar en el v. III de las series del "Proyecto de Norencia".

El propósito de que las sociedades humanas sean más igualitarias y justas tiene por destinatario a la gente común, tradicionalmente aislada y desvalida en su enfrentamiento con las poderosas organizaciones y con la burocracia estatal.

Como ya lo hemos afirmado, nuestras sociedades modernas se interesan ahora por proporcionar mayores derechos a los relativamente débiles, especialmente a los consumidores contra los comerciantes, al público contra los contaminadores ambientales, a los locatarios contra los locadores, a los trabajadores contra los patrones y sus organizaciones, y a los habitantes, en general, contra el Estado. Si bien debe reconocerse que esos nuevos derechos necesitan mayores desarrollos jurídicos, los procesualistas han tomado a su cargo hacerlos prácticamente posibles.

Ante todo, debe reiterarse que los tribunales ordinarios tienen una permanente y acrecida importancia en la defensa y evolución tanto de los nuevos como de los tradicionales derechos, especialmente en los que han sido denominados "juicios de derecho público".¹³⁶ (P) Los consumidores, los ambientalmente contaminados y el público en general son titulares de "intereses difusos", para cuya protección se han instituido — en la medida que la amplitud del derecho lo requiere — órganos que defienden a los consumidores, abogados que se ocupan del interés público y diversas clases de acciones que han llegado a ser aparentemente indispensables en los tribunales de hoy día.¹³⁷

Sin embargo, debe admitirse que algunas de las características de los tribunales ordinarios que los hacen apropiados para los "juicios de derecho público" en defensa de los "intereses difusos", por *contrapartida* a menudo no lo son para que el común de la gente pueda hacer valer sus derechos a nivel individual. Los bien organizados adversarios de ella tienen buenos abogados y peritos a su servicio, lo cual es de fundamental importancia en los "juicios de derecho público" y que no puede ser pretendido por quienes litigan ante los tribunales de menor cuantía. Lo cierto es que hay que conservar los tribunales actuales mientras se crean otros a los cuales haya mayor accesibilidad.

136 Véase CLAYTON, *supra*, en nota 2 de este trabajo.

137 Véase las notas 104-137 del presente trabajo y sus textos.

(P) Véase N. del T. en el Apéndice.

La diversificación, general o especializada, es esencial para proporcionar el "acceso" a la gente común, en mayor medida porque, como sucede ordinariamente, aquélla suele perder, por ese motivo, el derecho a ocurrir ante los tribunales. Los variados procedimientos a que ya nos hemos referido en la sección anterior, contribuyen a resolver más rápida y menos onerosamente los juicios, mientras se resuelven el atraso y la congestión de los tribunales. Pero debemos tener cuidado de que la crítica a estos dos últimos problemas no provoque la dispersión de los casos que son de competencia judicial, porque muchos de ellos abarcan garantías constitucionales o protegen grupos e intereses difusos. Con menos palabras, la diversificación general puede ir demasiado lejos, lo cual no debe hacerse aun desde nuestro punto de vista del "acceso a la justicia". Espero, parece ser necesarias instituciones más especializadas que el arbitraje o la conciliación actuales, mediante la creación de tribunales ante quienes las personas estén en condiciones de defender sus derechos.

No es fácil que ellas puedan hacerlo a nivel individual por los obstáculos que deben enfrentar quienes están relativamente desprotegidos, cuando demandan pequeñas cantidades de dinero a poderosas organizaciones, principalmente las grandes empresas o el Estado.

Esas personas no conocen a menudo sus derechos, no buscan el asesoramiento o patrocinio letrados ni entablan acciones legales,¹³⁸ por lo cual ni la importancia y continuidad del movimiento que procura defender los intereses difusos ni la diversificación de los procedimientos ordinarios pueden superar los obstáculos para la defensa de dichas personas a nivel individual.

Por consiguiente, la gran tarea de quienes pretenden reformar el "acceso a la justicia" consiste en conservar los tribunales ordinarios mientras se consigue la *especialización del sistema judicial, de modo que éste se extienda a más personas, acoja sus demandas y las ponga en condiciones de obtener los beneficios que los más avanzados derechos sustantivos les han conferido recientemente*. Como ha dicho el profesor KOJIMA: "lo más urgente

138 Véase las notas 25-32 de este trabajo y sus textos.

e inmediato es el hombre común —podría decirse «el hombre-ciudadano»— y crear un sistema que lo proteja».¹⁸⁹

La conciencia que se tiene de esta problemática refleja un cambio fundamental del concepto acerca del "procedimiento judicial". En los procedimientos y tribunales actuales se cree que la "justicia" consiste, esencialmente, en aplicar las normas legales de acuerdo a la verdad formal, punta mediante la cual se interpretan las disposiciones procesales.

En cambio, la nueva posición refleja lo que el profesor Adolf HONNIGER ha denominado "una transformación total en la jerarquía de los valores a que se refiere el proceso civil".¹⁹⁰ Lo más importante es la "justicia social", para lo que habrá de bastarse procedimientos que promuevan y protejan los derechos de la gente común. Aunque las consecuencias de este cambio son incógnitas —por ejemplo, la extensión de las funciones que se atribuyen a quien decide—, es oportuno insistir en que está fuera de duda que los valores esenciales del procedimiento tradicional deben ser conservados. El "acceso a la justicia" debe armonizar ambas formas del procedimiento judicial.

Un sistema destinado a la gente común, tanto actora como demandada, debe caracterizarse por la economía, informalidad y

189 Véase: KOJIMA, T., *Supra*, II, *ob. cit.* en nota 170. Por supuesto que este propósito no es novedoso, pero lo que se dice en el texto es más lejos que lo sostenido antes, cuando sólo se computaban las más remotas desventajas que pudieran afectar al común de la gente. Para los ensayos japoneses de tribunales sumarios creados después de la Segunda Guerra Mundial, véase: *Id.* La experiencia anterior de los tribunales ingleses de cuerdado, establecidos en 1896, muestra que, pese a la fraseología de la reforma en favor del hombre del pueblo, esos tribunales de menor cuantía tuvieron por objeto facilitar el cobro de las deudas (véase: ABEL-SMITH, B. y R. STEVENS, *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the Legal English System 1750-1965* [Los abogados y el poder judicial; Estudio sociológico sobre el sistema legal inglés desde 1750 a 1965], London, Heinemann, 1967, pp. 32-37). Para la similar experiencia norteamericana, véase: YACOVINO y HENNESSY, *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature* [Los juicios complicados de menor cuantía; Análisis bibliográfico], en: *Law and Soc' y Rev.*, v. 9 (1975), pp. 219, 221-228.

190 Carta de ADOLF HONNIGER a MAURO CAPPELLETTI, 11 de agosto de 1977.

rapidez, por la actividad de los juzgadores y por la presencia de expertos legales y técnicos. Además, debe tener competencia para entender en relaciones jurídicas complicadas y permanentes, como son las de los locatarios con los locadores. Habrá de verse que estas características se dan en los más promisorios procedimientos especializados, que veremos —en esta sección, y que ofrecen la posibilidad de llantar la atención de la gente y permitirle efectivizar sus derechos contra complacidos y poderosos adversarios.

Por supuesto que no es novedosa la iniciativa de establecer procedimientos y tribunales especiales para cierta clase de juicios que tienen importancia social. Desde tiempo atrás se ha creído en la necesidad de ese tipo de procedimientos y de que quienes juzgan sean sensibles a los nuevos derechos subjetivos que evolucionan rápidamente.¹⁹¹ Los jueces ordinarios pueden carecer de los conocimientos y sensibilidad necesarios para adaptar el nuevo derecho al cambio social, y los procedimientos pueden ser también demasiado insuficientes para aplicarlos y, en mayor medida, adaptarlos y asociarlos a la aplicación de importantes leyes nuevas. La novedad consiste, eso sí, en la amplitud de los derechos que se otorgan a los "desposeídos" contra los "poseedores", y en la constante presión ejercida para identificar y atacar los verdaderos obstáculos que se oponen a las personas. Más que la creación de tribunales especiales, se cree imprescindible proyectar reformas al procedimiento civil.

I. Procedimientos especiales para juicios de menor cuantía.

La violación de los nuevos derechos, recientemente reconocidos al pueblo, como sucede en los casos del consumo y de las locaciones, da lugar a gran cantidad de juicios de menor cuantía contra —entre otros— los comerciantes y los propietarios de in-

191 Véase: ABEL-SMITH, B. y R. STEVENS, pp. 258-260, *ob. cit.* en nota 189; JACOB, I. H., *Supra*, VIIA, *ob. cit.* en nota 57; TERRY, P., *Supra*, I, *ob. cit.* en nota 62.

mercables.¹⁹² De ahí, pues, la creciente preocupación por efectivizar esos derechos, mediante procedimientos especiales para solucionar esas "pequeñas injusticias", que tienen gran importancia social.

Desde hace mucho tiempo las demandas de menor cuantía han sido legisladas de distinta manera que las de mayor interés económico. Son juzgadas por tribunales unipersonales, en vez de

192 G. D. S. TAYLOR ha definido los juicios australianos de menor cuantía de la siguiente manera:

"Uno de los indicadores es, obviamente, la cantidad reclamada por el actor o el valor del inmueble en disputa. Pero hay que considerar también los elementos cualitativos extraprocedimentales. El aumento actual en demanda de órganos procesales para los juicios de menor cuantía se ha concentrado en los problemas jurídicos del consumidor, que son los más apremiantes para la mayoría. Muchos de ellos también afectan a la clase alta de la sociedad, pero prevalece la tendencia a hacer que la justicia sea accesible a los desposeídos, quienes se cree que son más «vulnerados» al no tienen las posibilidades ni los medios para conseguir amparo jurídico. Pero, cuando se habla de «juicios de menor cuantía» quedan involucrados claramente en ellos los conflictos por incumplimiento de contratos de consumo y otros similares; los accidentes de tránsito causados por automotores, que provocan serios daños; los vicios redhibitorios de las casas de renta; y los interdictos contra el apoderamiento ilegal de la cosa ajena, quedando excluidas las sucesiones hereditarias" (TAYLOR, G. D. S., p. 1, *ob. cit.* en nota 18).

Los grupos de estudio sobre los tribunales de menor cuantía de los Estados Unidos destacan la importancia de los conflictos por depósitos diciendo que: "la apropiación indebida de los depósitos de garantía por los locadores es la causa más común de los juicios de consumo" (SMITH, CLAUDE COURTNEY STUDY GROUP, *Little Injustices: Small Claims Courts and the American Consumer* [Pequeñas injusticias: Los tribunales de menor cuantía y el consumidor norteamericano], Washington, The Center of Auto Safety, 1972, p. 152).

Se presume que los juicios de menor cuantía son de poca importancia económica, aun cuando el tribunal tenga competencia para atender en demandas mayores. La competencia máxima por cantidad en los tribunales ingleses de condado es de 2000 libras esterlinas, pero el 75 % de los juicios es por sumas de 100 (véase: JACOB, I. H., Secc. VIA, *ob. cit.* en nota 57; véase además: los datos estadísticos del informe canadiense en: COOPER, R. y B. KASTNER, *Título VIII*, *ob. cit.* en nota 15).

colegiados¹⁹³ y por jueces generalmente legos;¹⁹⁴ los recursos están limitados¹⁹⁵ y, si bien en teoría, presentan muchas de las características de la "oralidad",¹⁹⁶ lo cual reduce el costo del Estado y de las partes.

Claro está que todo eso exige la creación de tribunales y procedimientos que sean accesibles a todos. Sin embargo, esas reformas, aun cuando se propongan favorecer la "accesibilidad" y no sólo disminuir los costos, han sido muy criticadas desde tiempo atrás.¹⁹⁷ En primer lugar, porque muchos tribunales de

193 Esto es cierto, por ejemplo, para el austriaco *Bezirksgericht* [tribunal federal de primera instancia], el *Tribunal d'instance* francés, el alemán *Amtsgericht* [tribunal civil de primera instancia], el *Kantongerecht* [tribunal cantonal] holandés, el *pretore* (juez de primera instancia) italiano y el "tribunal de juicios sumarios" japonés.

194 Véase, p. e.: TAYLOR, G. D. S., Secc. ID (Australia), *ob. cit.* en nota 55; KOJIMA, T. y Y. TANIGUCHI, Secc. IVB1 (Japón), *ob. cit.* en nota 14.

195 Véase: TAYLOR, G. D. S., Secc. IVA1 (Australia), *ob. cit.* en nota 55; FASCHING, H., Secc. HA1 (Austria), *ob. cit.* en nota 155; COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. IIB1K (Canadá), *ob. cit.* en nota 15; HOUTAPPEN, J., Secc. I (Holanda), *ob. cit.* en nota 54; OVALLE FAYELA, J., *Access to Justice in Mexico*, en Secc. HA1 del volumen donde ha sido publicado este trabajo; y BOLDING, P., Secc. HIA4 (Suecia), *ob. cit.* en nota 81. La supresión de esas limitaciones previene de que sólo sean apelables los juicios superiores a cierta cantidad de dinero.

196 Véase: FASCHING, H., Secc. HA1 (Austria), *ob. cit.* en nota 145; BRAÑES, R., *Access to Justice in Chile*, Secc. HA1 del volumen donde ha sido publicado este trabajo; FERRAZINI, M., *Access to Justice in Colombia*, Secc. HA1 del mismo volumen; TERRY, P., Secc. IVB (Francia), *ob. cit.* en nota 62; HOUTAPPEN, J., Secc. I (Holanda), *ob. cit.* en nota 54; VIGNATI, V., Secc. HA1 (Italia), *ob. cit.* en nota 16; KOJIMA, T., e Y. TANIGUCHI, Secc. IVA1 (Japón), *ob. cit.* en nota 14; OVALLE FAYELA, J., Secc. HA1 (México), *ob. cit.* en nota 195; VESTOV, E., *Access to Justice in Uruguay*, Secc. HA1 del volumen donde ha sido publicado este trabajo. Los procedimientos simplificados, típicos de los países de consumo low, están descritos por: TAYLOR, G. D. S., Secc. IVA (Australia), *ob. cit.* en nota 55; COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. IIB1 (Canadá), *ob. cit.* en nota 15; GONZALEZ, S., *Access to Justice in Israel*, Secc. IIB1 del volumen donde ha sido publicado este trabajo; JOHNSON, E. (Japón) y otros, Secc. IIB1 (Estados Unidos), *ob. cit.* en nota 11.

197 Como hace notar el informe japonés acerca de los tribunales de juicios sumarios de su país: "Pese a las simplificaciones introducidas,

menor cuantía han llegado a ser tan complejos, caros y lentos como los tribunales ordinarios, debido a la intervención de abogados y a la tendencia de los jueces a mantener el formalismo y la reserva que los caracteriza. En segundo término, son en los lugares donde los tribunales de menor cuantía funcionan bien, más les sirven a los acreedores para cobrar sus créditos que a la mayoría de la gente para reivindicar sus derechos.¹⁹⁸ Se argumenta que la rapidez, la informalidad y la eficiencia del procedimiento facilitan principalmente el pisoteo de los deudores por los comerciantes. Después de todo, los juicios de menor cuantía no son tan sencillos ni carecen de importancia;¹⁹⁹ pueden prestatar relaciones jurídicas complejas y ser vitales para los litigantes de medianos o bajos ingresos.

No obstante, es necesario solucionar la accesibilidad y efectividad de los juicios de menor cuantía, sin grandes erogaciones del Estado, lo cual es improbable.²⁰⁰ Las leyes pueden darles a los tribunales ordinarios competencia para juzgar los juicios de menor

en la práctica se tiende a un formalismo parecido al de los tribunales de alto rango, principalmente por la inseguridad mental y el sentido de la seriedad que tienen los jueces, el personal de la justicia y los abogados" (KARJAA, T. y Y. TANIUCHI, *Sec. IVB*, *ob. cit.* en nota 14). De igual manera observa el Prof. VIGNATI que: "en la práctica el procedimiento ante el *pretore* [juez de primera instancia] funciona poco mejor que en los otros tribunales" (VIGNATI, V., *Sec. IIA1*, *ob. cit.* en nota 16). De acuerdo a lo puntualizado por TARRANT, ISON: "Si justicia es lo que se hace en los juicios de menor cuantía, el enfoque del problema es más extraño aun" (Ison, *Small Claims* [juicios de menor cuantía], en: *Mod. L. Rev.*, v. 35 [1972], pp. 18, 27).

198 Estos juicios han sido muy bien estudiados, porque esos tribunales de menor cuantía son objeto de muchas más investigaciones empíricas que cualquier otra institución jurídica. Véase especialmente el resumen de YONGESSON y HENNESSY, pp. 255-263, *ob. cit.* en nota 189. Véase además: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. IIB1b*, *ob. cit.* en nota 15. El problema será tratado, *infra*, en las notas 225-238 de este trabajo.

199 Véase: YONGESSON y HENNESSY, pp. 256-262, *ob. cit.* en nota 189. TAYLOR dice sencillamente: "Se advierte que el valor económico no es una medida apropiada de la complejidad e importancia de un juicio" (TAYLOR, G. D. S., *Sec. IIE*, *ob. cit.* en nota 55). Cf.: THRAY, *Sec. IIIC5*, *ob. cit.* en nota 62.

200 Véase las notas 17-19 de este trabajo y su texto.

cuantía por el procedimiento común, pero aunque esto sea sencillo no es económicamente factible.

Por eso, sin procedimientos especiales para los juicios de menor cuantía, los derechos del pueblo sólo serían simbólicos. Hay que crear tribunales que sean física, psicológica y económicamente accesibles a las personas, donde se sientan en un ambiente familiar, a cubierto de las argucias de sus adversarios. La crítica a que nos hemos referido no debe desalentar a quienes pretenden la reforma de los juicios de menor cuantía; más bien debe estimularlos para conseguirla mediante lo que hemos denominado "nuevo enfoque del acceso a la justicia".

Lo mejor de esta nueva tendencia incorpora muchas de las características del bien denominado "sistema arbitral": rapidez, relativa informalidad, inmediatez y posibilidad de litigar sin patrocinio letrado, a lo que debemos agregar el mayor equilibrio de las situaciones procesales de las partes.

Entre las importantes reformas hechas en varios países, nos referiremos brevemente a las más significativas en algunas regiones de Australia (especialmente los tribunales de menor cuantía de New South Wales, Queensland, Victoria y Western Australia, entre 1973 y 1976),²⁰¹ en Inglaterra (sistema de arbitraje en los

201 Véase: *Small Claims Tribunals Act 1974*, de New South Wales, reformada en 1976; *Small Claims Tribunals Act, 1974-1975*, de Queensland; *Small Claims Tribunals Act 1973*, de Victoria, reformada en 1974, 1975 y 1976; *Small Claims Tribunals Act 1974-1976*, de Western Australia. La competencia de esos tribunales está limitada a las demandas de los consumidores, y cuando se promueve juicios contra "comerciantes", hasta una determinada cantidad (entre 500 y 1000 dólares), en el suministro de cosas o la prestación de servicios. Además, dichos tribunales, excepto en Victoria, entienden ahora en las demandas de los locatarios por devolución de los depósitos de garantía, pero en Western Australia la competencia en materia de locación es amplia. También son interesantes, aunque no serán tratados aquí, los procedimientos especiales ante los tribunales sumarios australianos y los muy recientes de los juicios de menor cuantía de Nueva Zelanda, que datan de 1976 y siguen los modelos de las más avanzadas reformas australianas. Véase en general: TAYLOR, G. D. S., *Sec. IVA*, *ob. cit.* en nota 55; TAYLOR, G. D. S., *ob. cit.* aquí en nota 18, donde se proporciona más detallada información sobre los procedimientos neozelandeses. Para un estudio de época reciente de los tribunales de

tribunales de condado de 1973),²⁰² en Suecia (Procedimiento de menor cuantía, del mismo año)²⁰³ y en los Estados Unidos (de especial manera los tribunales newyorkinos, de 1972).²⁰⁴ Algunas

mayor cuantía de Victoria, véase: TURNER, *The Victorian Small Claims Tribunal*, en: *Monash U. L. Rev.*, v. 2 (1975), p. 125.

202 Si la cantidad que se demanda no excede de 200 libras esterlinas (originalmente con 75), y una de las partes lo pide, el secretario del tribunal de condado debe disponer que el juicio sea decidido por arbitraje informal, de trámite en audiencia privada, generalmente ante el secretario mismo (véase: *County Court Rules 1973*, reforma n.º 3; [Normas para tribunales de Condado] 1976, *Order 19, rule 1 (2)*, incorporadas a la *County Court Rules de 1973*, reforma n.º 3; *County Court Rules de 1977*, Reforma N.º 4. Este sistema ha sido estudiado con algún detalle por: ARNHEIM, G., *Small Claims in England and Wales; A Study of Recent Changes in the County Courts and the Development of Voluntary Arbitration Schemes* [Los juicios de menor cuantía en Inglaterra y Gales; Estudios sobre las recientes reformas de los tribunales de condado y el desenvolvimiento del sistema de arbitraje voluntario], 1978, a publicar en la serie del "Proyecto de Florencia". También son muy interesantes los experimentos ingleses de Manchester y Londres sobre tribunales de menor cuantía, que sólo tienen competencia en algunos juicios cuando ambas partes lo aceptan; se caracterizan por una mayor simplicidad e informalidad que el sistema de los tribunales de condado (véase, *id.* pp. 76-78; véase además: ISON, J. H., *Sec. VII-A*, *ob. cit.* en nota 57).

203 El procedimiento simplificado suceso para juicios de menor cuantía se aplica, a los que no son de familia, en los casos en que la cantidad demandada equivalga a la mitad del premio básico del seguro (actualmente menos de 5000 coronas suecas, o sean más o menos 1100 dólares norteamericanos), las partes aceptan la competencia de menor cuantía y la controversia hay sido planteada ante el *Public Complaints Board* [Departamento Público de Conflictos]. Aunque este procedimiento no es aplicado por tribunales especiales, la terminología usual se refiere, quizá impropriadamente, a "tribunales de menor cuantía" (*Act Concerning the Civil Actions Relating to Small Claims* [Ley sobre acciones civiles de menor cuantía], publicada en: *Svensk Förtäringssamling*, 1974, p. 8; véase: BOATMAN, P. O., *Sec. IIIA*, *ob. cit.* en nota 81). Para mayores detalles, véase: EASTMANN, *ob. cit.* en nota 170 de este trabajo.

204 Véase en general: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. IIIA*, *ob. cit.* en nota 11; NOTE, *Small Claims Courts: Overview and Recommendations* [Tribunales de menor cuantía; Perspectivas y sugerencias], en: *Michigan, J. L. Rev.*, v. 9 (1976), p. 590. Los tribunales de menor cuantía de New York se caracterizan porque los litigantes pueden optar entre el

de las características de esas reformas —tal como se presentan en la experiencia canadiense de 1974—,²⁰⁵ pueden ilustrar acerca de lo que ahora sucede. Por consiguiente, centraremos nuestra atención en los siguientes cuatro aspectos: a) El aseguramiento de la general accesibilidad; b) La lucha por la igualdad de las partes; c) El cambio de mentalidad de los juzgadores; d) Simplificación de la ley aplicable. Esta enunciación no es limitativa, sino que abarca las principales características de la reforma que se pretende.²⁰⁶

a) Generalización de la accesibilidad:

La primera preocupación de las recientes reformas ha sido solucionar los problemas del costo y de la duración de los juicios.²⁰⁷ La tasa de justicia no tiene mucha importancia en la ma-

arbitraje informal, que es inapelable, y la asistencia, mucho más formal. Pueden demandar ante ellos, individualmente (pero no pueden hacerlo los núcleos de empresarios ni las asociaciones o sociedades comerciales), por daños superiores a 1000 dólares (véase: SARAT, *ob. cit.*, en *supra*, nota 147).

205 El informe canadiense del "Proyecto de Florencia" da cuenta de los resultados del muy interesante experimento piloto sobre juicios de menor cuantía de Vancouver (Columbia Británica), que comenzó en 1974 y terminó el 30 de agosto de 1975. Sus características más notables eran la admisión de "casi-profesionales" y proporcionar un servicio de mediación; será tratado aquí, *infra*, en la nota 248 y su texto. También hay que destacar los tribunales de menor cuantía de Quebec (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. IIIA*, *ob. cit.* en nota 15).

206 El dificultoso problema de pleitear en los juicios de menor cuantía está mercedando la atención de los juristas, aunque no ha habido hasta ahora mayores reformas para solucionarlo (véase, p. e.: KESNER, pp. 971-974, *ob. cit.* en nota 148; YANOVSKY y HERMANSKY, pp. 254-255, *ob. cit.* en nota 189). Sin embargo, varias de las reformas mencionadas en el texto del presente trabajo pueden contribuir a proporcionar soluciones a los problemas del aseguramiento y del trámite, entre otros. Asimismo, hay que subrayar que una de las cosas por las cuales a veces nada se puede cobrar, en muchos juicios, se debe a la falta de proposición de las libérrimas (véase aquí, *infra*, las notas 221-229).

207 La duración depende en la práctica de muchos factores, pero las estadísticas disponibles dicen que es corta en los auténticos tribunales de menor cuantía. En el mencionado experimento de Columbia Británica,

por parte de los juicios de menor cuantía; los mayores gastos, en los países que imponen las costas al vencido, están representados por los honorarios profesionales,²⁰⁸ por lo cual se tiende a limitar o prohibir la intervención letrada.

Las reformas en estudio acerca de esto, una admiten que probablemente no sea oportuno aún que una de las partes actúe sin abogado cuando se permite a la otra valerse de los servicios de un profesional, lo cual le dará a esta última una decisiva ventaja.²⁰⁹ Las recientes reformas suecas e inglesas limitan la asistencia letrada de ambas partes, no permitiendo que el vencedor pueda reembolsarse, de la otra parte, los honorarios que le pague a su abogado,²¹⁰ y en Australia no se permite la presencia de letra-

terminaron dentro de los seis meses el 90 % de las litis no trabadas y el 70 % de aquellas que lo fueron (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. II B*, *ob. cit.* en nota 15). Un estudio norteamericano dice que, en general, el término medio de tiempo para la vista de la causa es de ses meses (véase: THE SMALL CLAIMS COURT STUDY GROUP, p. 85, *ob. cit.* en nota 192; JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. II B*, *ob. cit.* en nota 13). Informa EISENBERG que en los tribunales suecos de menor cuantía el 76 % de los juicios son terminados en dos meses (véase: EISENBERG, M., p. 87, *ob. cit.* en nota 120). Dice APPLEBY que en el sistema inglés de arbitraje el 72 % de las causas no duran más de ocho semanas desde que se optó por él (véase: APPLEBY, G., p. 49, *ob. cit.* en nota 202).

208 Véase aquí, supra, las notas 17 y 18 y sus textos. Aun cuando la intervención de los abogados no sea indispensable en los juicios de menor cuantía, en realidad frecuentemente lo es. Como observa HORTAPPEL, acerca los Países Bajos: "Hasta en los tribunales cantonales, por motivos prácticos, le es necesario la asistencia jurídica a quien no tiene conocimientos legales. Esto no debe sorprender: la ignorancia de nociones elementales de Derecho de fondo y de forma, y la inhibición que provoca el desconocimiento de la terminología jurídica, hace que el profano no sepa expresar las fundaciones de su demanda o contestación ni saber cuál es el tribunal competente ni conocer el procedimiento adecuado" (HORTAPPEL, J., *Sec. II A*, *ob. cit.* en nota 54).

209 Véase, p. e.: SARAT, pp. 366-368, *ob. cit.* en nota 147; YOUNGSON y HORNSTEIN, pp. 250-251, *ob. cit.* en nota 189. Cf.: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. II B*, *ob. cit.* en nota 15.

210 En Suecia la parte perdedora es condenada a pagar un mínimo de honorarios a su oponente, que corresponden al de un "asesor jurídico", según la ley de asistencia jurídica. Sin embargo, parece que aproximada-

dos en la mayoría de las jurisdicciones.²¹¹ Esta prohibición es por supuesto discutible y ha sido criticada a menudo por impedir la asistencia jurídica de los pobres, quienes generalmente no saben expresarse y deben enfrentar a experimentados y elocuentes hombres de negocios. En la sección próxima nos referiremos a los procedimientos que se ocupan de solucionar este problema, a lo cual hay que agregar que quienes se expresan de viva voz pueden no ser tan poco afortunados como suele pensarse.²¹²

La "accesibilidad" procura cambios que acerquen los tribunales al pueblo. Para esto deben estar situados en lugares a los

mente en cerca de la mitad de los casos al menos una de las partes tiene abogado (véase: EISENBERG, M., p. 81, *ob. cit.* en nota 120). En el nuevo sistema inglés las costas (incluso los honorarios de los abogados) son impuestas sólo si el secretario considera que el caso ha sido muy complicado o que la parte vencida no ha tenido razón para litigar. Por una reforma sancionada en agosto de 1975, se permite ahora que los actores, gananciosos en juicios por responsabilidad, obtengan el monto total de las costas (véase: APPLEBY, G., pp. 56-57, *ob. cit.* en nota 202). El sistema es similar en muchos tribunales de menor cuantía de Canadá (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. II B*, *ob. cit.* en nota 15).

211 Excepto en el distrito de la capital federal australiana (Canberra), la intervención en juicio sólo es permitida si todas las partes la admiten, y si en opinión del árbitro (decisor) no es desventajoso para alguno de los litigantes. Sin embargo, la presencia letrada, hasta donde se sabe, sólo ha sido admitida en un caso (véase: TAYLOR, G. D. S., p. 47, *ob. cit.* en nota 42 de este trabajo). En Canadá solamente Quebec prohíbe la intervención letrada (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. II B*, *ob. cit.* en nota 15). En los Estados Unidos, según un reciente estudio, no está permitida la intervención letrada ante los tribunales de menor cuantía de California, Idaho, Kansas, Michigan, Minnesota y Nebraska (véase: NOY, p. 605, n. 94, *ob. cit.* en nota 204 de este trabajo); esto no provoca problemas constitucionales porque en esos Estados se admite ampliamente el derecho de apelar.

212 Según TAYLOR: "La intervención del juez abra la posibilidad de las confesiones expositivas de las partes, siendo sorprendente cuán claras son éstas cuando se tranquilizan y adquieren familiaridad con el procedimiento" (véase: TAYLOR, G. D. S., p. 44, *ob. cit.* en nota 18 de este trabajo). En los dos tercios de los supuestos registrados por APPLEBY en Inglaterra, también parece que la intervención letrada no otorga ninguna ventaja en el arbitraje (APPLEBY, G., p. 51, *ob. cit.* en nota 202).

que puede llegarse fácilmente y funcionar día y noche. De manera que los trabajadores no se ven obligados a dejar sus tareas. En East Harlem, New York, los tribunales de menor cuantía aceptan demandas todos los jueves a la noche, y para darle mayor posibilidad al "acceso" permiten, novedosamente, la intervención de organizaciones "cuasi-profesionales". (9) Algunos sociólogos, que han estudiado los problemas de los tribunales de menor cuantía, dicen:

"Las organizaciones 'cuasi-profesionales' que explican el significado y funcionamiento del tribunal, por medio de conferencias en las entidades de bien público, comités políticos y otras instituciones del barrio de Harlem, tienen mucha importancia porque la 'accesibilidad' abarca tanto el aspecto físico como el cultural. El tribunal no sólo debe estar en el barrio, sino que también debe ser interpretado por sus habitantes como el mejor medio para defenderse de la injusticia".²¹³

También es más fácil la interposición de la demanda en los modernos tribunales de menor cuantía. Se han simplificado las formalidades, eliminándose el formalismo, y los secretarios se hallan a disposición de las partes.²¹⁴ En Suecia esos funcionarios pueden ayudarles a redactar (y aun hacer) los escritos, como asimismo asesorarlas acerca de la prueba necesaria; en el caso que el secretario no asesore, puede hacerlo un abogado, debido al liberal sistema sueco de asesoramiento jurídico,²¹⁵ el cual, ya sea

proporcionado por los secretarios o por los empleados —como sucede generalmente— es esencial cuando no está permitida la intervención letrada. Esto, y otras reformas que se verán más adelante, contribuyen a mantener el equilibrio procesal de las partes.

b) Igualdad de las partes.

La inmediación puede ser muy beneficiosa para los litigantes que carecen de asistencia profesional. Aún los críticos de aquélla reconocen que es necesaria en los juicios de menor cuantía.²¹⁶ Las actuales reformas también tienden a facilitar la inmediación, reduciendo los medios de prueba y permitiendo, como sucede en Suecia e Inglaterra, una gran discrecionalidad para adaptar el procedimiento a cada clase de juicio.²¹⁷ TAYLOR, informante australiano, dice que las partes y los jueces suelen sentarse a menudo alrededor de una mesa de café, y que no es raro que el juez se ponga en comunicación telefónica con alguien que conozca los dichos de las partes.²¹⁸ La inmediación, menos formalista del juez, ha llegado a ser una de las características principales de los modernos juicios de menor cuantía.

La función del juez para equilibrar la igualdad de las partes puede ser facilitada mediante las audiencias de antejuicio, (1) como se hace en Inglaterra. El procedimiento inglés ante los tribunales de condado para juicios de menor cuantía concuerda, casi al pie de la letra, con el procedimiento de antejuicio de la misma jurisdicción para las demandas mayores. En la etapa de antejuicio, el secretario del tribunal, que generalmente escucha las demandas de menor cuantía sometidas al arbitraje, puede —entre otras co-

216 JOLOWICZ, *The Active Role of the Judge in Civil Litigation* [El papel activo del juez en el proceso civil] en: CAPPELLETTI, M. y J. JOLOWICZ, pp. 157, 231-233, *ob. cit.* en nota 38 de este trabajo.

217 Véase: BOLDING, P. O., Secc. IIIA2 (Suecia), *ob. cit.* en nota 21. EISENSTEIN ha hecho notar que en Suecia esto tiene lugar en más del 49 % de los juicios escritos y aproximadamente en el 47 % de los orales de instancia única (véase: EISENSTEIN, M., p. 83, *ob. cit.* en nota 120). Para Inglaterra, véase: APPELBY, G., pp. 39-40, *ob. cit.* en nota 202.

218 Véase: TAYLOR, G. D. S., p. 46 (sobre las reuniones alrededor de una mesa de café, en Queensland) y p. 55 (sobre del uso de las llamadas telefónicas, en Victoria), *ob. cit.* en nota 18.

(1) Véase N. del T. en el Apéndice.

213 Véase: YNGVISTSON y HENRIKSSON, p. 270, *ob. cit.* en nota 189.

214 Véase, p. 6: TAYLOR, G. D. S., pp. 32, 45 (Australia), *ob. cit.* en nota 18; APPELBY, G., p. 23 (Inglaterra), *ob. cit.* en nota 202; EISENSTEIN, M., pp. 78-80 (Suecia), *ob. cit.* en nota 120; NORT, pp. 604-605 (Estados Unidos), *ob. cit.* en nota 204. El experimento de Vancouver (Canadá) usó "auxiliares procesales", especializados en consulta sobre documentación y manera de actuar en juicio (véase: COOPER, R. y B. KATNER, Secc. IIIBin(1), *ob. cit.* en nota 15).

215 Véase: EISENSTEIN, pp. 78-80, *ob. cit.* en nota 120. Los usuarios del asesoramiento y asistencia jurídicos sólo tienen derecho a una sola consulta (véase la nota 75 de este trabajo y su texto).

(9) Véase N. del T. en el Apéndice.

sas— proporcionarles considerable ayuda a las partes para su posterior exposición en la audiencia arbitral.²¹⁹ El único problema práctico que se presenta, no fácil de resolver, es que aquellas están obligadas a comparecer dos veces ante el tribunal.

Además de esas importantes reformas, se tiene una gran confianza en el personal de los tribunales de menor cuantía, quien no sólo puede ayudar a las partes a preparar sus escritos sino también instruirlos acerca del juicio. Esto depende de la actitud de los empleados, cuya formación puede llegar a ser costosa, lo cual se mitiga compensada porque disminuye la carga que la intermediación hace pesar sobre los jueces. Ese sistema fue incluido en el proyecto piloto para los juicios de menor cuantía de Vancouver (Columbia Británica, Canadá), de 1974-1975,²²⁰ como "consultorio de asistencia jurídica".

La organización que agrupa a los abogados de los tribunales de menor cuantía de Harlem (New York City) está desarrollando un interesante programa para la formación de "cuasiprofesionales",²²¹ cuya mayoría vive en Harlem, con el objeto de proporcionar asesoramiento a quienes pretenden litigar.²²²

219 Estas audiencias de asesoramiento comenzaron en marzo de 1972, antes que se adoptasen las disposiciones sobre arbitraje. El secretario está obligado "a impulsar el procedimiento y dirigirlo tal como lo crea conveniente para la imparcial, rápida y económica solución del caso". Parece que, lamentablemente, la mayoría de los secretarios se limitan a aconsejar a las partes que recurran al asesoramiento letrado (véase: APPLEBY, G., pp. 20-26, *ob. cit.* en nota 202).

220 Esto tiene por objeto, según el informe canadiense: "proporcionarles a los litigantes asesoramiento jurídico sobre el Derecho de fondo y de forma, como asimismo preparar la prueba escrita, tipificar legalmente el caso y ponerlo en condiciones de ser expuesto en la audiencia". Por la demanda de este servicio y el amplio sistema de arbitraje, "la consulta fue muy usada y tuvo gran difusión". Este último hizo que, pese a haber terminado el experimento piloto, se estableciera un consultorio jurídico privado con la supervisión del Vancouver Community Legal Assistance Service [Servicio de asistencia jurídica comunitaria de Vancouver] (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. 11B1a(2), *ob. cit.* en nota 15). Sobre la admisión de "auxiliares jurídicos", véase, en general, la reciente discusión en: KOSMIN, pp. 961-964, *ob. cit.* en nota 140 de este trabajo, y en: NORR, pp. 604-605, *ob. cit.* en nota 204.

221 Véase la nota 213 de este trabajo y su texto.

222 Véase: KOSMIN, pp. 961-963, *ob. cit.* en nota 140.

También la estructura judicial puede contribuir al equilibrio procesal de las partes proporcionándoles la asistencia de peritos y la prueba testifical, a bajo costo.²²³ En Suécia el tribunal puede requerir el dictamen de un perito sin gasto ninguno para las partes porque el Estado paga los honorarios.²²⁴ Dado que los juicios de menor cuantía no son siempre sencillos, el hecho de proporcionar un perito puede ser una considerable ayuda para conseguir sentencias justas en los casos difíciles.

Aunque las medidas que hemos visto son muy eficaces, deben ser relacionadas con el problema más importante de los tribunales de menor cuantía, que es convertirse en un "conjunto de oficinas", especialmente cuando litigan un comerciante experimentado o el gobierno ejercitando a un demandado sin experiencia y que presumiblemente se expresa de manera no muy clara.²²⁵ El asunto se complica porque los tribunales de menor cuantía reciben una excesiva cantidad de juicios de esa clase y porque los deudores no contestan las demandas, quedando en rebeldía.²²⁶ (*)

223 Causalmente, como el ejemplo suizo, dado en el texto, puede agregarse el de Australia, donde los jueces de menor cuantía de New South Wales, South Australia y Western Australia designan peritos a los funcionarios del Consumer Affairs Department [Departamento de Asuntos de Consumo] (véase: TAYLOR, G. D. S., p. 54, *ob. cit.* en nota 18). Cf. APPLEBY, pp. 54-56, *ob. cit.* en nota 202.

224 El tribunal también puede requerir el dictamen parcial del Public Complaints Board [Departamento Público de Conflictos], pero esto no lo sucedido aún (véase las notas 302 a 307 de este trabajo).

225 Véase, *supra*, la nota 198 de este trabajo. Este problema, y los esfuerzos que se han hecho en el Canadá para solucionarlo, son tratados últimamente por: AXWORTHY, *Controlling the Abuse of Small Claims Courts* [Control de abusos en los tribunales de menor cuantía], en: *McGill L. Rev.*, v. 22 (1976), p. 406.

226 Después de una exhaustiva incursión por la bibliografía, Yngvesson y Hennessy han encontrado que excepto en dos de los catorce tribunales de menor cuantía, objeto de estudio, el 47 % de los juicios fueron ganados en rebeldía (véase: YNGVESSON y HENNESSY, pp. 243-244, *ob. cit.* en nota 189). También KOSMIN halló que en los Estados Unidos hay un 60 % de sentencias en rebeldía, pero esta proporción parece demasiado alta (véase: KOSMIN, p. 930, *ob. cit.* en nota 140). El informe (*) Véase N. del T. en el Apéndice.

El principal problema es más evidente en los tribunales de *common law* debido a que el cobro de esas deudas está encarado de otra manera que en los países de derecho continental europeo, donde rige el procedimiento monitorio (*inamita parte*), tal como sucede en Francia con el *procédure de injonction*,²²⁷ en Alemania con el *Mahnverfahren*²²⁸ y en Italia con el *procedimento d'ingiunzione*.²²⁹ Sin embargo, cada vez está más claro que los problemas y perspectivas de ese procedimiento monitorio se hallan estrechamente relacionados con la igualdad y el "acceso" a los tribunales de menor cuantía.

La cantidad de juicios y de rebeldías ha sido solucionada en el derecho continental europeo excluyéndose de los tribunales de menor cuantía la competencia comercial, pero dejando al consumidor la libre elección del tribunal, lo que también sucede en Australia y con algunas modificaciones en New York.²³⁰

Sin embargo, no hay nada intrínsecamente malo en hacer cumplir así esas deudas, siempre que se les proporcione a los demandados la oportunidad de defenderse.²³¹ Además, la mayoría

Secc. IIIH, *ob. cit.* en nota 15). APPLERBY hace notar que en cerca de los dos tercios de los juicios iniciados ante los tribunales de condado en Inglaterra se presenta el mismo fenómeno (véase: APPLERBY, G., p. 13, *ob. cit.* en nota 202).

227 Este procedimiento, detalladamente expuesto por THIERY, es aplicable a todas las deudas contractuales (véase: THIERY, P., Secc. VIA, *ob. cit.* en nota 62).

228 Es evidente la importancia del *Mahnverfahren* [procedimiento monitorio] en Alemania, porque de acuerdo al informe sobre dicho país, hay anualmente cuatro millones de juicios de esa clase, en contraposición a un millón de casos que transitan por el procedimiento ordinario (BENDER, R. y C. STRUCKER, Secc. IIA2, *ob. cit.* en nota 11).

229 Aproximadamente medio millón de providencias correspondieron, en un típico y reciente año, al procedimiento *legittimo* (véase: CAPPELLETTI, M., *Giustizia e Società*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 225). Según los datos disponibles, en otros países las consecuencias son similares (véase: MIGUEL y ALONSO, C. DE, Secc. IIA2 [España], *ob. cit.* en nota 18; OVALLE PAVELA, J., Secc. IIA3 [México], *ob. cit.* en nota 195).

230 Véase, *supra*, las notas 201 y 204 de este trabajo.

231 Parece ser que actualmente no se dan esas oportunidades. Un estudio norteamericano ha llegado a la conclusión que sobre 1000 deudores interrogados el 55 % contestó que la rebeldía se debía, por lo menos

de las pequeñas demandas comerciales suelen ser de "gente del pueblo", quien puede optar por los tribunales de menor cuantía, por lo que denegarle ese derecho le puede causar serios perjuicios económicos.²³² Finalmente, excluir de esos tribunales los asuntos comerciales, sólo puede servir para que sean derivados a otros, quizá menos favorables para los consumidores.

Por eso, quienes han proyectado reformas en beneficio de éstos, proponen que los tribunales de menor cuantía acumulen esa cantidad de juicios, pero que examinen cuidadosamente los casos de rebeldía²³³ y aun que investigara de oficio si cabe alguna defensa.²³⁴ No está claro si esa potestad inquisitiva, que puede

en parte, a una actitud de protesta contra los acreedores (véase: CAPLOWITZ, D., *Consumers in Trouble: A Study of Debtors in Default* [La rebeldía de los consumidores; Estudio sobre los deudores en rebeldía], New York, Free Press, 1974, p. 91; véase además: BENDER, R. y STRUCKER, C., Secc. IIA2 [Alemania], *ob. cit.* en nota 11).

232 YNGRESSON y HENNINGSEN, p. 267, *ob. cit.* en nota 189; NORR, pp. 399-601, *ob. cit.* en nota 204.

233 Véase, p. e., la exposición del proyecto canadiense en: AICWENTHUR (pp. 491-495, *ob. cit.* en nota 225).

"Hay cuatro maneras posibles de tratar los juicios en rebeldía:

El mantenimiento del *status quo*, tal como se ha dispuesto en la mayoría de las provincias, por el cual no se necesita probar las deudas líquidas; la solución de la provincia de Alberta, donde se da a los jueces la atribución discrecional de sostener en rebeldía o de pedir a los demandantes que prueben sus pretensiones; otra más aún, será la norma legal que se lo exige, aunque el demandado no se presente; y por fin, la inaceptable preclusión de los juicios en rebeldía y sentenciarlos en esa situación, lo cual hará que nadie comparezca en esa circunstancia".

Véase: *id.*, p. 492; véase además: KUSMAN, pp. 951-953, *ob. cit.* en nota 140; NORR, pp. 611-612, *ob. cit.* en nota 204.

234 Esto ha sido propuesto por RUBINSTEIN, *Procedural Due Process and the Limits of the Adversary System* [El debido procedimiento procesal y las limitaciones del sistema contrario], en: *Harv. Civ. Rights-Civ. Lib. L. Rev.* [Revista de Derechos y Libertades Civiles de Harvard], v. 11 (1976), pp. 49, 82; JONES y BOTVIN, *Improving the Quality of Justice in the Marketplace: The Need for Better Consumer Remedies* [El afianzamiento del sentido de la justicia en las relaciones comerciales; Necesidad de mejores medios de defensa para los consumidores], en: *Gen. Wash. L.*

ser muy costosa, tendría lugar aun en los casos en que los demandados hayan conocido la posibilidad de defenderse.²³⁵ Lamentablemente, no parece que en los sistemas actuales se les dé esa oportunidad de saberlo.

Cualquiera sea la cantidad de juicios, no es ciertamente muy deseable convertir a los tribunales de menor cuantía en otros que sirvan para la efectiva defensa de los consumidores. Estos compran cada vez más las cosas a crédito, por lo cual pueden negarse a pagarlas y hacer valer sus defensas ante un tribunal comprensivo de su situación.²³⁶ En Suecia quienes pretenden cobrar una deuda por el procedimiento monitorio, pueden accionar tanto ante los tribunales de menor cuantía como ante los ordinarios.²³⁷ Por consecuencia, una gran cantidad de pequeñas deman-

Rev., v. 40, pp. 357, 404-405. También el Prof. Ison ha propuesto que el juez realice la instrucción: "el *audis operandi* de un juez de menor cuantía debe ser tan estricto como el de un detective policial" (Ison, p. 78, *ib. cit.* en nota 197).

235 También los demandados pueden ser aconsejados, y quizá judicialmente asesorados, para encontrar una manera aceptable de pagar sus deudas. Buen ejemplo de eso son los consultorios jurídicos abogados en varios tribunales de menor cuantía de Canadá (véase: COOPER, R. y R. KASTNER, *Secc. IIC*, *ib. cit.* en nota 15).

236 Como ha puntualizado TAYLOR: "Un tribunal de menor cuantía para el consumo sólo puede favorecer a los consumidores activos y capaces. Quizá sea mejor solución darles a los demandados profanos la oportunidad de litigar inteligentemente e indicarles, de manera práctica, cómo defenderse" (TAYLOR, G. D. S., *Secc. IVA2*, *ib. cit.* en nota 55).

237 Esta opción es económicamente muy favorable para los demandados porque de otro modo — como sucede, por ejemplo, en el *Mohaver-Jubert* [procedimiento monitorio] alemán y en el procedimiento *ingiuntivo italiano* — tendrían que defenderse ante los tribunales ordinarios, corriendo el riesgo de tener que pagar tanto los costos del adversario como los suyos propios. En Suecia, de 1297 juicios por consumo, entrecasados de un total de 5008, que transitaron el año 1975 ante los tribunales de menor cuantía, los comerciantes eran actores en el 74 % de los casos (véase: EISENSTEIN, M., pp. 73-76, *ib. cit.* en nota 120). Lo mismo sucede en Québec, donde los tribunales de menor cuantía no tienen competencia comercial; quien es demandado por un empresario ante un tribunal de mayor grado puede prorrogar la competencia a otro de menor cuantía (véase: AXWORTHY, pp. 490-491, *ib. cit.* en nota 225).

das queda fuera de la competencia comercial, pero esto no siempre es justo²³⁸ aunque cuantitativamente contribuya a evitar el recargo de trabajo del tribunal.

Para establecer la igualdad entre los consumidores y los comerciantes en los conflictos de menor cuantía, es necesario, indiscutiblemente, que la cantidad de demandas no congestione los tribunales y, al mismo tiempo, que los consumidores sean inducidos a litigar sólo en los casos que niegan la existencia de las deudas. Esta debe ser una principal y permanente preocupación para quienes se ocupan de proyectar reformas a los juicios de menor cuantía.

c) Cambio de mentalidad de los juzgadores.

Quiénes pretenden reformar los juicios de menor cuantía han destacado a la conciliación como contracara de la sentencia, a manera de mejor procedimiento para la resolución de los conflictos. Esta informal "llavecilla" del procedimiento de conciliación, a menudo extrajudicial, parece óptima para los litigantes que no tienen abogado y ofrece las ya mencionadas ventajas de no alterar las relaciones largas y complejas de las partes.²³⁹ Aunque la conciliación no entraña ningún peligro, está siendo combinada cada vez en mayor medida con la posibilidad de ejecutar el compromiso.

El juez sueco de menor cuantía está obligado a intentar la conciliación de las partes, "a menos de que haya atendibles motivos en contrario",²⁴⁰ y eso es lo primero que procuran los tribunales australianos de la misma competencia.²⁴¹ Un reciente estudio sociológico sobre el sistema de conciliación privada de New York,²⁴² demuestra que en igualdad de condiciones los "francotira-

238 Véase: HELLNER, *The Consumer's Access to Justice in Sweden* [El acceso del consumidor a la justicia en Suecia], en: *Kabets Zeitschrift*, v. 40 (1976), pp. 727, 745.

239 Véase, *supra*, la nota 147 de este trabajo.

240 Véase: BOCAINO, P. O., *Secc. IIA2*, *ib. cit.* en nota 81.

241 Véase: TAYLOR, G. D. S., p. 10, *ib. cit.* en nota 18. Aproximadamente en el 25 % de los casos hay conciliación judicial (*id.*, p. 63).

242 Los litigantes deben optar entre el arbitraje y el proceso de conocimiento al comiso de cada acuerdo que celebra el tribunal de menor

dores actúan mucho mejor contra los litigantes "experimentados" por este medio que cuando lo hacen normalmente por los tribunales de menor cuantía. Según el profesor SARAT, autor de este estudio, "las ventajas de la experiencia parecen diluirse en la atmósfera informal de la conciliación y resultan en el proceso de conocimiento".²⁴³

El compromiso tiene evidentes ventajas, pero también hay que estudiar los problemas que suscita. El más obvio es que el juzgador puede, por confusión de sus funciones de sentenciante y conciliador, ser llevado a cumplir cada una de ellas insatisfactoriamente.²⁴⁴ Como conciliador, puede, de mala gana, proponer un arreglo por la amenaza que en última instancia entraña su poder decisorio; como sentenciador, puede dejar de lado sus tentativas conciliatorias, subvirtiéndolas, para aplicar la ley.²⁴⁵ En realidad, el citado estudio newyorkino proporciona un argumento práctico a la crítica del sistema.²⁴⁶

cuantía, lo que tendrá lugar después que un empleado judicial les haya explicado que el arbitraje les permitirá un juicio inmediato, pero que el juicio es inapelable. Ambas partes deben estar de acuerdo en someterse al arbitraje, lo cual así sucede en el 65 % de las casos (véase SARAT, pp. 352-353, 356, *ob. cit.* en nota 146).

243 *Id.*, p. 356.

244 Véase, p. e.: YAGVESION y HENNETTAY, pp. 285-286, *ob. cit.* en nota 189, y los autores mencionados en la nota 175 de este trabajo.

245 Este problema ha sido destacado recientemente por RUBINSTEIN.

"Puesto que los derechos se proyectan hacia cosas oscuras y técnicas, como lo revelan las cargas financieras en el crédito de consumo, y las exigencias legales a las garantías aumentan cuanto más son cuidadosamente controladas, las personas tienen mucho interés en someterse a la letra de la ley. En un arreglo judicial casi "oscuras técnicas", que son proyectadas con un propósito regulador, serán tenidas al principio como poco importantes en un conflicto individual" (véase: RUBINSTEIN, p. 21, *ob. cit.* en nota 214).

Dicho problema, que no está circunscripto al procedimiento conciliatorio, se atenúa cuando quienes deciden son especialistas en la clase de derecho cuestionado (véase además, *infra*, las notas 231-233 de este trabajo).

246 "Cuando el arbitraje fracasa, se pasa de la conciliación a la sentencia. Frecuentemente los árbitros usan la amenaza del proceso de

Un segundo problema, estrechamente relacionado con el primero, consiste en que la conciliación extrajudicial parece ser más ventajosa cuando se trata de pequeños conflictos, como sucede en Australia y New York.²⁴⁷ Se ha entendido crear así una atmósfera informal, amplia y honrada. Esto también puede ser más dificultoso controlar cómo se ha llegado a la decisión. En estos juicios, por medio de la combinación de la conciliación y la sentencia puede perderse el valor, largamente reconocido, de la publicidad de ésta última. De ahí que haya buenas razones para separar la etapa decisoria del procedimiento de antejuicio o conciliatorio, distinguiendo al juzgador del conciliador.

En 1974, mediante el experimento canadiense, hecho en la Columbia Británica, se estableció un servicio de mediación voluntaria, integrado por personas formadas en las reparticiones gubernamentales referidas al consumo, y accesible a cualquier litigante.

Según el informe canadiense, este servicio tiene doble función: "Aunque era de la mayor importancia llegar a un arreglo, la función de explicar a las partes llegó a superarla y parece alentar a los litigantes sin asistencia letrada; reduce la duración de las audiencias y generalmente asegura que los litigantes están preparados para comparecer ante el tribunal".²⁴⁸ La etapa de la conciliación previa también puede servir para igualar a las partes en mira a las posteriores etapas del procedimiento.²⁴⁹ Estos dos as-

conciamiento para inducir a las partes que arreglen sus diferencias. Según los litigantes sometidos a arbitraje, parece que esta alternativa y la mezcla de mediación y enjuiciamiento los confunde y amarga" (SARAT, p. 354, *ob. cit.* en nota 146 de este trabajo).

247 *Id.* Como hace notar TAYLOR: "El secreto está mejor protegido en la conciliación que en el proceso de conocimiento" (véase: TAYLOR, G. D. S., p. 47, *ob. cit.* en nota 18).

248 Véase: COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. 11B1a, (3), *ob. cit.* en nota 15.

249 Cf., *infra*, la nota 219 del presente trabajo. No obstante, el procedimiento inglés de antejuicio ante los tribunales de condado es aplicado a menudo por los secretarios como una tentativa para inducir al arreglo, pero a lo cual pueden después acudir el caso (véase: APPLEBY, p. 26, *ob. cit.* en nota 202).

pectos del juicio son muy atractivos, aunque se necesitan litigantes dispuestos a comparecer dos veces en lugar de una, y por eso es comprensible que tenga muchos partidarios. Sin embargo, como ya ha puntualizado TAYLOR, es prematuro decir si este sistema funciona mejor que el teórico, o si es menos atractivo de la decisión compromisoria.²⁵⁰ Mucho dependerá de la calidad de los jueces y del personal de los tribunales.

d) *Simplificación de las normas para el juzgamiento de las demandas de menor cuantía.*

También se ha propuesto, en varios proyectos de reforma, que los jueces decidan "justamente", en vez de adherirse de manera estricta a la letra de la ley. Dos de los tribunales australianos de menor cuantía tienen el deber de que sus decisiones sean "justas y equitativas".⁽¹⁾

Claro está que esto es atractivo para poner a los tribunales "del pueblo" a resguardo de ser órganos en los cuales las normas jurídicas, antes que la "justicia", sean la materia a considerar. Aunque se abandone la juridicidad, no se aumentará por eso, automáticamente, la calidad de las sentencias de los tribunales. En primer lugar, es obvio que la gente debe ser inducida a ajustar su conducta a la ley y confiar en ella si litiga ante el tribunal. Por supuesto que es imposible dejar completamente de lado las disposiciones legales. Más aún: existe el peligro de que al prescindirse de ellas se abra la puerta a decisiones que las contradigan, a expensas de los importantes derechos nuevos, generalmente de contenido especial.²⁵¹

Puede parecer más simpático que los jueces "hagan", o que puedan resistirse a aplicar normas legales que están destina-

250 Las observaciones de TAYLOR acerca de los tribunales de menor cuantía, lo han persuadido de que: "Más apropiadamente, la conciliación debe ser parte integrante del procedimiento, a terminarse por sentencia" (véase: TAYLOR, G. D. S., p. 63, ob. cit. en nota 18). Además, las investigaciones de TAYLOR demuestran el poco entusiasmo de muchos litigantes por concurrir a más de una audiencia.

251 Véase, p. c., la afirmación de RUBINSTEIN en la nota 245 de este trabajo.

(1) Véase N. del T. en el Apéndice.

das a un nuevo orden social, lo que parece "injusto" en los casos especiales de los comerciantes, y propietarios de inmuebles y otros por el estilo. El peligro es mayor si quienes deben juzgar los casos de menor cuantía no tienen a su lado un experto que les ayude a encontrar las leyes y carecen de experiencia propia.²⁵²

En Australia no existe ese peligro; por el contrario, los jueces de asuntos de menor cuantía han adquirido mucha práctica legal, y la insignificante decadencia de la ley "está siendo usada más para contrarrestar el abuso que para denegar protección a personas que se colocan en el estricto terreno legal".²⁵³ Sin embargo, parece que este tipo de reforma puede ayudar al pueblo para que invoque y defienda sus derechos. Aunque no es una panacea, puede ser un instrumento adecuado para encetar serias reformas a los juicios de menor cuantía.

e) *Las reformas a los juicios de menor cuantía y el "acceso a la justicia". Algunas conclusiones.*

Estas reformas —aunque muy recientes todavía— comprendían de varias maneras el movimiento del "acceso a la justicia" porque ellas demuestran un comprensivo, multifacético y original esfuerzo para reestructurar la organización judicial respecto a esta clase de juicios. Ellas responden al importantísimo propósito de crear tribunales para hacer valer los derechos del pueblo; para asegurar, por ejemplo, que las nuevas derechos subje-

252 Quizá por tenerse en cuenta esa falta de conocimiento, la competencia de los tribunales de menor cuantía ha sido limitada en Australia a los juicios de consumo y, generalmente, por locación (véase sobre la nota 201 de este trabajo).

253 Véase: TAYLOR, G. D. S., p. 66, ob. cit. en nota 18. TAYLOR, argumenta además que: "el hecho de que una de las partes (por ejemplo, el comerciante o el locador) tenga un poder abusivo sobre la otra —especialmente por la cual puede probar más fácilmente sus pretensiones— hace que sea justo y equitativo ayudar a su contrariante" (Id., p. 65). JONES y BOYER, citando investigaciones empíricas sobre el arbitraje comercial, sugieren también que quizá no sean tan grandes los riesgos que pueden presentarse si se da a quienes deciden la atribución de juzgar por "equidad" (véase: JONES y BOYER, p. 391, ob. cit. en nota 391).

tivos —especialmente de los consumidores y locatarios— son examinados de los textos legales para instalarlos en la realidad diaria.

Ya hemos visto que hay tribunales accesibles, informales y baratos que proporcionan las mejores perspectivas a aquellos cuyos derechos han sido menoscabados. Y hallamos procedimientos que dan la oportunidad de defender esos nuevos derechos contra adversarios poderosos, trapisondistas y experimentados. El éxito de esos novedosos medios, los cuales —como hemos dicho— también pueden ser usados juntamente con los que ahora protegen los derechos de los consumidores como grupo social, puede tener el más largo efecto de advertir al pueblo acerca de sus derechos y convencer a sus oponentes que aquéllos no serán ignorados durante mucho tiempo más.

Verdad es que los tribunales de menor cuantía tienden a especializarse en una reducida cantidad de litigantes y juicios, pero puede serles ampliada la competencia. Los jueces de menor cuantía quizá tengan o lleguen a tener conocimientos específicos de derecho "consumidorial", (*) pero un tribunal especializado en esa rama jurídica estará en mejores condiciones para juzgar la calidad de un producto consumible. Quizás pueda lograrse otras ventajas por una más amplia especialización, de acuerdo a las diversas clases de juicios, lo cual está siendo investigado, pero es posible que en algunos casos llegue a perderse demasiado pronto la fe puesta en los tribunales de menor cuantía con genérica competencia en razón de la materia.

2. Tribunales "vecinales" o "populares" para disminuir los conflictos entre vecinos.

Uno de los aspectos del movimiento para establecer o reformar los tribunales de menor cuantía ha sido, como hemos dicho, el propósito de instalar tribunales para el pueblo y sus conflictos. Antes de volver a referirnos a instituciones más especializadas, es interesante destacar otro aspecto de ese propósito, como es el reciente movimiento para instalar "tribunales vecinales de conciliación" con el objeto de solucionar los conflictos diarios, prin-

(*) Véase N. del Y. en el Apéndice.

cialmente los que provienen de contravenciones y daños causados a la propiedad, que se presentan tanto en el ambiente laboral como entre personas acomodadas.

En ese sentido, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha anunciado últimamente la puesta en marcha de un experimento, de 18 meses de duración, con tres "centros pilotos de justicia vecinal".²⁵⁴ La importancia de éstos consiste en interesar al vecindario, facilitar la conciliación de los conflictos vecinales, cohesionar las relaciones de vecindad y restablecer la armonía entre los vecinos.²⁵⁵ En un aspecto, eso tiene el propósito —lo mismo que otros experimentos que se están llevando a cabo en el mismo medio—²⁵⁶ de sacar de los tribunales algunos juicios menores, pero en otros aspectos va más allá. Se propone, con

254 Cada centro debe ser "una oficina de barrio a la cual la gente pueda ir a plantear sus diversas problemáticas. El Centro ofrecerá su mediación y cuando esto no sea posible hará de árbitro mediante un conjunto de vecinos preparados para la conciliación y el arbitraje. Estos procedimientos serán aplicables a los problemas civiles, penales, vecinales, familiares, locativos y de consumo que les plantea los vecinos" (véase: USA, DEPARTMENT OF JUSTICE, *Neighborhood Justice Center Program*, 11 de julio de 1977). Se ha dicho que este programa "ocupa un lugar preminente en las inquietudes del procurador general GRIFFIN, B. BELL" (véase: *Neighborhood Justice Centers Ready for Debut* [Próxima inauguración de los centros de justicia vecinal], en *A. B. A. J.*, v. 65 (1977), pp. 1062-1063).

255 Véase, en general: DANZIG, *Toward the Creation of a Complementary Decentralized System of Criminal Justice* [Hacia la creación de un sistema complementario y descentralizado de justicia penal], en: *Stu. J. Rev.*, v. 26 (1973), p. 1; DANZIG y LOWY, *Everyday Dispute and Mediation in United States: A Reply to Professor Felstiner* [Los conflictos comunes y la mediación en los Estados Unidos; Réplica al profesor Felstiner], en: *Law and Soc. & Rev.*, v. 9 (1975), p. 675; CONSTANT, *Community Courts: An Alternative to Conventional Criminal Litigation* [Los tribunales de barrio: Una posibilidad para los casos contravencionales], en: *Am. U. L. Rev.*, v. 24 (1975), p. 1253. En Alemania, el profesor GOTTFRIED BAUMGÄRTNER también es partidario de los "consejos de conciliación para asuntos comunes" (véase: BAUMGÄRTNER, p. 65, *ob. cit.* en nota 79 de este trabajo).

256 Los diversos ensayos han sido descritos por el profesor SARTON y su nómina figura en el Apéndice C del Informe de la *American Bar*

palabras de dos eminentes abogados de la reforma norteamericana, "reducir el costo extraordinario que cada miembro de la sociedad debe pagar ahora por la insuficiencia de los instrumentos destinados a solucionar los conflictos interpersonales".²⁵⁷ En otras palabras, uno de los principales propósitos consiste en crear un tribunal que sea atractivo para el pueblo, quien soportará una carga relativamente menor, aunque personalmente costosa, por los conflictos que las personas no están en condiciones de resolver por sí mismas, y que no pueden o no deben llevarlos a los tribunales ordinarios. Se tiene la esperanza de que este medio, informal y descentralizado, de participar en la solución de los conflictos, incite a corto plazo "la discusión vecinal de situaciones por las cuales las relaciones entre vecinos están a punto de romperse".²⁵⁸ Eso también puede ser útil para educar al vecindario acerca de la naturaleza, origen y soluciones de los conflictos que lo acosan.

Aunque la analogía puede no ser exacta, es valioso hacer notar la semejanza de esos nuevos experimentos y reformas con los ahora permanentes "tribunales populares" de China,²⁵⁹ Cuba²⁶⁰ y

Asociación sobre la solución de conflictos menores (SARVER, F., *Report on the National Conference on Minor Dispute Resolution* [Informe sobre la conferencia nacional para la solución de conflictos menores], Chicago, A.B.A., 1978; véase además: *Opere*, p. 685, n. 9, *ob. cit.*, en la nota 155 del presente trabajo).

257 *Id.*, p. 491.

258 *Id.*, p. 688.

259 La confianza china en la mediación y sus relaciones con la historia y maneras de pensar de ese país, han sido tratadas resumidamente por: LI, V., *Access to Justice: The Peoples' Republic of China* [El acceso a la justicia: El pueblo de la República China], *infra* en el mismo volumen donde ha sido publicado este trabajo. Según el profesor LI, hay más de un millón de mediadores legos que actúan en las vecindades (*id.*, Secc. IIC3 del volumen mencionado en esta nota). Véase además, LI, V., *Law Without Lawyers* [El Derecho sin abogados], Stamford, Conn. Alumni Assoc. 1977; LUBJAN, *Mao and Mediation* [Mao-Tse-Tung y la mediación], en: *Cal. L. Rev.*, v. 55 (1967), p. 1284.

260 Véase en general: BEJMAN, *The Cuban Popular Tribunals* [Los tribunales populares cubanos], en: *Colm. L. Rev.*, v. 69 (1969), p. 1317.

la mayoría de los países de Europa Oriental,²⁶¹ así como con la institución *Nyaya Panchayat* de la India.²⁶² Los reformistas occidentales están estudiando esas instituciones con el propósito de hallar instrumentos adecuados para la solución de los conflictos, siendo útil referirse, aunque sólo sea brevemente, a la experiencia que proporciona, por ejemplo, la experiencia de los tribunales populares de Europa Oriental, como está referida en los informes para el "Proyecto de acceso a la justicia", que incluyen los "tribunales de camaradas" búlgaros y soviéticos,²⁶³ y las "comisiones populares de conciliación" polacas.²⁶⁴

261 Estos tribunales "sociales" pueden ser ubicados en las zonas residenciales o en los lugares de trabajo y su importancia varía mucho en los países de Europa Oriental y en la Unión Soviética (véase: KUCZEWICZ, J. y K. FRIESEK, *The Social Conciliatory Commissions in Poland* [Las comisiones de conciliación social en Polonia], 1978, p. 68 en el v. II de las series del "Proyecto de Florencia"). Sobre las comisiones de conciliación polacas que funcionan en los lugares de trabajo, véase: LON, M., Secc. IIC, *ob. cit.* en nota 158).

262 La institución de la *Nyaya Panchayat* está detalladamente explicada por: BAXI, U. y M. GALANTER, *Panchayat Justice: An Indian Experiment in Legal Access* [La justicia del Panchayat; Un experimento indio para el acceso], 1978, en el v. III de las series del "Proyecto de Florencia". Además, de la misma manera debe considerarse la importancia que tienen los organismos informales para solucionar conflictos, tanto en las denominadas "sociedades primitivas" de África como en la generalidad de los países subdesarrollados (véase en general: BUCH, R., *A Pluralistic Understanding of Access to Justice: Development in Systems of Justice in African Nations* [Una amplia comprensión del acceso a la justicia: El Desarrollo de los sistemas judiciales en las naciones africanas], 1978, en el v. III de las series del "Proyecto de Florencia"). Véase, además, el prólogo de M. CAPPELLETTI al v. IV de las series del mencionado proyecto.

263 Según el profesor PUCHENSKIY (secc. III; *ob. cit.* en nota 158 de este trabajo), hay cerca de 250.000 tribunales de "camaradas" en la Unión Soviética, de los cuales 150.000 funcionan en las zonas urbanas. Dicho autor cita el típico ejemplo de la ciudad de Saratov, donde en 1969 había 118 de esos tribunales para una población de 120.000 habitantes, habiendo resuelto 835 causas. Sin embargo, informa el Prof. Staler que en Bulgaria los tribunales resolvieron, en total, 3124 expedientes durante el año 1974 (véase: STALER, Secc. IVA *ob. cit.* en nota 158).

264 Las comisiones polacas de conciliación (SCC's), que funcionan desde 1965, han sido profusamente estudiadas por: KUCZEWICZ, J. y K. FRIESEK (véase supra la *ob. cit.* en nota 261). Hacia 1973 había 6161 de

Esos tribunales pueden haber tenido su principal fundamento en la teoría marxista del "desprecio hacia el Estado", pero su primer propósito es "educar para la formación de apropiadas relaciones interpersonales".²⁶⁵ Por lo general, ellos funcionan en los vecindarios o en los lugares de trabajo, están integrados por personas elegidas por sus convecinos o compañeros, son gratuitos y tienen competencia, aunque no excluyente, en tantos contravencionales y conflictos sobre la propiedad; y los que funcionan en los sitios de trabajo son, en primer lugar, tribunales disciplinarios de empresas. Los "tribunales de camaradas" soviéticos y búlgaros pueden entender, asimismo, en demandas de menor cuantía, siempre que ambas partes acepten su competencia.²⁶⁶

Por la amplitud de su competencia civil y penal, por la atribución de hacer ejecutar sus decisiones y por la posibilidad de imponer una variedad de sanciones, como la multa por ejemplo,²⁶⁷

estas comisiones, ante las cuales tramitaron dicho año 26.000 juicios (véase, *id.*, pp. 55-56); véase además: KOZ, RABCEWICZ y ZUBKOWSKA, *Conciliation Commissions in Poland* [Las comisiones de conciliación en Polonia, en: *Am. J. of Comp. L.* [American Journal of Comparative Law], v. 24 (1976), p. 319.

265 Véase: KURCZEWSKI, J. y FRESKE, K., p. 257, *ob. cit.* en nota 257 de este trabajo.

266 En la Unión Soviética, si todas las partes están de acuerdo, el tribunal de "camaradas" puede entender en pleitos interpersonales, cuando el monto de la controversia no excede de 50 rublos, cada uno de los cuales equivale, al cambio oficial, a 1,10 dólares (véase: PUCHINSKIY, V., Secc. III, *ob. cit.* en nota 158). En Bulgaria cada una de las partes puede demandar unilateralmente, por juicio de menor cuantía, en el caso de cantidad no superior a 80 levas (cada leva, al cambio oficial, vale 1,00 dólar), pero se necesita la asistencia de las dos partes si el monto es de 80 a 100 levas (véase: STALEY, Secc. IVA, *ob. cit.* en nota 158). En Polonia, las mencionadas comisiones de conciliación no tienen competencia en juicios donde se disputan cantidades de dinero.

267 Las sentencias de los tribunales de "camaradas" son ejecutables ante los tribunales ordinarios, los cuales verifican la legalidad del procedimiento. De esa manera, a diferencia de lo que sucede en las comisiones polacas de conciliación, los tribunales ordinarios controlan, en realidad, las decisiones de los tribunales de "camaradas" (véase: PUCHINSKIY, V., Secc. III, *ob. cit.* en nota 158).

los "tribunales de camaradas" soviéticos tienen mayor poder que sus similares polacos, cuyas resoluciones sólo tienen valor persuasivo. Las comisiones polacas no pueden compeler a las partes para que acepten su competencia aunque el compromiso conciliatorio llevado a cabo ante ellas tiene el efecto obligatorio de un contrato.²⁶⁸

Estas diferencias son importantes, tanto en Europa Oriental como para los reformistas de otras partes.²⁶⁹ Los autores de reciente estudio sobre las "comisiones populares de conciliación" polacas, para el "Proyecto de Florencia", han destacado que hay tres clases de tribunales populares: 1) los que tienen "competencia autónoma", en virtud de la cual quienes voluntariamente los integran, resuelven los asuntos que otros vecinos les someten, también voluntariamente; 2) los que son "reparticiones para conservar el orden público", cuya función consiste en vigilar el comportamiento y lograr la pacífica convivencia entre los vecinos; 3) los "parajudiciales", que tienen por principal objeto colaborar con los órganos de la justicia estatal, especialmente los tribunales ordinarios.²⁷⁰

Aunque estos tres tipos representan las variantes que existen en los tribunales populares de Polonia, los juristas mencionados afirman que el más original, importante y exitoso de los tipos de "comisiones populares de conciliación", es el que tiene

268 Véase: KOZ, RABCEWICZ y ZUBKOWSKA, p. 257, *ob. cit.* en nota 264 de este trabajo. Se ha informado que cerca del 60 % de los juicios tramitados ante las comisiones polacas de conciliación son transigidos por las partes, y que entre el 80 y el 90 % esos arreglos son definitivos (véase: *id.*, p. 329; KURCZEWSKI, J. y R. FRESKE, pp. 55-59, *ob. cit.* en nota 264 de este trabajo).

269 Dice RICHARD DANZIG, acerca de los Estados Unidos: que: "Las instituciones vecinales a que aquí nos referimos, tienen por objeto conciliar, comprender, cohesionar y colaborar en los casos de conflictos o conductas desviadas que se presentan en un vecindario, lo mismo que a todos aquellos vecinos que tengan problemas" (véase: DANZIG, p. 54, *ob. cit.* en nota 255). Sin embargo, esos objetivos han sido criticados por un comentarista, quien insiste sobre la atribución "para imponer sanciones" (véase: COMMENT, p. 1287, *ob. cit.* en nota 255).

270 Véase: KURCZEWSKI, J. y R. FRESKE, pp. 275-287, *ob. cit.* en nota 264.

autonomía.²⁷¹ Hacen notar dichos juristas que el desarrollo posterior, ya del tipo de "repartición que conserva el orden público" (lo cual haría necesario, entre otras cosas, que los jueces o los tribunales populares mayores poderes sancionatorios y socializadores, quizá semejantes a los admitidos en la Unión Soviética y Bulgaria), o del "parajudicial" (que hace pensar, entre otras cosas, más, en el mayor formalismo y más grande autoridad de las decisiones de los tribunales populares), son lo opuesto del tipo "autonómico".

Esta experiencia polaca nos alecciona para examinar cuidadosamente los objetivos y métodos de las reformas recientemente proyectadas. Temas como la efectiva diversificación de la competencia de los tribunales según los tipos de conflictos, la obligatoriedad de las leyes y el establecimiento de una auténtica justicia vecinal, no armonizan necesariamente entre sí.²⁷² Las relaciones con el vecindario, con el rígido sistema judicial y hasta con la policía, deben ser tratadas preliminarmente aparte, porque de lo contrario la reforma puede llegar a no gustarle a nadie.

Pese a algún experimento inicial, las posibilidades de esta clase de reformas en nuestras sociedades occidentales distan de

271 Debe tenerse en cuenta cómo influirán las modificaciones legales o consuetudinarias en el funcionamiento de las comisiones gubernas de conciliación, lo cual es muy importante porque los cambios pueden alterar completamente la autonomía jurisdiccional, única con la que pueden cumplir sus cometidos sociales; esto es lo que ha sido computado por el público polaco para otorgarles su preferencia a esas comisiones, cuyo funcionamiento autonómico no se da en los otros casos (*id.*, pp. 290-291).

272 El trabajo de los profesores BAXI y GALANTER, en el cual se refieren al poco éxito de la *Nyaya Panchayat* de la India, llega a una conclusión similar:

"Aunque la prueba es indisecta, todo conduce inequívocamente a la grave decadencia de la institución. Parece que esta, por desgracia, refleja la ambivalencia que padece la muy grandiosa idea de la NP. Antiguamente, la política gubernamental no había decidido si la solución de los conflictos provocados por el Estado debía estar a cargo de los tribunales estatales o de los "comunitarios". El espíritu de la NP es que si los últimos tienen la imparcialidad de los tribunales ordinarios ni éstos la intimidad, informalidad y posibilidad conciliatoria de los tradicionales *Panchayats*" (véase: BAXI, U. y GALANTER, M., p. 42, *op. cit.* en nota 267).

ser claras. Esto puede deberse, como lo ha sugerido algún autor, a que la mayoría de los occidentales son demasiado trashumantes como para que esos tribunales de vecinos puedan ser usados con el objeto de dirimir los conflictos de los individuos.²⁷³

Además, puede ser que los proyectos de "comisiones de vecinos" o "conciliadores", no estén orientados hacia los principales problemas que el pueblo tiene; porque los problemas más serios de las personas pueden estar en colisión con instituciones y negocios ajenos al área vecinal.²⁷⁴ Sin embargo, es posible que

273 Según el profesor FEALSTEIN:

"Lamentablemente, muchos de los conflictos a los cuales DANZON y LOWEN creen posible resolver por medio de la conciliación, pueden estar relacionados con problemas raciales, generacionales, religiosos o ideológicos. Si la conciliación fuese estendida a éstos, probablemente esos valores chocarían con la realidad, pudiendo alterar la paz, dañar la propiedad y afectar intereses que pueden ser importantes para todos. En caso de suceder eso, la conciliación puede ser inútil, porque la parte se resiste a pactar al margen de las normas legales y no puede comprometerse a compromisos irreversibles" (FEALSTEIN, *Avoidance of Dispute Processing* [La manera de evitar los conflictos], en: *Law and Soc' y Rev.*, v. 9 (1975), pp. 493, 504).

Algo de esto se dice también en el estudio sobre las comisiones de conciliación polacas. Se sugiere allí que es esencial cierto grado de coincidencia de valores:

"La eficacia y viabilidad de las acciones que se interponen ante las comisiones de conciliación, están relacionadas con la aceptación por los contendientes de valores que se superpongan a los que son muestra del conflicto. Esa eficacia y esa viabilidad serán mayores en los medios culturalmente homogéneos, de manera tal que los convenios puedan ser pactados de acuerdo al sentido común" (KUCZYNSKI, J. y K. FRIESEK, pp. 298-299, *op. cit.* en nota 261 de este trabajo).

274 Véase, p. e.: GALANTER, *Delivering Legality: Some Proposals for the Direction of Research* [Subrogando la legalidad: Sugerencias de algunas directivas para la investigación], en: *Law and Soc' y Rev.*, v. 11 (1976), pp. 225-241. Es interesante comparar lo dicho por GALANTER con lo que sostuvieron los CALIN, en 1965, sobre los tribunales vecinales, habiendo reconocido éstos que "algunos conflictos e injusticias son principalmente internos [al grupo], y pueden ser tratados como discusiones vecinales, en tanto que otros son externos, por lo cual los consumidores deben tener los medios necesarios para luchar contra intereses y grupos ajenos

tales novedades reforman les den una nueva perspectiva a nuestras relaciones de vecindad. Después de todo, hay zonas de población permanente aún en nuestros centros urbanos, y está claro que en muchos lugares hay un renovado interés, como lo refleja el experimento francés del "consejero vecinal", un proteger y hacer progresar los vecindarios.²⁷⁵ Los bien organizados tribunales vecinales, integrados por vecinos, pueden enriquecer la convivencia vecinal, mediante una justicia que tenga conciencia de las necesidades locales.

3. Tribunales especiales para entender en las demandas de los consumidores.

Aun más directamente relacionadas con el movimiento para los juicios de menor cuantía, se hallan las reformas —de iniciativa pública y privada— para crear órganos y procedimientos especiales destinados a las demandas de los consumidores.²⁷⁶

al vecindario" (CAHN y CAHN, pp. 948, 950-955, *ob. cit.* en nota 14) de este trabajo).

275 Véase la nota 172 de este trabajo y su texto. La institución germana del "árbol" está relacionada mínimamente con la mediación en asuntos civiles y controversiales, a nivel local (Véase además, *infra*, la nota 126 de este trabajo).

276 No podemos referirnos aquí a las numerosas reparticiones estatales, que además de lo que les está atribuido hacer, proscriben la solución administrativa de los conflictos por consumo. Debe hacerse notar que existen útiles medios para que esos procedimientos administrativos sean eficientes, como lo es el "Apartado Postal 99", a donde pueden remitirse todas las demandas en Canadá, dirigiéndose posteriormente a la oficina que corresponda (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. 111B3*, *ob. cit.* en nota 15). No obstante, algunas investigaciones empíricas señalan ciertas debilidades intrínsecas que limitan la posibilidad de este procedimiento administrativo para resolver los conflictos individuales de manera sistemática y exitosa (véase: WHITFORD y KIRKALL, *Why Process Consumer Complaints? A Case Study of the Office of the Commission of Insurance of Wisconsin* [Porqué un procedimiento para las demandas de los consumidores?: Estudio acerca de la Comisión de Seguros de Wisconsin], en: *Wis. L. Rev.*, (1974), p. 639; STEELE, *Fraud, Disputes and the Consumer: Responding to Consumer Complaints* [El consumidor y los conflictos que

Claro está que el fracaso de la mayor parte de los tribunales de menor cuantía para solucionar efectivamente los agravios de los consumidores, ha provocado mucho interés por estas recientes iniciativas. Casi es superfluo decir que hay numerosas maneras de estructurar un sistema para las demandas de aquéllos, por lo cual aquí sólo nos referiremos a las principales.

a) *Sistemas más persuasivos que coercitivos. Solución intermedia.*

Una reciente reforma del mayor interés, en el campo privado, es la que puede ser denominada como "solución intermedia para las quejas de los consumidores".²⁷⁷

Muchos canales de televisión, estaciones de radio y algunos diarios de Canadá, Inglaterra y Estados Unidos, entre otros países, se hacen eco de esas quejas, enviándolas a quienes deban ocuparse de ellas, investigan otras ellos mismos e intentan esgrimir el arma de una publicidad negativa con el objeto de lograr que sean remediadas las injusticias hechas a los sujetos activos del consumo.

El informe norteamericano para el "Proyecto de Florencia" estableció que idealmente "para equilibrar las posibilidades de negociación de las partes, el poder de la prensa diluye las ventajas que las grandes empresas y el comercio tienen sobre los consumidores".²⁷⁸

En la práctica este método ha sido muy exitoso, aunque como es obvio, tiene sus limitaciones.²⁷⁹ Pero mientras no se co-

provoca el fraude; Respecto a las demandas de los consumidores], en: *U. Pa. L. Rev.*, v. 125 (1975), p. 1107).

277 Véase en general: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. 111B2b*, *ob. cit.* en nota 11; COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. 111D5*, *ob. cit.* en nota 15; JACOB, J. H., *Sec. 111E*, *ob. cit.* en nota 57.

278 Véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. 111B2b*, *ob. cit.* en nota 11.

279 Existe el peligro de que esos programas se limiten a los conflictos más instanciables, y que por eso ellos dejen necesariamente de lado numerosas demandas, desatendiendo así a una gran cantidad de consumidores. También es probable que la amenaza de una publicidad negativa

encuentren otros más orgánicos, debidos a la iniciativa estatal, son muy útiles para ayudar a quienes consumen.

b) *Intervención arbitral privada.* (*)

También están proliferando los sistemas de arbitraje privado, debido al interés de los consumidores por un órgano accesible que dirima sus conflictos. Muchos de los más importantes son patrocinados por empresas que confían en su influencia "sobre el egoísmo de los propios empresarios, en vista, entre otras cosas, a su prestigio y prosperidad en el mundo de los negocios".²⁸⁰

Puede mencionarse, entre esos sistemas, los *Better Business Bureau* canadiense y norteamericano de 1972 y 1974,²⁸¹ respec-

ta algunas veces demasiado severa (véase: NOEL, *Nontraditional Remedies for the Settlement of Consumer Disputes* [Soluciones no tradicionales para resolver los conflictos del consumo], en: *Temple, L. Q.*, v. 49, pp. 385, 418-420). Sin embargo, de acuerdo al informe norteamericano, algunos programas, especialmente los de Los Angeles y Seattle, están intentando "averiguar y buscar los medios de solución de todas las demandas legítimas, sin tener en cuenta el sentimentalismo" (véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. III B2b, *ob. cit.* en nota 11). Refiere el informe canadiense que un diario de Toronto ha recibido en un año 50.000 de esas quejas, a la mayoría de las cuales no le ha dado publicidad ninguna (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. III D5, *ob. cit.* en nota 15).

280 Véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. III B2a, *ob. cit.* en nota 11.

281 El sistema norteamericano del *Better Business Bureau* (BBB), iniciado en 1972, incluye el arbitraje obligatorio (a veces con un muy limitado control judicial) cuando ambas partes lo aceptan. Los árbitros son elegidos entre un conjunto de personas que quieren voluntariamente serlo, la mayoría de las cuales son abogados. Hacia la mitad del año 1975, 92 de los 114 *Better Business Bureau* de los Estados Unidos, habían adoptado este sistema, aunque con variaciones de rapidez, costo y posibilidades; en algunos lugares, como en Seattle, el ingreso de los empresarios como miembros del *Bureau* estaba condicionado a que aceptasen que los consumidores recurrieran al arbitraje (véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. III B2a, *ob. cit.* en nota 11; STATION, *Arbitration for Consumers is Spreading as Better Business Bureaus Offer Service* [Está extendiéndose el servicio de arbitraje para los consumidores ofrecido por los *Better Business Bureaus*], en: *Wall Street Journal*, 21 abril 1975, p. 22).

(*) Véase N. del T. en el Apéndice.

tivamente, el sistema alemán de arbitraje para los conflictos por desperfectos de automotores (*Schlichtstelle für das Kraftfahrzeugkündwerk*)²⁸² y el *Major Appliance Consumer Action Panel* de los Estados Unidos.²⁸³

El *Bureau* canadiense, vigente desde 1974, dispone audiencias conciliatorias, ante mediadores voluntarios, si el *Bureau* no puede resolver por sí mismo satisfactoriamente el problema. De acuerdo al informe sobre ese país: "Ambas partes deben aceptar la mediación, y por lo tanto el empresario, como miembro del BBB, que proporciona el servicio, está obligado a cumplir las recomendaciones del mediador" (véase: COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. III D5, *ob. cit.* en nota 15). Pero la única sanción que tiene el empresario por incumplimiento es la "severa y oprimente" expulsión del BBB.

282 Según el Prof. ERIC VON HERRMANN, el principal ejemplo alemán de esta institución es el *Bureau* de Hamburgo. Fue creado en 1970, proliferando posteriormente otros, a su imagen y semejanza, por lo menos en 61 ciudades. El sistema hamburgués es gratuito para el consumidor, no admite la intervención letada en las audiencias y decide un jurado compuesto por un juez —ajeno a los intereses de las partes—, un representante de los representantes de automóviles y otro de la organización que agrupa a los conductores. Ambas partes, de común acuerdo, deben someter sus diferencias al *Bureau* por escrito. Las decisiones no tienen la autoridad de las autoridades, pero por lo general ellas son estrictamente cumplidas por los representantes de automóviles (HERRMANN, E. v., *Verbraucherrecht*, Tübingen, Mohr., 1974, pp. 97-99; véase además: BRAMER, R. y C. STRECKEN, Secc. III D5, *ob. cit.* en nota 11 de este trabajo).

283 El *Major Appliance Consumer Action Panel* (MACAP), de los Estados Unidos, patrocinado por las asociaciones de comerciantes de artículos para el hogar, fue creado en 1970. Después de haberle sido negada la reparación por la empresa vendedora, los consumidores pueden someter su discrepancia por escrito al MACAP de Chicago. El conflicto debe haberse suscitado con alguna empresa que forme parte del MACAP. Se dispone la gratuidad del servicio. En Chicago, un jurado de peritos en consumo intenta mediar en la reclamación; hay casos en que un especialista, por ejemplo en economía doméstica, se entrevista con el quejoso en su hogar. Si la recomendación del MACAP no es acatada por el comerciante, lo cual según el informe norteamericano sólo ocurre en el 26 % de los casos, el MACAP aconseja al consumidor acerca de su derecho (véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. III B2a, *ob. cit.* en nota 11).

En años recientes, la *Office of Consumer Affairs* de Washington (Distrito Columbia) ha procurado inducir a otras industrias para que sigan el ejemplo de MACAP. Se hallan en las diversas etapas de organización

Entre otros sistemas de intervención más o menos privada hay que incluir a las comisiones holandesas de conflictos de la *Consumer's League* (*Consumentenbond*)²⁸⁴ y los de arbitraje para el consumo que propone el director general inglés de lealtad comercial (*Fair Trading*)²⁸⁵.

Dichos sistemas varían mucho entre sí por la forma (oral o escrita; conciliación o arbitraje) y la clase de las decisiones que adoptan. Esas diferencias pueden ser muy importantes pero no es necesario que sean detalladas aquí.

Hay que hacer notar que todos esos sistemas son muy baratos o menos costosos para el consumidor, siendo también infor-

las siguientes: automotores (AUTOCAP), alfombras y mallas de viaje (CRICAP) y muebles (FICAP). Véase en general: Noye, pp. 398-401, *ob. cit.* en nota 279 de este trabajo.

284 De acuerdo al informe holandés para el "Proyecto de Florencia", hay actualmente cinco comisiones de conflictos, creadas por la *Consumer's League* (que en 1975 tenía 450.000 miembros), que abarca, entre otras actividades, la tintorería, el lavado de ropa, las diversiones y el mobiliario. El sistema sólo se pone en marcha por iniciativa de los consumidores. Se obtiene el acatamiento de las empresas "ya sea por convenios entre la organización para los conflictos del consumo, a la cual las comisiones pertenecen, y las empresas, o por especial pedido de las partes". Los dictámenes de las comisiones tienen el efecto obligatorio de los contratos. El costo oscila entre 25 y 50 guilders (o sea de 11 a 22 dólares norteamericanos) y le es reembolsado a la parte vencedora. La comisión resolvió 1180 controversias el año 1975 (véase: HOUTAPPEL, J., *Supra*, III, *ob. cit.* en nota 54 de este trabajo).

285 El director general inglés de lealtad comercial fue autorizado por la *Fair Trading Act* de 1973 (c. 41, párr. 124, 3) para inducir a las asociaciones de comerciantes que adopten voluntariamente normas en favor de los consumidores y los organismos necesarios para aplicarlas. El prototipo de asociación comercial procura resolver los conflictos por mediación, pero si ésta fracasa, el cliente puede someter la diferencia a un árbitro neutral, designado generalmente de una lista aprobada por la *Office of Fair Trading*. El arbitraje se tramita en escritos muy sencillos; el laudo es obligatorio para ambas partes, y el ringo máximo del consumidor por las costas es de 10 libras esterlinas, debido a los subsidios de las asociaciones de comerciantes (véase: BUNNEY, G., pp. 4-5 y apéndice, *ob. cit.* en nota 107; JACOBS, F. H., *Supra*, Sec. VIII, *ob. cit.* en nota 37).

males y rápidos. Frecuentemente proporcionan la oportunidad de obtener decisiones tan buenas como si fueran de especialistas.²⁸⁶

Una limitación genérica y esencial, que un comentarista francés ha calificado de "debilidad congénita",²⁸⁷ es que ambas partes deben someterse al arbitraje o atenerse a una decisión que, por sí misma, no tiene fuerza obligatoria.²⁸⁸

Así, el *Major Appliance Consumer Action Panel* norteamericano sólo puede dar recomendaciones para la solución de los conflictos por consumo,²⁸⁹ y el citado sistema alemán de arbitraje únicamente es posible si las partes pactan por escrito la cláusula compromisoria.²⁹⁰

Sin embargo, se están buscando soluciones para disminuir esa "debilidad". Un ejemplo de ello lo da el director general inglés de lealtad comercial, quien como órgano público, recomienda a las industrias que adopten normas arbitrales a las que sus miembros deban someterse en adelante de manera obligatoria, pidiendo cualquier consumidor optar por el arbitraje.²⁹¹

En el mismo sentido, las comisiones holandesas de conflictos y los *Better Business Bureau* canadiense y norteamericano ha-

286 Véase, *supra*, las notas 281-283 de este trabajo.

287 Según el profesor PRATOR:

"Todas estas experiencias merecen ser estudiadas cuidadosamente, pero es el estado actual de los cosas, hoy que conviene en que estas instituciones ofrezcan una debilidad congénita, que influye mortalmente en la fuerza obligatoria de sus decisiones" (véase: PRATOR, p. 17, *ob. cit.* en nota 55 de este trabajo).

288 El problema presenta aspectos constitucionales y prácticos. En cuanto a este último, la dificultad consiste en que a las partes se les presenta el dilema de convenir su sometimiento a un arbitraje obligatorio dirigido por grupos privados, o aceptar voluntariamente las consecuencias de una decisión basada en tal sistema. Asimismo, como se ha hecho notar antes, si el Estado impone la sumisión a sistemas que carecen de la seguridad que proporciona el procedimiento judicial, podría objetarse, en base a disposiciones constitucionales, que se privaría a los demandados del fundamental derecho a la defensa en juicio (véase: PRATOR, p. 17, *ob. cit.* en nota 55; YANOVSKY y HENNINGSEN, p. 268, *ob. cit.* en nota 139).

289 Véase, *supra*, la nota 283 de este trabajo.

290 Véase, *supra*, la nota 282 de este trabajo.

291 Véase, *supra*, la nota 281 de este trabajo.

con que en los convenios que se adoptan figure el arbitraje obligatorio a pedido de un consumidor cualquiera.²⁹²

Otra crítica general, relacionada con la legitimidad de esos sistemas, es los problemas más arduos, aunque ellos tampoco son técnicamente insuperables. Con excepción de los comités holandeses, todos los mencionados sistemas de arbitraje tienen el patrocinio de las respectivas industrias y son aplicados por ellas.

Pese a las opiniones de observadores imparciales y a los resultados que parecen ser exitosos, es comprensible el escepticismo por el sistema, en gran medida inevitable.²⁹³ Como ha dicho el informe norteamericano, acerca del sistema del *Better Business Bureau*, "los consumidores son suficiente escépticos sobre si puede confiarse que el interés público sea controlado y regido en el muy propio por sus adversarios".²⁹⁴ Ese temor no sólo existe

por las decisiones en los casos individuales, sino también hacia la generalidad del sistema que se aplicará a la conducta de los empresarios.

Otros sistemas, de mayor eficacia pueden con el tiempo disminuir estos recelos, pero los que ahora aseguran la igualdad de las partes y reconocen los derechos de los consumidores son probablemente escasos, limitados a las pocas bien organizadas industrias, que están de acuerdo en someterse a esos sistemas.²⁹⁵

Como ha dicho hace poco un comentarista: "Infortunadamente, los avanzados sistemas de protección a los consumidores hacen trepidar los cimientos del comercio".²⁹⁶

En verdad, el alcance de esta clase de recurso es necesariamente limitado para el consumidor. Sin embargo, dentro del marco de un sistema amplio de posibilidades, el de intervención privada, como medio de solución de conflictos, ha contribuido en algo para hacer efectivos los derechos de los consumidores.

c) Intervención estatal. (*)

Experiencias recientes demuestran que la intervención estatal en el arbitraje de los conflictos del consumo puede superar los principales inconvenientes de los sistemas privados —como

nos en primera instancia" (véase: JONES y BOVEN, pp. 371-372, *ob. cit.* en nota 254 de este trabajo).

295 De acuerdo al informe canadiense, la aceptación del nuevo programa del *Better Business Bureau*, "ha sido lenta" (véase: COOPER, R. y B. KUTNER, Secc. IID1, *ob. cit.* en nota 15). Es muy importante destacar que los miembros del *Better Business Bureau* "son por definición organizaciones de responsables hombres de negocios, que ofrecen su modesta colaboración para resolver la considerable cantidad de conflictos entre los consumidores y los empresarios asociados, indifentes o deshonrados" (véase: JONES y BOVEN, p. 37), *ob. cit.* en nota 254). En igual sentido, dice APPELREY acerca del sistema inglés que funciona con los auspicios de la *Office Fair Trading*: "Sólo quince miembros de una asociación comercial se someten al arbitraje, quedando al margen una significativa proporción de comerciantes" (véase: APPELREY, G., p. 91, *ob. cit.* en nota 202; BOURG, G., p. 4, *ob. cit.* en nota 102).

296 WILLIAMS, *More Justice Under Law* [Más justicia legal], en: *Ore. L. Rev.* [Oregon Law Review], v. 35 (1970), pp. 183-184.

(*) Véase N. del T. en el Apéndice.

292 Véase, supra, las notas 281 y 284 de este trabajo.

293 El sistema alemán ha sido muy elogiado por VON HERRL (véase: HERRL, E. V., *ob. cit.* en nota 282 de este trabajo), aunque parece que los jueces BASSON y STRECKER son menos optimistas (véase: BASSON, R. y C. STRECKER, Secc. IID3, *ob. cit.* en nota 11). De igual modo, GONNAR BOURG, director general inglés de lealtad comercial, tiene fe en el futuro del organismo que dirige y en sus atribuciones de control (véase: BOURG, G., pp. 43, *ob. cit.* en nota 102), pero APPELREY nota algún escepticismo entre los consumidores (véase: APPELREY, G., pp. 89-92, *ob. cit.* en nota 202). La imparcialidad de los sistemas del *Better Business Bureau* y del MACAP también ha merecido elogios, pese a las dudas mencionadas en el texto del presente trabajo (véase: SIMMONS, *ob. cit.*, aquí, en nota 284; NORT, pp. 399-404, *ob. cit.* en nota 279).

294 Véase: JENSEN, E. (hijo) y otros, Secc. IID2a, *ob. cit.* en nota 11, acerca del BBB. Otros comentaristas dicen sobre el MACAP:

"Por haber sido creado por los industriales, y depender de ellos para conseguir recursos y personal, el MACAP ve limitadas, inevitablemente, sus posibilidades de averiguar el cumplimiento del propio personal que trabaja, en la correspondencia, con dedicación semi-exclusiva, y del que le aporran las asociaciones que lo integran y que depende de éstas. La última tendencia importante entre los industriales que forman el MACAP abec interrogantes acerca del grado de confiabilidad que sus recomendaciones pueden tener los consumidores, cuyas peticiones han sido rechazadas —independientemente de la imparcialidad de su departamento legal—, pudiendo eso disuadir a otros reclamantes para someterse a sus decisio-

son la legitimidad y el grado de participación de los empresarios—, proporcionando las ventajas del menor costo, la rapidez y la especialización en problemas de consumo.

En la práctica esas ventajas han sido admitidas por los sistemas privados a que nos hemos referido. A su vez, las reparticiones gubernamentales estimulan y en alguna medida computan aquellos sistemas, al menos en Canadá, Inglaterra y Estados Unidos.²⁹⁷

Entre los sistemas puramente públicos deben mencionarse, de especial manera, los "comisiones departamentales de conciliación" francesas, las cuales comenzaron a funcionar experimentalmente en 1976²⁹⁸ y la más arraigada institución del "Consejo Público de Conflictos" que, como lo demuestran las últimas experiencias sueca²⁹⁹ y danesa,³⁰⁰ puede contribuir en gran medida para un amplio sistema de protección al consumidor.

Las comisiones francesas de conciliación para los conflictos del consumo fueron establecidas, a título de ensayo, en sólo seis de los noventa y cinco departamentos de Francia, pero a partir de noviembre de 1977, el sistema fue extendido a todo el país.³⁰¹

297 Podemos mencionar un programa experimental, llevado a cabo en Canadá el año 1974, por el cual el BBB colaboró con el gobierno de Ontario para resolver las demandas de los consumidores (véase: COOPER, R. y B. KASNER, *Sec. 1103*, *ob. cit.* en nota 15). Acerca de las atribuciones del director general inglés de lealtad comercial (que es un funcionario público), véase aquí, *supra*, la nota 285. En *supra*, nota 285, nos hemos referido a las funciones de la *Office of Consumer Affairs* de los Estados Unidos.

298 Véase: THIERY, *Apéndice de la obra citada* en la nota 62 de este trabajo.

299 Véase, en general: EISENSTEIN, *ob. cit.* en la nota 120.

300 El *Consumer Complaints Board* danés, que mucho se parece al sueco, fue creado por la ley 305, de 14 de junio de 1974, habiéndose vigente desde el 1 de junio de 1975 (véase, en general: PETERSON, H. W., pp. 13-25 y apéndice —donde figura dicha ley traducida al inglés—, *ob. cit.* en nota 102 de este trabajo).

301 Recibidas las cartas, son enviadas a la correspondiente administración departamental, si se denuncia alguna violación de leyes o reglamentos, o si no, de acuerdo al respectivo convenio local, a las organizaciones profesionales o de comerciantes. Estas procuran resolver informalmente los conflictos y en caso de no tener éxito los derivan a la pertinente

Los procedimientos son muy sencillos: comienzan por una carta que se envía al "Apartado postal 3000", y culminan, si es necesario, con una audiencia ante una comisión integrada por el director departamental de competencia [comercial], un representante del consumo y otro de las organizaciones empresarias. La comisión valora los aspectos técnicos del problema y propone la solución adecuada, que no es obligatoria para las partes, pero que éstas generalmente aceptan, como lo demuestra la experiencia. Claro está que ese procedimiento deberá ser rigurosamente observado.

El Consejo Público de Conflictos de Suecia, que después de un período de prueba fue considerablemente extendido en 1974, será objeto de más detallada exposición en un informe del "Proyecto de acceso a la justicia",³⁰² pero dada su importancia nos referiremos a él someramente.

Dicho Consejo, que tiene competencia, aunque no exclusiva, sobre todas las demandas de los consumidores contra los comerciantes por cosas o servicios, fue establecido sin relación con la experiencia sueca sobre órganos privados de conflictos, a que nos hemos referido en la sección anterior.

Las principales características de los órganos privados, relacionadas con el procedimiento escrito y la fuerza no obligatoria de sus decisiones, han sido conservadas por el Consejo, pero la financiación, el control, el ámbito de la competencia y la composición de los miembros no son los mismos.

comisión conciliadora departamental (véase: THIERY, P., *Apéndice de la obra citada* en la nota 62 de este trabajo).

La ampliación fue anunciada el último mes de octubre [de 1977] por CRISTIANE SCHREYER, ministro francés para asuntos de consumo. Véase en [el diario] "Le Figaro", de 28 de octubre 1977, el artículo titulado *Consommateurs: la boîte 3000 étendue à tous les départements*. Según ese artículo "los resultados obtenidos en los seis departamentos donde se hizo el ensayo son estimulantes, no sólo desde el punto de vista de los consumidores sino también porque el sistema establece de manera automática un constructivo diálogo con todos aquellos a los que deben responderse los pedidos de información".

302 EISENSTEIN, *ob. cit.* en nota 120 de este trabajo. Lo que sigue, a menos que se diga otra cosa, se basa en ese estudio.

Actualmente, hay un Consejo Público de Conflictos, con sede en Estocolmo, financiado y controlado por el Estado, al que integran diez departamentos especializados.³⁰⁵ Cada uno de estos últimos tiene entre seis y diez miembros, con igual proporción de representantes del consumo y de las empresas, presididos por un funcionario público. Las decisiones son tomadas regularmente por mayoría, aunque en la práctica se tiende a la unanimidad.³⁰⁶

Esto hace confiar en que la composición y procedimientos del Consejo pudieran evitar la lentitud de las decisiones de los organismos creados y de las normas aplicadas por los mismos.

El Consejo tiene una secretaría, que funciona en Estocolmo, integrada actualmente por veintidós personas, la mayoría de las cuales tienen formación jurídica. La Secretaría asesora a las partes y al público en general e intenta poner de acuerdo a quienes

305 Los actuales departamentos son: calzado, pelotería, lavado de ropa, embarcaciones de recreo, seguros y en general los asuntos de competencia de la comisión.

306 Uno de los primeros conciliatoristas suecos juzgó este tipo de arreglos, en relación al derecho sustantivo, de la siguiente manera:

"La intervención de expertos, que representan a los diversos intereses, debe ser considerada como una ventaja, especialmente en aquellos donde se producen cambios estructurales. Esto hace posible sancionar normas que estén de acuerdo con las necesidades del progreso técnico, social y comercial. La experiencia sueca demuestra que esas normas son probablemente menos estrechas que los procedimientos judiciales" (EINSTEIN, *The Solution of Disputes by Organs Other than Courts and Arbiters* [La solución extrajudicial y extra-arbitral de los conflictos], en: *Swedish National Reports to the VIII International Congress of Comparative Law* [Informe sueco al 8º Congreso Internacional de Derecho Comparado], A. MALSTRÖM y S. STADENHOLM, eds., Uppsala, Almqvist y Wiksell, 1970, pp. 20, 24-25).

EINSTEIN enumera los tres aspectos que singularizan a esta comisión tripartita: 1) quien no tenga conocimientos puede valerse de los expertos de ella para valuar complejos problemas técnicos; 2) la presencia de los representantes de los intereses en pugna y de un juez neutral asegura la imparcialidad de las decisiones; 3) la participación de las organizaciones le da a cada grupo de interés "la oportunidad de aportar sus puntos de vista y contribuir al deseable progreso de las normas legales" (EINSTEIN, *op. cit.*, pp. 81-90, *ib. cit.*, en nota 170).

ocurren ante el Consejo. Ambas funciones, de asesoramiento y conciliación, tienen creciente y subida importancia.³⁰⁷

Los conflictos son resueltos por el Consejo de manera relativamente rápida y muy económica. Esto último es singularmente importante porque usa los servicios de sus propios expertos, tanto para ayudar informalmente a los consumidores como para estudiar de manera imparcial los conflictos del consumo, que suelen ser muy complejos y de alta especialización técnica.

Además, aun cuando sus decisiones no son obligatorias, se las acepta en el 80 % de los casos,³⁰⁸ lo que así sucede porque el Consejo publica una "lista negra" de los comerciantes que no las cumplen puntualmente dentro de los seis meses de dictadas.

Las ventajas del Consejo Público de Conflictos son evidentes, pero presenta también, en apariencia, algunas importantes limitaciones: está centralizado en Estocolmo, el procedimiento es escrito y no puede recibir en audiencia la prueba testimonial, como asimismo no le es posible hacer ejecutar sus decisiones.³⁰⁹

307 Desde 1973 a 1975, las llamadas telefónicas a la Secretaría por asesoramiento ascendieron de 13.000, aproximadamente, a cerca de 70.000. De las 6662 solicitudes escritas, presentadas en 1973, más o menos el 20 % fueron resueltas por la Secretaría y cerca del 25 % rechazadas por incompetencia de la comisión.

308 Este promedio se basa en una investigación realizada en 1974, y va desde el 96 % para el calzado hasta el 53 % para las embarcaciones de recreo, pasando por el 64 % para los aparatos eléctricos. La conformidad con la decisión final de la *National Swedish Board for Consumer Policies* fue lograda mediante la amenaza de publicar en una "lista negra" los nombres de las partes que no la cumplieren. Hay que destacar que la mayoría son empresas pequeñas y a menudo no integran ninguna entidad gremial. Por eso, se presenta también aquí el ya visto problema de los organismos privados que entienden en los reclamos de los consumidores (véase la nota 795 de este trabajo).

309 La importancia referente a la naturaleza de esas limitaciones porque puede estar necesariamente relacionada con las posibilidades de funcionamiento del *Public Complaint Board*. Sería especialmente muy difícil conseguir personal por el tiempo que llevan las audiencias, y aún para instalar una gran cantidad de tribunales, integrados cada uno de ellos por su juez y representantes sectoriales de las partes (véase: JONES y BOYER, pp. 391-394, *ib. cit.*, en nota 234). La falta de compulsió contribuye a la flexibilidad, pero se ha sugerido, sin embargo, que

Los políticos suecos reconocen, claro está, esos inconvenientes y proyectan enmendarlos, habiendo dicho que la institución no va a sobrevivir talada sino que hay que completarla con los recientemente establecidos "tribunales de menor cuantía".

Un consumidor, que ha obtenido una decisión favorable del Consejo, puede demandar la cantidad reclamada ante un tribunal de menor cuantía, y aquella le servirá de prueba. Aunque en la práctica esto no se hace muy frecuentemente, el tribunal puede, para mejor proveer, pedir la opinión del Consejo sobre problemas técnicos.

Tiene mucha importancia, como lo hemos hecho notar, que los tribunales de menor cuantía hayan sido instituidos para contribuir a la *defensa del consumidor*, aunque también tienen competencia en demandas por cobro de créditos y en todos los casos que no son posibles de resolver por el procedimiento escrito.

Tampoco deja de ser importante que la Secretaría del Consejo Público de Conflictos deba ayudar al consumidor para que decida si su demanda puede ser satisfactoriamente resuelta por medio del procedimiento escrito del Consejo.

Por consiguiente, los consejos públicos de conflictos tienen mayor importancia cuando ellos integran un sistema de protección al consumidor.

Este novedoso experimento sueco de crear órganos y procedimientos para los consumidores individualmente considerados, está en estrecha relación con el *Consumer Ombudsman's* de ese país, destinado a amparar los intereses difusos de aquéllos como grupo social.³⁹⁷

El hecho de hacerse cargo de los intereses individuales y grupales de los consumidores y de las específicas características de los conflictos entre los consumidores y los comerciantes, hace que el cuidadosamente estructurado sistema sueco proporcione un excelente ejemplo sobre las posibilidades del "enfoque del acceso a la justicia", en relación a los derechos del consumidor.

Las decisiones pueden llegar a ser obligatorias, hallándose a estudio en Suecia esas y otras posibles reformas.

396 Véase, *supra*, la nota 203 de este trabajo.

397 Véase, *supra*, la nota 101 de este trabajo.

4. Órganos especializados para hacer valer otros "nuevos derechos".

Los problemas de los tribunales de menor cuantía y de los tribunales "sociales" y para consumidores subrayan las cuestiones principales —muchas de ellas resueltas por las recientes reformas— comprendidas en el esfuerzo por proyectar nuevos órganos especializados para cada clase de juicios, que ha llegado a ser una de las principales preocupaciones del movimiento de "acceso a la justicia".

Se ha insistido —volvamos a repetirlo— en la efectividad de los nuevos derechos subjetivos que la gente antes no tenía y que ahora tiene, por lo menos teóricamente, contra los comerciantes, contaminadores, locadores, patronos y contra la burocracia estatal.

Mucha atención se ha prestado a los tribunales de menor cuantía y a los tribunales para consumidores como medios de realización de esos nuevos derechos. Paulatinamente se ha ido desarrollando un nuevo concepto del proceso civil, que tiene por objeto tanto darles oportunidades de litigar a personas que de otra manera no podrían hacerlo, como para que lo hagan ante un tribunal informal pero sensible a la evolución de los derechos subjetivos.

Ese concepto tiende, además, a crear los medios que permitan la conciliación de las partes vinculadas por relaciones de larga data, que de otra manera podrían estar en peligro de romperse.

Una cantidad de aspectos muy especializados se presentan en otras clases de conflictos entre personas que reclaman relativamente pequeñas cantidades de dinero y las poderosas organizaciones a las que aquellas demandan.

Sin pretensión de exhaustividad, y aceniéndonos principalmente a los informes preparados para el "Proyecto de Florencia", sólo describiremos aquí, de breve manera, unos pocos de esos importantes y especializados aspectos.

Nos referiremos seguidamente a algunas de las principales reformas al procedimiento en búsqueda de apoyo para la gene-

alidad de la gente en sus relaciones con los empresarios, la burocracia estatal y otras más o menos poderosas organizaciones.³¹⁰

a) *Conflictos por contaminación ambiental. Los experimentos japoneses de 1970.*

Como observa el informe japonés para el "Proyecto de Florencia":

"Los conflictos provenientes de la contaminación ambiental son los más difíciles de demandar ante un tribunal donde rijan los procedimientos tradicionales. Aquellos afectan a gran cantidad de gente y abarcan complicadas cuestiones técnicas. Es inadecuado litigar ante un tribunal ordinario por el tiempo, dinero y especiales conocimientos que esa clase de conflictos requiere".³¹¹

Los conflictos por contaminación ambiental también tienen, por supuesto, un aspecto colectivo o "difuso" y otro individual, por lo que habremos de referirnos a ambos en el presente estudio.

Las soluciones aplicables a los intereses difusos —característica de la "segunda etapa" de la reforma del "acceso a la jus-

ticia"— tienen particular importancia para los problemas de la contaminación ambiental.³¹²

Pero también el procedimiento y la organización de los tribunales de menor cuantía pueden ser muy importantes para las personas perjudicadas por los contaminadores, debido a que el daño que sufren, si es que alguno hay, es probablemente pequeño. Asimismo, la naturaleza altamente técnica de los problemas ambientales puede hacer necesaria una previa investigación.

En algunas partes, especialmente en Japón, se han aplicado nuevos y avanzados métodos para tratar los aspectos colectivos e individuales del problema ambiental.

La ley japonesa de 1970 sobre solución de los conflictos provenientes de la contaminación ambiental, incluye varias e interesantes reformas, pero sólo a unas pocas de ellas nos referiremos ahora.³¹³ Una de las más importantes es haberle dado a las personas perjudicadas el derecho a presentar su queja, a muy bajo costo, ante una central o local "Comisión de conflictos ambientales".

Esas comisiones llevan a cabo especializadas investigaciones técnicas, sin costo ninguno para las partes, y disponen de una amplia gama de decisiones alternativas para solucionar los conflictos, entre ellas, la conciliación, el arbitraje y una especie de resolución "cuasi-judicial".³¹⁴

312 Véase, *supra*, la Secc. III B de este trabajo.

313 La ley mencionada en el texto creó a fines de 1970 una comisión central autónoma, en Tokio, y comisiones locales, en los demás distritos. Los miembros de las comisiones son designados entre los jueces, funcionarios públicos, abogados, médicos y otros similares. Véase en general: KOJIMA, T. y Y. TANIGUCHI, *Sec. VA3a*, *ob. cit.* en nota 14, a quienes se sigue en adelante.

314 La comisión central y las comisiones locales pueden, desde 1974, intervenir de oficio como mediadoras de un conflicto. Ante un pedido de conciliación, la comisión puede desvirtuar a un "comité conciliatorio" (*inbōshōin*), el cual dirige las investigaciones, celebra las mediaciones y prepara un proyecto de arreglo, que si no es objetado por alguna de las partes, tiene la fuerza obligatoria de un contrato. También es posible, por medio de los "comités sustanciantes", disponer indemnizaciones en favor de los ambientalmente contaminados, aunque la sentencia no obliga a las partes, desde el punto de vista legal. Según los informes

310 La "especialización" no está limitada, por supuesto, a las clases de juicios que hemos mencionado principalmente en este trabajo. Mientras que la atención del movimiento de "acceso a la justicia", desde la etapa de la asistencia jurídica a los pobres hasta el presente, estuvo centrada en aumentar el poder de la mayoría, ahora debemos referirnos a los esfuerzos que se hacen para instalar tribunales especiales de familia; son muy interesantes el de Alemania, creado el 1 de julio de 1977 (véase: BERGER, R. y C. STRECKER, *Sec. IIIA4*, *ob. cit.* en nota 11); los procedimientos conciliatorios japoneses para esa clase de asuntos (véase: KOJIMA, T. y Y. TANIGUCHI, *Sec. VA1*, *ob. cit.* en nota 14); y algunos tribunales de familia de los Estados Unidos, entre ellos, el de conciliación de Los Angeles (véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. III B3*, *ob. cit.* en nota 11).

311 Véase: KOJIMA, T. y Y. TANIGUCHI, *Sec. VA3a*, *ob. cit.* en nota 14 de este trabajo.

Cualquier tribunal puede solicitar de oficio el dictamen de la Comisión Central, siempre que la materia del juicio involucre una cuestión ambiental.

De acuerdo al informe japonés, ese procedimiento puede alterar el carácter del juicio: "primero, porque el demandante queda relevado del alto costo de la prueba pericial científica; segundo, porque las atribuciones y facilidades que la Comisión tiene para investigar pueden ser ampliamente utilizadas, de todo lo cual está generalmente desprovista la víctima".³¹⁵

Por último, el sistema de protección ambiental japonés incluye materias tales como la unificación de personería para litigar, comparable a las "acciones grupales", y se refiere a los informes de los "Consejeros de contaminación ambiental".³¹⁶

El resultado de todo esto es haberle dado al común de la gente una cantidad de órganos ante los cuales puede enfrentarse con los contaminadores y obtener gratuitamente el asesoramiento especializado que se necesita para ese objeto. También es muy importante, por la naturaleza de los problemas de la contaminación ambiental, que las personas no son consideradas aisladamente cuando se hallan en situación similar.

No está claro si es esencial una nueva estructura, configurada de acuerdo al modelo japonés, para la protección de los derechos ambientales, pero ese significativo experimento merco-

japonés, el antiguo y típico procedimiento conciliatorio ha sido empleado hasta el mes de mayo de 1974. Desde abril de 1973, y hasta aquella fecha, la comisión central se pronunció en 32 conciliaciones, habiendo derivado 29 a las comisiones locales. Todos los procedimientos aquí referidos son muchos menos onerosos y más rápidos que los que rigen en los tribunales ordinarios.

315 Véase: KOJIMA, Y. y Y. TANIGUCHI Soc. VAJa, *ob. cit.* en nota 14.

316 Puesto que los procedimientos que terminan por sentencia comprenden a una gran cantidad de demandantes, el "comité sentenciador" tiene facultad para unificarles la personería.

Los consejos de contaminación ambiental reciben informalmente las demandas, se encargan de las investigaciones necesarias e intentan reparar las injusticias. En 1973 recibieron 86.777 demandas, de las cuales el 30 % fueron informadas con dictamen.

por cierto, ser cuidadosamente observado por los reformistas del "acceso a la justicia".

b) Conflictos de locación. El *Rentalsman* canadiense. (x)

Merecen especial atención los recientes reformas sobre alquileres, cuyo propósito es concretar en la práctica el rápido cambio de las disposiciones legales en esa materia.³¹⁷

Tratemos, en primer lugar, la figura del *Rentalsman* canadiense, creada en Manitoba el año 1971³¹⁸ y en Columbia Británica

317 Además de los ejemplos canadiense y norteamericano, explicados en el texto del presente trabajo, debemos mencionar los *Swedish Leasehold and Tribunals* (tribunales sucesos de locaciones), establecidos en 1973 (véase: BOTHEIM, P. O., Soc. VA, *ob. cit.* en nota 31); los procedimientos especiales austríacos conciliatorios de antejuicio, que tienen lugar en presencia de un determinado funcionario local (véase: FASCHING, H., Soc. IIIA, *ob. cit.* en nota 153); y los procedimientos holandeses, que les adosan a los tribunales unipersonales de los cantones dos especialistas en materia de viviendas (véase: HOUTAPPET, J., Soc. I, *ob. cit.* en nota 54). La importancia dada por las reformas a los tribunales especiales para esta clase de conflictos, aparece también, por ejemplo, en un reciente proyecto inglés (véase: AMOS, A *Fair Hearing? The Case for a Housing Court* [Una audiencia imparcial? Caso para un tribunal de viviendas], en: LAG *Bulletin*, junio 1977, p. 127). Este último autor cita recientes investigaciones empíricas sobre conflictos de alquileres, propiciando un nuevo e informal tribunal de viviendas, que combine la experiencia de los leigos para la interpretación de los hechos con los conocimientos jurídicos que permiten interpretar la ley (*id.*, p. 129).

318 La *Manitoba Rentalsman Office*, que funciona en Winnipeg, tiene competencia concurrente en muchas clases de asuntos, entre ellos los que se refieren a depósitos de garantía, reparaciones y servicios cuasileales de las viviendas. La competencia de esa oficina se abre a solicitud de una de las partes; entre sus funciones se destacan las de proporcionar información jurídica y mediar en los conflictos llevados a su conocimiento.

Lo que se ha expuesto acerca del *Rentalsman* de Manitoba y Columbia Británica, está basado en los siguientes trabajos: COOPER, R. y B. KAYNOR, Soc. IIIA-B, *ob. cit.* en nota 13; ROYHELD, E., *Specialized Landlord-Tenant Dispute Resolution Mechanisms: American Housing Courts and Canadian Office of the Rentalsman* [Organismos especiales para resolver los conflictos entre locadores y locatarios: Los tribunales norteamericanos de viviendas y la oficina canadiense del *Rentalsman*], pp. 47-65 del original inédito, de 4 de mayo de 1977, archivado con el "Proyecto de Florencia".

(x) Véase N. del T. en el Apéndice.

tánica en 1974,³¹⁹ con el objeto de proporcionar un órgano dinámico, accesible y barato para los conflictos de la locación.

Los *Restatuners* son personas designadas por el teniente gobernador, con el previo dictamen de los consejos ejecutivos de cada provincia. En Columbia Británica, donde el cargo es muy importante por la amplia y exclusiva competencia atribuida al *Restatuners*, éste dura cinco años y tiene su despacho en Vancouver, donde trabajan treinta personas.

Computando la necesidad de especialización en las nuevas leyes sobre alquileres y que es necesario propender a la estabilidad de las relaciones entre locadores y locatarios, se ha sostenido que las funciones de asesoramiento especializado y de conciliación de *Restatuners* son un sucedáneo de la sentencia.

Los funcionarios letrados y los peritos del *Restatuners* contestan consultas telefónicas, averiguan los hechos controvertidos e intentan persuadir a las partes para que arreglen amigablemente sus diferencias.

En los pocos casos que esto último no se logra, el funcionario puede, como hemos visto que lo hacen algunos tribunales de menor cuantía, convocar a las partes a una audiencia y decidir con fuerza obligatoria, lo cual es apelable, en Columbia Británica, ante el *Restatuners*.³²⁰ Todo el procedimiento es rápido y gratuito, y aunque se permite la intervención letrada, rara vez se recurre a un abogado.³²¹

Como observa el informe canadiense, el bajo costo y el informalismo animan a las personas "que no pueden concurrir al tribunal", para hacer valer sus derechos por medio de este nuevo procedimiento.

319 *British Columbia Landlord and Tenant Act* (1975). La *Restatuners Office* de Columbia Británica tiene competencia exclusiva para resolver los conflictos entre locadores y locatarios referentes, por ejemplo, a depósitos de garantía, extinción de los contratos y reparaciones de viviendas.

320 Las decisiones pueden basarse en cualquier clase de prueba y no necesitan ser legalmente fundadas. De los 14,283 expedientes, iniciados entre octubre de 1974 y diciembre de 1975, sólo se llegó a decisión en 703 de ellos.

321 Véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. IIIA1*, *ob. cit.* en nota 15 de este trabajo.

La creciente utilización y popularidad de esas reparticiones son pruebas evidentes de su importancia práctica. Durante los primeros veinte meses de funcionamiento del sistema en Columbia Británica, de octubre de 1974 a junio de 1976, fueron contestadas cerca de 400.000 consultas y solucionados aproximadamente 19.000 conflictos con intervención de esta oficina.³²²

Si bien la valoración sistemática de esta institución transaccional requiere mayor estudio, parece claro que este tipo de órgano especializado e informal tiene mucha importancia para los conflictos locativos. Esta y otras instituciones de Canadá han significado un avance, no sólo por habérselas dado conciencia a los locadores y locatarios acerca de sus respectivos derechos y obligaciones, sino también porque les ha proporcionado un órgano imparcial ante el cual pueden plantear sus divergencias gratuitamente.

Dichas instituciones tienen por objeto mantener la estabilidad de las relaciones de locadores y locatarios mientras entran en vigencia las nuevas y complejas leyes de alquileres, mucho más favorables a los inquilinos que las anteriores. Según el informe canadiense, "los nuevos órganos han reorientado prácticamente las relaciones locativas".³²³

c) Conflictos de locación. El Tribunal de Viviendas de la ciudad de New York.

La importancia de los *Restatuners* canadienses por su dinamismo, decisiones a cargo de especialistas, y la conciliación, como opuesta al arbitraje y a la sentencia, es compartida por el muy interesante Tribunal de Viviendas de la Ciudad de New York, que funciona desde fines de 1975.³²⁴

322 En Manitoba fueron atendidas 76,525 llamadas telefónicas, en 1975, habiéndose iniciado 3345 expedientes.

323 Véase: COOPER, R. y B. KASTNER, *Sec. IVA3*, *ob. cit.* en nota 15.

324 *New York Civil Court Act*, 1972, párr. 110. El tribunal de viviendas es designado legalmente como *New York City Housing Part* [Sección de Viviendas de la ciudad de Nueva York], porque forma "parte" [sección] de la organización de la justicia civil de esa ciudad. Es presidido rotativamente por los jueces del tribunal civil, pero las sentencias son

Aunque su competencia no es exclusiva, lo cual significa que cualquiera de las partes puede ocurrir a un tribunal ordinario, cuando ambas la aceptan tiene atribuciones para decidir en cualquier clase de conflictos entre locadores y locatarios, que son una plaga en New York.

Los funcionarios letrados, elegidos por sus conocimientos de la construcción de viviendas, se encargan de la mayor parte de los casos. Su activa intervención se evidencia por el hecho de que ellos investigan sumaria y cuidadosamente los daños por vicios redhibitorios de que deben responder los locadores —lo cual constituye la mayoría de los problemas planteados ante el Tribunal de Viviendas—, y a menudo, de esa manera, descubren argumentos de defensa para los inquilinos, basados en haberse violado las disposiciones legales sobre la vivienda. Contribuyen, así, para que los locatarios, conscientes de sus nuevos derechos, tengan cierta clase de habitación digna.

Casi es innecesario destacar la importancia dada a la conciliación —segunda característica principal en la que coincide con el *Restraint*— porque sólo se llega a la decisión final en aproximadamente el 20 % de los casos.³²⁵

El Tribunal de Viviendas de la Ciudad de New York aún no ha sido objeto de una intensiva investigación empírica, pero sus posibilidades ya han sido demostradas.

derivadas a los funcionarios letrados que se han especializado en la materia. Para mayores detalles, véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Seco. 11B2*, *ob. cit.* en nota 11; ROYSTER, E., pp. 1-46, *ob. cit.* en nota 318, trabajo éste que se apoya, entre otros materiales, en observaciones del autor en el tribunal de viviendas y en entrevistas al personal. También es muy interesante, en los Estados Unidos, el tribunal de viviendas de Boston, creado en 1971 (véase: *id.*; y: NATHAN, CENTER FOR STATE COURTS, *A Study for the Boston Housing Court* [Estudio sobre el tribunal de viviendas de Boston], Boston, 1974).

³²⁵ De acuerdo a las estadísticas del tribunal de viviendas, que figuran en el trabajo de: JOHNSON, E., *A Primer: The Housing Court* [Manual del tribunal de viviendas], 5ª ed., 4 marzo 1977, p. 7, citado por ROYSTER (n. 257 de la obra citada en la nota 318 del presente), en los 37 primeros meses de funcionamiento, el tribunal resolvió 122.813 causas de las 154.782 que fueron vistas.

Su poder, de acuerdo al informe norteamericano para el Proyecto de Florencia, se pone de manifiesto por la rehabilitación de cerca de 7.000 unidades de viviendas, de bajo coeficiente de habitabilidad, en los primeros seis meses de funcionamiento del Tribunal, cuyo éxito es más impresionante si se tiene en cuenta que ya en 1973, cuando empezó a funcionar, tuvieron entrada 559 casos.³²⁶

Ha habido, eso sí, algunos problemas de coordinación con los funcionarios municipales,³²⁷ pero es notable el aporte de esta institución para mejorar la situación extremadamente compleja de la vivienda en New York.

d) Conflictos de derecho administrativo. La proliferación del *Ombudsman*.

No pueden pasar desapercibidos para el "Estado benefactor" los conflictos que se producen entre las personas y el Estado mismo cuando aquellas son titulares de ciertos beneficios sociales.³²⁸

A menudo esas cuestiones se convierten en problemas de "justicia discrecional": cómo se regulan los deberes y atribuciones de los funcionarios y qué recursos se da a las víctimas de la "discrecionalidad" administrativa.^(y) Uno de los principales problemas de hoy día es, precisamente, reglamentar la extensión y límites de esa discrecionalidad.³²⁹

Los informes para el "Proyecto de Florencia" demuestran el amplio consenso que existe para adaptar la organización administrativa a los conflictos que, como lo han subrayado los jueces

³²⁶ Véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Seco. 11B2b*, *ob. cit.* en nota 11.

³²⁷ Véase: ROYSTER, E., sobre la dependencia respecto del tribunal civil ordinario, la necesidad de aumentar el presupuesto de gastos, la falta de competencia exclusiva y las dificultades para coordinar la actividad con los funcionarios municipales de la ciudad de New York (pp. 44-46, *ob. cit.* en nota 318 de este trabajo).

³²⁸ Véase: RAACI, *The New Property* [El nuevo derecho de propiedad], en: *Yale L. Rev.*, v. 75 (1964), p. 733.

³²⁹ Véase, en general: *Discretionary Justice in Europe and America* [Justicia discrecional en Europa y Estados Unidos de Norteamérica], K. DAVIS, ed., Chicago, University of Illinois Press, 1976.

(y) Véase N. del T. en el Apéndice.

BENDER y STRECKER, comprenden a "partes que no están en un mismo pie de igualdad, a saber, por un lado, las personas, y por el otro, los representantes del poder público".³³⁰

También es notable que, además de los numerosos sistemas nacionales de tribunales y procedimientos administrativos,³³¹ haya aparecido, en un número cada vez mayor de países, la complementaria institución del *Ombudsman* tomada más o menos del modelo sueco, sancionado en 1809.

No necesitan ser ponderadas aquí las bien conocidas atribuciones del *Ombudsman*,³³² pero no está demás subrayar que esa institución u otras parecidas han tenido reciente acogida en

330 Véase BENDER, R. y C. STRECKER, *Sec. 1184*, *ob. cit.* en nota 11; TAYLOR, G. D. S., *Sec. 563*, *ob. cit.* en nota 55, donde trata del nuevo tribunal federal administrativo de aplicación de Australia, creado en 1975.

331 Algunas características de este sistema han sido tratadas por CAPPELLETTI, pp. 691-724, *ob. cit.* en nota 1 de este trabajo. Sólo el ejemplo sistema francés de tribunales administrativos, véase: REANDEYON, *The Tribunaux Administratifs: Protector of French Citizens* [Los tribunales administrativos, protectores de la ciudadanía francesa] en: *Tahne L. Rev.*, v. 50 (1976), p. 33.

332 Los primeros *ombudsmen* fueron creados en Suecia (1809), Finlandia (1918) y Dinamarca (1955). Véase, en general: GELLEINCK, W., *Ombudsman and Other: Citizens' Protectors in Nine Countries* [El *ombudsman* y otras instituciones similares, protectoras de los ciudadanos, en nueve países], Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1966; LARHARD, M., *The Danish Ombudsman, 1955-1969* [El *ombudsman* danés], Copenhagen, 1977 (analiza 75 casos tratados por el *ombudsman*); *The Ombudsman: Citizen's Defender* [El *ombudsman*, defensor de la ciudadanía], M. Rowat, ed., Toronto, McClelland y Stewart, 1968. Según ROWAT, la institución del *ombudsman* puede ser caracterizado de la siguiente manera: 1) el *ombudsman* es un funcionario extra-partidario, de nombramiento legislativo, generalmente previsto por las disposiciones constitucionales, que supervisa a la administración pública; 2) recibe denuncias del público contra los órganos jurisdiccionales de la administración y contra el mal funcionamiento de éstos; 3) puede investigar, criticar y hacer públicas sus opiniones, pero no revocar los actos administrativos (*id.*, p. XXIV). La institución del *ombudsman* tiene así por objeto corregir las fallas de la administración pública que remediar las quejas de los particulares, aunque les da importancia asimismo a aquellos que no tienen a quien recurrir.

Australia,³³³ Austria,³³⁴ Canadá,³³⁵ Francia,³³⁶ Gran Bretaña,³³⁷ Israel³³⁸ y Estados Unidos.³³⁹

Desde 1974 ha tenido mucho éxito en Canadá la *Canadian*

333 Según el informe australiano para el Proyecto de Florencia, cinco ciudades de Australia tienen ahora *ombudsmen*, y hay probabilidad de que el cargo sea creado en jurisdicción federal. Las leyes estatales que se refieren a esta institución son las siguientes: New South Wales: *Ombudsman Act*, 1974; South Australia: *Ombudsman Act*, 1972; Victoria: *Ombudsman Act*, 1973; Queensland: *Parliamentary Commission Act*, 1974; Western Australia: *Parliamentary Commission Act*, 1971 (véase: TAYLOR, G. D. S., *Sec. 5A*, *ob. cit.* en nota 55).

334 El proyecto de creación del *ombudsman* austriaco (*Volksanwalt*) fue presentado en febrero de 1977 (véase: *Neue Zürcher Zeitung*, 26 febrero 1977, p. 3; y además: SCHÖNHEBER, E., *Volksanwaltschaft*, Viena, Manzsche, 1977).

335 Entre 1967 y 1975, ocho provincias canadienses (Alberta, Manitoba, New Brunswick, Nova Scotia, Newfoundland, Ontario, Quebec y Saskatchewan) crearon *ombudsmen* (véase: COOPER, R. y R. KATNER, *Sec. 11A7*, *ob. cit.* en nota 15).

336 El *mediador francés* fue creado por ley 6, de 3 de enero de 1973 (véase: BROWN y LAYROLLE, *The Mediator: A French Ombudsman?* [El *mediador francés*, ¿es un *ombudsman*?], en: *Law Q. Rev.*, v. 90 (1974), p. 211). Tanto su competencia como atribuciones para exigir colaboración han sido ampliadas por la ley 1211, de 24 de diciembre de 1976 [J. O., 1976, p. 7493], que modifica la mencionada ley 6/73 (véase el muy detallado *Rapport du Médiateur au Président de la République et au Parlement*, 1976, París, 1977).

337 El *comisionado parlamentario* fue creado en 1971 (véase: GURGENY, R. y P. HUTCHESON, *The Parliamentary Ombudsman* [El *ombudsman* parlamentario], London, Allen y Unwin, 1973). Asimismo, desde 1975 también hay *comisionados* para las administraciones locales, denominadas "local *ombudsmen*" (*Local Government Act*, 1974, *Sec. 111*, párr. 23-24; CHURCH, C. y R. BAILEY, *The local Ombudsman*, en: *Public Admin.*, v. 54 (1977), p. 267).

338 El *ombudsman israelí*, oficialmente denominado "comisionado para las reclamaciones del público", comenzó a funcionar en 1971 (véase: GROSSER, S., *Sec. 11F*, *ob. cit.* en nota 196).

339 No hay *ombudsmen*, ni nada que se le parezca, en los Estados Unidos, pero "la idea del *ombudsman* va abriéndose camino en muchas partes y en diversas formas" (véase: VERLIND, p. 846, *ob. cit.* en nota 140). La institución ha sido establecida en las universidades (*id.*, p. 850). Véase, en general: JOHNSON, E. (hijo) y otros, *Sec. 11A7b*, *ob. cit.* en nota 11).

Broadcasting Company Ombudsman, cuyo programa televisivo es visto apasionadamente por el 10 % de la mayoría de la población adulta de ese país.³⁴⁹

Es comprensible que tenga aceptación esa figura de un defensor independiente, del interés público, que tiene en sus manos las armas de la investigación y la publicidad, y que por eso mismo es un libre e importante medio de protección de las personas y del público en general contra los abusos de los agentes del Estado.

c) *Conflictos individuales de trabajo. La reforma italiana de 1975.*

Como sucede con el derecho administrativo, hay un renovado interés, en varios países, por el problema de hacer valer los derechos individuales de los trabajadores contra las empresas, el Estado y aún los sindicatos mismos.

Si bien no es posible referirnos aquí a los numerosos aspectos contemplados por los informes del "Proyecto de Florencia",³⁵⁰ creemos oportuno mencionar la importante reforma

349 Véase: COOPER, R. y B. KASTNER, Secc. IID5b, *ob. cit.* en nota 15. El programa comenzó en enero de 1974; durante los primeros tres años se recibieron 30.000 reclamaciones, de las cuales fueron consideradas 10.000. Según COOPER, actual ombudsman, "los problemas de la gente con el gobierno son a menudo de incomunicación. Puesto que la televisión es comunicación, el ombudsman de la CBC [Canadian Broadcasting Company] le proporciona al común de los ciudadanos un poderoso medio para clarificar y aun resolver los conflictos" (id.).

341 Los problemas individuales del trabajo se han complicado aún porque si bien los sindicatos se interesan por ellos, a veces pueden estorparlos. La importancia social de esos conflictos y su especial tratamiento preocupan, desde sus respectivos puntos de vista, a los gobiernos, sindicatos y empleadores, como lo ponen de relieve casi todos los informes nacionales para el "Proyecto de Florencia". Véase, p. c.: STALEY, Z., Secc. IVB (Bulgaria), *ob. cit.* en nota 15b; THIERZ, P., Secc. VB4 (Francia), *ob. cit.* en nota 62; BRUNER, R. y C. STRACKER, Secc. IIB1 (República Federal Alemana), *ob. cit.* en nota 11; NASUTION, A. B., *Access to Justice in Indonesia*, Secc. II del volumen donde aparece publicado originalmente el presente trabajo; GINOSAR, S., Secc. IVA (Irán), *ob. cit.* en nota 19b; VIGORITE, V., Secc. IIA2 (Italia), *ob. cit.* en nota 16; LOS,

laboral italiana de 1975, porque, al revés de las dificultades opuestas en Italia a otras reformas —especialmente la asistencia jurídica y el proceso civil en general—,³⁵¹ es ilustrativo el dramático esfuerzo para hacer posible el acceso de los trabajadores a la justicia.³⁵²

Esta reforma, en contraste con el procedimiento civil ordinario —en el cual todo se concentra en la primera instancia—, establece el tribunal unipersonal (*Pretura*), le da al juez amplias atribuciones y simplifica el trámite. Además, hay disposiciones que aseguran la asistencia jurídica gratuita a cargo del Estado y consagra especiales medidas para que el derecho de apelar —cuyo alcance ha sido restringido— no dilate el pago de lo que se debe al trabajador.

Aun cuando está pendiente una evaluación completa, parece que este nuevo procedimiento es un paso adelante para hacer que "el derecho de acceso a la justicia sea una realidad para los trabajadores".³⁵³

M., Secc. IIG (Polonia), *ob. cit.* en nota 15b; MOUTA y ALONSO, C. M., Secc. IIB1 (España), *ob. cit.* en nota 18; BOLINSON, F. O., Secc. IVD (Suecia), *ob. cit.* en nota 81; VESCOVI, E., Secc. IIB2 (Uruguay), *ob. cit.* en nota 19b.

342 Para un excelente estudio sobre el tema, véase: *Labour Court and Grievance Settlement in Western Europe* [Los tribunales del trabajo y la reparación de injusticias en Europa Occidental], B. AARON, ed., Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1971.

343 Véase, *supra*, la nota 56 de este trabajo; además: CAPPELETTI, *Giustizia e Società*, Milán, Comunità, 1972.

344 Ley 533, de 11 de agosto de 1975, en: *Gazzetta Ufficiale*, 1975, p. 6222; véase, en general: CAPPELETTI, M., *Per una nuova giustizia del lavoro*, en su obra: *Giustizia et Società*, pp. 305-331, citada en la nota 343 de este trabajo (el autor de ese libro asesoró al ministro italiano de trabajo en la etapa preparatoria de la ley mencionada); DENTI, V., *Il nuovo processo del lavoro: significato delle riforme*, en: *Rivista di Diritto Processuale*, v. 28 (1975), p. 371; VIGORITE, V., Secc. IIA2, *ob. cit.* en nota 16 de este trabajo.

345 *Id.*

D. *Cambios en los sistemas de prestación de los servicios jurídicos.*

Los principios fundamentales de las reformas que trataremos en esta sección son los mismos que justifican la creación de procedimientos especiales para hacer valer los derechos de la gente común contra los comerciantes, patrones, contaminadores, propietarios de inmuebles, la burocracia estatal y otros semejantes.

Estas reformas admiten que, pese a los esfuerzos mencionados para disminuir la intervención de los abogados —por varios motivos, entre ellos los económicos—, a efecto de defender los derechos del común de la gente, el asesoramiento jurídico y la representación letrada seguirán siendo valiosos e importantes en muchos y complicados casos.

Por otra parte, la asistencia jurídica es algo más que la representación en juicio, dado que también incluye hacer que la gente tenga conciencia de sus derechos para que pueda planificar sus propias actividades. Claro está que la mejor ayuda que se le puede proporcionar consiste en hacerle participar más activamente en las decisiones privadas y estatales que afectan su vida. De ahí, pues, que la principal cuestión acerca de cómo hacer posible a cualquiera una asistencia jurídica de alta calidad, sea una "llave maestra" para los informistas del "acceso a la justicia".

Como ha hecho notar CHARLES BARON, antiguo director del Centro norteamericano de investigación de los medios legales de ayuda a los consumidores: "Puede decirse ahora imparcialmente que hay en los Estados Unidos un activo movimiento por servicios jurídicos para el consumo, que tiene interés en difundir todo lo que a la abogacía se refiere".³⁴⁷

346. BARON, *Delivery of Legal Services to Low and Middle Income Consumers in the United States and the Need for International Exchange of Information* [Los servicios jurídicos para consumidores de medianos y bajos ingresos en los Estados Unidos y la necesidad de intercambio internacional de información], en: *Proceedings of the First International Colloquium of Legal Aid and Legal Services* [Actas del Primer Coloquio Internacional sobre asistencia y servicios jurídicos], 25-28, oct. 1975, Palo Alto, Cal., International Law Exchange Society, 1977, p. 14.

Cabe citar otro expresivo ejemplo: la recientemente creada Real Comisión de Servicios Jurídicos de Inglaterra, que tiene por objeto —entre otros— considerar si algunos cambios "son deseables, por público interés, en la organización y ejercicio de la abogacía", es un nuevo testimonio para cuestionar los métodos, la organización y aun el control de aquella.³⁴⁸

Ya han sido vistos en este Informe dos de los principios básicos para la reforma de los servicios jurídicos. Uno de ellos es el que propugna procedimientos especiales, que tienden a sustituir la intervención de los abogados particulares.

Muchos tribunales de menor cuantía procuran proporcionar asistencia jurídica, lo cual hace innecesaria la presencia de letrados.³⁴⁹ Hay que llamar la atención, dentro de esta tendencia, sobre el fenómeno de admitir la intervención de personas legas, con algunos conocimientos jurídicos, pero que no son profesionales del derecho.

El segundo aspecto, a que ya nos hemos referido al tratar el sistema suco de asistencia jurídica y de seguro por litigiosidad, tiene por objeto encontrar los medios para que la abogacía de alta calidad también sea accesible a la gente común.³⁵⁰ Estos sistemas de planes de servicio jurídico son el "mutual" y el "de convenio".

Claro está que esos dos aspectos pueden ser combinados para aprovechar las ventajas de ambos, y algunas veces se los complementa por otros importantes medios que contribuyen a reformar la prestación de los servicios jurídicos, como son la disminución

347. La Real Comisión, establecida en febrero de 1976, se halla integrada actualmente por 15 miembros, de los cuales sólo cuatro son abogados en ejercicio. Según MICHELE ZANONI: "El estudio que está realizando la Comisión es el más amplio de esa clase que ha tenido lugar en país alguno, examinándose cada aspecto de la actividad profesional" (ZANONI, M., pp. 10-12, *ib. cit.*, en nota 79; véase además: ROYAL COMMISSION ON LEGAL SERVICES, *Report on Progress April 1977* [Informe hasta abril de 1977], London, H.M.S.O., 1977).

348. Véase, *supra*, las notas 215-215 y 220-221 de este trabajo.

349. Véase, *supra*, las notas 81 y 83 de este trabajo.

de las restricciones puestas a la publicidad de la abogacía³⁵⁰ y al intento de crear "clínicas jurídicas" en los Estados Unidos.³⁵¹

1. Admisión de "cuasi-profesionales". (1)

Los "cuasi-profesionales" —auxiliares jurídicos con alguna formación empírica— han adquirido actual importancia en las

350 La Suprema Corte de los Estados Unidos hizo somer por primera vez, en junio de 1977, las restricciones puestas por una asociación estadual de abogados a la publicidad profesional (*In re State Bar of Arizona*, 97 S. Ct. 2091, 1977). Véase el comentario en: *Supreme Court Holds Lawyers May Advertise* [La Suprema Corte sostiene que los abogados pueden hacer publicidad], en: *A. B. A. J.*, v. 63 (1977), p. 1092. La *Monopolies and Mergers Commission* [Comisión de monopolios y fusiones comerciales] de Inglaterra consideró admisible que los abogados que ejercen privadamente la profesión realicen una discreta publicidad, pero la asociación que los agrupa los rechazó esa posibilidad (*MONOPOLIES AND MERGERS COMMISSION REPORT, Services of Solicitors in England and Wales* [Los servicios de los abogados en Inglaterra y Gales], London, H. M. S. O., 1976, p. 537; JACOB, I. H., *Soc. VII*, *ob. cit.* en nota 57 de este trabajo).

351 Las "clínicas jurídicas" constituyen un fenómeno cada vez más importante en los Estados Unidos, aun cuando han habido algunos conflictos entre ellas y la organización profesional de los abogados. Dichas "clínicas" han sido descritas de la siguiente manera:

"La mayoría de las «clínicas» está formada por abogados y por cuasi-profesionales; funcionan en locales situados a la entrada de los negocios de los barrios suburbanos, y atienden al caer la tarde los días hábiles, y los sábados, que es cuando los vecinos no trabajan. Mediante una combinación de prácticas estereotipadas, empleo de entrevistadores cuasi-profesionales y estudio de los asuntos por abogados especializados, algunas de estas «clínicas» han conseguido disminuir la gran demanda que hay por servicios jurídicos en algunos lugares" (véase: FRANK, p. 120, *ob. cit.* en nota 17 de este trabajo).

Según un extenso y reciente estudio, hay ahora entre 40 y 60 de estas "clínicas", cuyo número aumenta rápidamente (*THE RESOURCE CENTER FOR CONSUMERS LEGAL SERVICE, Legal Clinics, Analysis and Survey* [Consultorios jurídicos: Investigación y análisis], Washington, D. C., 1977; véase además: MERZGER, *Legal Clinics: Getting into the Routine* [Los consultorios jurídicos: Pasando por sobre la rutina], en: *Trial*, junio 1976, p. 32).

(1) Véase N. del T. en el Apéndice.

tentativas para hacer posible el "acceso a la justicia", porque es notorio que en muchos aspectos de la actividad jurídica no es necesario que intervengan muy eficaces y costosos abogados.

Así, por ejemplo, el *Rechtspfleger* alemán es un empleado judicial quien, entre otras cosas, tiene la misión de asesorar jurídicamente a las personas que necesitan preparar sus demandas.³⁵² En los Estados Unidos, donde hay cerca de 1970 "cuasi-profesionales", éstos buscan la información legal, entrevistan a los clientes, investigan los hechos y preparan los casos que se llevarán ante el tribunal.³⁵³

Hay que agregar —como hemos dicho cuando nos referimos a los tribunales de menor cuantía— que estos "pequeños de abogados", donde no les está legalmente prohibido actuar después de tener cierta práctica, son muy importantes en muchos aspectos jurídicos. Los "McKenzie Men", bien conocidos en Inglaterra, ejemplifican la proyección de esa tendencia.³⁵⁴

Las posibilidades de esos "cuasi-profesionales" pueden ser más acabadamente demostradas por un expresivo ejemplo ale-

352 Véase, en general: BEZOLD, R., H. ECKERT, K. SAUCKER e I. SYRUS, *Der Rechtspfleger in der Bundesrepublik Deutschland* (original inédito, de 4 de mayo de 1977, presentado para el "Proyecto de Florocia"), un resumen de ese original, por R. BRUNEN y H. ECKERT, será publicado en el v. II de las series del mencionado "Proyecto".

353 Este interés por los cuasi-profesionales ha ido más allá del movimiento de asistencia jurídica de la OEO; se han hecho esfuerzos para que ese personal sea tan eficiente cuanto fuere posible (véase: HUBER, p. 765, *ob. cit.* en nota 71; véase además: BRUCEMAN, *Expansion of the Lawyering Process Through a New Delivery System: The Emergence and State of Legal Paraprofessionalism* [Extensión de las posibilidades de abogar por medio de un nuevo sistema: La aparición y estado actual del cuasi-profesionalismo], en: *Colan. L. Rev.*, v. 71 (1971), p. 1153; FRANK, pp. 121-122, *ob. cit.* en nota 17; JOHNSON, E. (líje) y otros, *Soc. HD1*, *ob. cit.* en nota 11).

354 La expresión "McKenzie Men" proviene del caso *McKenzie v. McKenzie* (W. L. R., v. 2 [1970], p. 472), donde el tribunal de apelación sostuvo que quienes no eran abogados podían ser parte en las audiencias junto a un litigante sin patrocinio para ayudarlo de todas maneras, pudiendo interrogar y responder. Los cuasi-profesionales que ahora intervienen de ese modo son denominados "McKenzie Men" (véase: ZAROFF, M., pp. 338-360, *ob. cit.* en nota 11).

mán. La Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*: DGB) emplea "cuasi-profesionales" en un sistema de servicio jurídico destinado a sus siete millones de miembros.³⁵⁵

Estos "secretarios jurídicos" (*Rechtssekretäre*) son formados esporádicamente, por un plan de once meses de duración, en una escuela situada en Frankfurt y administrada por la DGB. Ellos proporcionan asistencia jurídica a los afiliados de los sindicatos sobre cuestiones de trabajo, seguridad social, beneficios a los veteranos de guerra e impuestos. Además del asesoramiento y funciones similares, los "secretarios" pueden, a la ocasión cundra, representar a los trabajadores sindicalizados ante los tribunales laborales (*Arbeitsgerichte*).³⁵⁶

Esta efectiva intervención de los "cuasi-profesionales", permitida por la legislación alemana mediante una probada práctica,³⁵⁷ demuestra que aquéllos pueden contribuir al movimiento de "acceso a la justicia".³⁵⁸

Por supuesto que muchas cuestiones, como el nivel de preparación, la práctica y la autorización, deben ser resueltas antes de extender los derechos de los "cuasi-profesionales", pero está claro que muchas de las cosas que antes estaban limitadas a los abogados ya no tienen razón de ser.

355 Véase: *PRENNENSTORF, Legal Expense Insurance: The European Experience in Financing Legal Services* [La prima del seguro por litigiosidad; La experiencia europea en la financiación de los servicios jurídicos], Chicago, American Bar Foundation, 1975, pp. 48-50.

356 Como han hecho notar BRITTON y SHERMAN este servicio tiene especial importancia porque mientras que en los juicios de menos de 300 marcos alemanes, los abogados sólo pueden intervenir por autorización del presidente del tribunal, los representantes sindicales lo hacen sin restricción ninguna (Secc. III), *ib. cit.* en nota 11).

357 Ley de prevención de abusos del asesoramiento jurídico, de 13 de diciembre de 1935, en: *RGBl.*, v. 1 (1935), p. 1478, párr. 7.

358 La experiencia inglesa es similar (véase: LATH y LEWIS, *Treaty Union Legal Services* [Los servicios jurídicos de los sindicatos], en: *British Journal of Industrial Relations*, v. 12 [1974], pp. 56, 54-62). Los servicios jurídicos sindicales también constituyen en Europa un medio muy importante y no bien estudiado de ayudar a los trabajadores sindicalizados para que puedan ejercer sus derechos tanto frente a sus patrones como contra el Estado (véase, *infra*, la nota 375 del presente).

2. Desarrollo de los planes de prestación de los servicios jurídicos por medio de los sistemas "mutual" y "de convenio". (22)

El desarrollo de los recientes planes de servicios jurídicos "mutual" y "de convenio" constituye una de las más valiosas reformas a que se refiere este Informe General. Es aquí donde encontramos los más audaces planes y propuestas para que la abogacía sea accesible, con un costo razonable, a las personas de las clases media y baja cuyos derechos e intereses han sido objeto de nuestra principal preocupación.

Claro está que en nuestro "superdesarrollo", declarado adversario de todo sistema que pueda contribuir al aumento de los conflictos legales, esta tentativa para hacer accesible la abogacía debe ser complementada con reformas que omitan la necesidad de abogados.³⁵⁹ Ambas son esenciales para reivindicar prácticamente los "nuevos" derechos individuales y sociales.

Si bien el término no está aún claramente definido, puede darse el concepto de "plan de servicio jurídico mutual" como el sistema mediante el cual las personas pagan algo así como una cuota o prima de seguro para obtener, sin gastos o a bajo costo, algunos específicos servicios jurídicos cuando lleguen a necesitarlos. El objeto de esto es distribuir el riesgo entre todos los que pagan dichas primas o cuotas.³⁶⁰

Los "planes de convenio" también pueden ser "mutuales" en el sentido de abarcar la distribución de los riesgos, pero tipi-

359 Véase, *infra*, la Secc. IV C de este trabajo. Los juicios de menor cuantía no están compensados generalmente en el seguro por litigiosidad (véase: *PRENNENSTORF, W.*, p. 62, *ib. cit.*, en nota 355).

360 Se ha adoptado la palabra "mutual" en vez de "seguro", por cuanto el total de la prima se distribuye entre los miembros del grupo. El cuantioso pago anticipado de aquélla es hecho por o en nombre del cliente, no para el abogado, y está en relación con el riesgo, no con los honorarios. Los planes "mutuales" de servicios jurídicos se diferencian considerablemente de los "de convenio", porque en éstos cada miembro del grupo paga sus honorarios de su abogado (la bastardilla en el original) (*PRENNENSTORF y KIMBALL, Legal Services Plans: A Typology* [Caracterización de los planes de servicios jurídicos], en: *Am. Bar Found. Rev.*, 1., (1976), pp. 411-462).

(22) Véase N. del T. en el Apéndice.

ficar una relación por la cual los servicios jurídicos son proporcionados a bajo costo a quienes forman parte de grupos determinados.³⁶⁴

Las ventajas de esos planes son muy halagüeñas; estando comprendidos en ellos "el ahorro económico del arancel, la utilización de los servicios jurídicos tanto para los conflictos existentes como para prevenirlos, la distribución de los riesgos entre todos los cotizantes y la influencia que tiene la reducción de los costos durante las tratativas previas, todo lo cual depende del grupo a que se pertenezca".³⁶⁵

Ha provocado muchas discusiones una distinción que hay que hacer en estos planes acerca del derecho de cada uno de los participantes a la libre o restringida elección del profesional. El sistema de "lista abierta" da generalmente una relativa libertad para elegir abogado, a quien se le paga con los fondos del plan; en cambio, el sistema de "lista cerrada", en sus diversas formas, restringe esa elección a cierto grupo de profesionales. Por supuesto que hay muchas variantes entre ambas modalidades.

Los países europeos han tenido una más larga y positiva experiencia acerca del seguro por litigiosidad, de carácter mutuo, con planes de servicios jurídicos de "lista abierta", administrados por compañías aseguradoras.³⁶⁶

Esta clase de seguro se originó en las pólizas para cubrir riesgos por accidentes automovilísticos, a comienzo del siglo XX, y aún hoy el aseguramiento del automóvil es uno de los objetivos principales del seguro, pero éstos se han ampliado mucho actualmente, de notable manera en Alemania y Suicia.³⁶⁷

364 FRENKELSTON y KERRALL definen los servicios jurídicos de convenio de la siguiente manera: "Tienen dos elementos que los caracterizan: 1) convenio entre un grupo de probables clientes y uno o más abogados; 2) cláusula que incluye cierta proporción de consultas "sin cargo", junto con la prestación de otros servicios mediante honorarios diferenciales, fijados por un arancel que es, generalmente pero no siempre, más bajo del que se cobra a la clientela particular" (*id.*, p. 457).

365 Véase: FRANK, p. 119, *ob. cit.* en nota 17 de este trabajo.

366 Véase, en general: FRENKELSTON, *ob. cit.* en nota 355 de este trabajo.

367 *Id.*, p. 21.

Por una prima relativamente baja, un empleado común y su familia pueden asegurarse, en Alemania, por los gastos que provoca el uso y los accidentes del automóvil; contra los riesgos que amenazan la propiedad inmueble; contra una indemnización de daños; contra la imposición de costas en causas penales; contra los juicios laborales y de seguridad social; contra el incumplimiento de contratos; contra los riesgos de aceptar una sucesión hereditaria y por asuntos de derecho de familia.³⁶⁸

La creciente importancia legal del seguro se refleja tanto por el progresivo aumento de las carteras de las compañías aseguradoras³⁶⁹ como por el hecho de que hasta el Lloyd's de Londres entró por el año, en 1974, e hizo por primera vez accesible el seguro en Gran Bretaña.³⁷⁰

368 *Id.*, pp. 51-59. De acuerdo a las cifras dadas por FRENKELSTON, hacia fines de 1974, la prima de cobertura sería de más de 162 marcos alemanes, o sean 75 dólares (*id.*, p. 73).

Un estudio hecho en agosto y setiembre de 1975 para la *German Federal Government Press and Information Office* (Oficina Federal Alemana de Prensa e Información), dice que el 39 % de los obreros, el 50 % de los trabajadores autónomos, el 32 % de los empleados públicos y privados más antiguos y el 45 % de los demás de estas dos últimas categorías, tenían en Alemania seguros por litigiosidad (véase: GRUBISIC, *Gefahren A [unrecht]*, en: GRUBISIC, W. y N. THOCCIA, *Erschließen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung in für alle Bürger Änderungen des Systems der Kosten- und Gebührenericht?*, München, Beck, 1976, p. 60, n. 147).

369 En el período 1955-1973, el volumen de las pólizas por seguros de litigiosidad aumentó en Alemania de 9.400.000 a 677 millones de marcos, mientras que la cantidad de compañías que tenían esos seguros subió de 2 a 23 (véase: ISOLA, *Expansione Internazionale, Esperienze e Prospettive dell'Assicurazione di Difesa Legale*, en: *Studien zur Rechtschutzversicherung in Europäischen Ländern und in den Vereinigten Staaten*, H. MÜLLER, ed., Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft B. V., 1975, pp. 13, 17; véase además: FRENKELSTON, W., pp. 23-27, *ob. cit.* en nota 355 de este trabajo).

370 Véase: CCKERELL, *Legal Protection Insurance in Great Britain* [El seguro por litigiosidad en Gran Bretaña], en: *Studien zur Rechtschutzversicherung in Europäischen Ländern und in den Vereinigten Staaten*, pp. 332, 335-336, *ob. cit.* en nota 366; FRENKELSTON, W., pp. 38-39, *ob. cit.* en nota 355.

Los planes que hemos mencionado han influido en muchos otros relacionados con el "acceso a la justicia". Desde la amplitud de la cobertura de los riesgos hasta la modestidad de las primas, todo ello contribuye a que los servicios jurídicos sean más accesibles a aquellos que pueden asegurarse,³⁶⁸ por lo cual se comprende que la discusión habida en Europa acerca del "seguro de litigiosidad" haya constituido recientemente uno de los principales temas del movimiento del "acceso a la justicia", a que nos referimos en este trabajo.³⁶⁹

Sin embargo, se ha sugerido que por la tradición europea del seguro privado—cuyo fin es el lucro—, el seguro por litigiosidad de "lista abierta" puede no ser el más favorable para los planes de seguro "mutual" y "de convenio".³⁷⁰

Este argumento, que hace recordar aquel otro que enfrentaba los sistemas "judicial" y "de abogacía privada" para la asistencia jurídica, se basa en que los planes de "lista abierta" confían demasiado en las personas en el sentido de que sepan cuándo es oportuno pleitear, cuándo los servicios de un abogado son útiles y cuál abogado es el mejor a elegir.

Además, esto significa sostener que el lucro del seguro depende de que el asegurador pueda hacer el cálculo de probabilidades sobre una cantidad de juicios. Normalmente, esa predicción abarca no sólo los actos voluntarios de los litigantes sino también los "casos fortuitos". De modo, pues, que si los planes de servicios jurídicos no desean socavar o destruir su solvencia financiera, deben buscar empeñosamente la manera de hacerles tomar a las personas conciencia de sus derechos, incitarlas a controlar sus impulsos legalitarios y en general estimular determinadas actividades legales, lo cual podrá contribuir,

de considerable manera, a abatir en parte la resistencia de los obstáculos que se yerguen en las áreas jurídicas que nos conciernen.³⁷¹

Muchos reformistas creen que los planes de "lista cerrada" evitan esos problemas. Las listas cerradas de abogados pueden facilitar la especialización, lo cual permitiría reducir los costos de muchos trámites legales, los "cuasiprofesionales" pueden ser empleados en los aspectos rutinarios de cierta clase de problemas jurídicos. Por otra parte, para tener la seguridad de que todos los asuntos irán a parar a manos de cierto grupo de abogados, el plan podría estipular un honorario mínimo por cada asunto. De ese modo se espera que, pese al estímulo de la demanda, los planes de "lista cerrada" podrán conservar a bajo nivel los honorarios que deban abonar sus participantes.³⁷²

A pesar de una inicial oposición de la asociación de abogados, actualmente se prefiere en los Estados Unidos los planes de "lista cerrada", que están organizados de manera no lucrativa o por grupos que tienen subsidios sindicales.³⁷³

368. ALFRED MATTING: "El seguro no puede ser fácil y rápidamente adaptado a los cambios acelerados de las normas legales y de los modos de indemnizar. Me parece que debería conservarse la influencia mayoritariamente generalizada del seguro 'mutual' por litigiosidad para limitar la exención de que es posible disminuir la inequidad y al mismo tiempo reafirmar el papel positivo de la abogacía" (p. 470, *ob. cit.* en nota 26 de este trabajo).

Véase además: PRINCESTON, quien arguye: "El incremento del uso de esos planes (de 'lista abierta') se debe al aumento creciente de personas que se sienten atraídas por las primas en ciertos riesgos donde no hay mucha competencia" (p. 46, *ob. cit.* en nota 355).

372. Véase, p. c.: ANNU, *Group Legal Services... Equal Justice in Fact: A Prognosis for the Seventies* [Los servicios jurídicos "de convenio": una real igualdad ante la justicia; Pronóstico para la década del setenta], en: *Structure L. Rev.* (1972), pp. 1167, 1170-1173.

373. Véase, p. c.: NATIONAL RESOURCE CENTER FOR CONSUMERS OF LEGAL SERVICES [Centro Nacional para la Financiación de los Usuarios de los Servicios Jurídicos], *Legal Services and the Labour Movement* [Los servicios jurídicos y el movimiento obrero], Washington, D. C., 1971; ANNU, *ob. cit.* en nota 372 de este trabajo; BARTON y BRUNSTAN, *Group Legal Services as a Fringe Benefit: Lawyers for Forgotten Clients Through Collective Bargaining* [Los servicios jurídicos "de convenio" como ventaja

368. Como ya hemos hecho notar, el 85 % de la población sueca tiene pólizas con cobertura comparable a la de Alemania (véase, *supra*, la nota 53 del presente trabajo).

369. Véase: IFOIA (secretario permanente de las compañías aseguradoras europeas especializadas en seguros de litigiosidad), pp. 22-25, *ob. cit.* en nota 356; BAUN, *Anwaltschaft und Rechtschutzversicherung*, en: *Justizzeitung*, año 1972, p. 75; BRUNN, R. y C. STRECKEN, *Sec. III*, *ob. cit.* en nota 11; PRINCESTON, pp. 21-22, *ob. cit.* en nota 355).

370. Véase, *supra*, las notas 66-74 de este trabajo.

Los planes de "lista cerrada" obligan a reorganizar profundamente la estructura de los sistemas legales que los planes de "lista abierta", porque coniarían el principio tradicional de que el abogado a sueldo de una organización no tiene independencia suficiente para volcar su actividad de manera exclusiva en el afiliado al que sirve.³⁷³ Hay que añadir que los pla-

supletoria; Abogados para clientes olvidados, mediante convenios colectivos], en: *Vir. L. Rev.* [Virginia Law Review], v. 59, (1973), p. 410; *BARON*, pp. 6-7, *ob. cit.* en nota 346.

La estrecha relación que hay en los Estados Unidos entre los sindicatos y el movimiento de servicios jurídicos "mutuales" o "de convenio" hace pensar en los servicios mutuales que los sindicatos proporcionan en toda Europa. Sin embargo, los planes europeos —muy variables en organización y calidad— sólo proporcionan servicios para asuntos laborales, mientras que en los Estados Unidos los planes tienen más amplia cobertura. Según *PREZBORSKI* que los actuales diferencias entre los servicios "mutual" y "de convenio" en Europa y Estados Unidos, se explican parcialmente porque en aquella la mayoría de los planes, que son más limitados, tienen larga antigüedad. Por eso, mientras que en los Estados Unidos los sindicatos son la punta de lanza de los planes de "lista cerrada", en Europa se han contentado con sus propios y viejos planes. Porque no existe en Europa "la fuerte presión ejercida por los sindicatos norteamericanos", las organizaciones de los abogados han evitado los planes de "lista cerrada" cuando no se trata de asuntos laborales (*PREZBORSKI*, p. 48, *ob. cit.* en nota 355; véase además, en *supra*, las notas 355-358 de este trabajo, e *infra*, la nota 374).

El informe integrado para el "Proyecto de Florencia" se refiere a un nuevo esfuerzo, hecho desde el 1 de enero de 1975, para sistematizar y expandir el asesoramiento y la asistencia jurídica en los sindicatos. Según el Prof. NÉVA: "Los abogados proporcionan asistencia jurídica sin cargo a los trabajadores, percibiendo sus honorarios del secretariado sindical. Esto último cubre el costo de mantenimiento de la asistencia jurídica con el agente de las empresas, de acuerdo a lo estipulado en los convenios colectivos" (véase: NÉVA, L., *Sec. HDI*, *ob. cit.* en nota 158). Cf.: HOUTZRELL, J., *Sec. HG5* (Halsuda), *ob. cit.* en nota 54; *CASARE*, *Legal Services in Italy for Deprived Persons* [Servicios jurídicos en Italia para personas sin recursos], en: *COUNCIL OF EUROPE*, pp. 71, 76-77, *ob. cit.* en nota 75.

374 Este tradicional punto de vista ha sido generalmente compartido por las asociaciones de abogados de Europa y Estados Unidos (véase, p. e.: *PREZBORSKI*, W., pp. 42-43, *ob. cit.* en nota 355; *NYRE*, *Group Legal Services and the Organized Bar* [El servicio jurídico "de convenio" y las

nes de "lista cerrada", sumamente entusiastas de la especialización, tienen la atrayente ventaja de permitir que se emplee a personas "cuasi-profesionales" para los trabajos de rutina.³⁷⁵

Se han realizado numerosos ensayos en los Estados Unidos con varios tipos de soluciones, incluyendo algunos de "lista abierta" y parece que, al menos después de una década de incertidumbre, los servicios "mutuales" y "de convenio" llenan completamente el propósito de hacer accesible la justicia a las clases medias norteamericanas, alta y baja.³⁷⁶

asociaciones de abogados], en: *Colu. J. of L. and Soc. Prob.* [Columbia Journal of Law and Social Probabilities], v. 10 (1974), p. 228), y se opone a los planes de "lista cerrada" (véase además, *supra*, la nota 373 de este trabajo). Pese a no haberse discutido mucho sobre la "libertad de elección", la oposición se fundamenta, principalmente, en que los abogados de los planes de "lista cerrada" están a sueldo de las organizaciones (véase: *PREZBORSKI* y *KEMBALL*, pp. 466-467, *ob. cit.* en nota 360; *BARON*, p. 9, *ob. cit.* en nota 346). La répulsa de los abogados norteamericanos, concretada en las normas de ética profesional, ha sido desestimada por varias sentencias de la Suprema Corte, la última de las cuales estableció que: "agruparse para conseguir un auténtico acceso a la justicia, es una garantía constitucional, asegurada por la enmienda primera" (*United Transportation Union v. Michigan State Bar*, 401US576, 585, 586 (1971)). No obstante, las asociaciones de abogados insisten en apoyar los planes de "lista abierta". Así, por ejemplo, la Asociación de Abogados de Carolina del Norte intenta todavía limitar los planes de "lista cerrada" (véase: *DALL*, *The Advent of Paid Legal Services in North Carolina* [Los servicios jurídicos "mutuales" en Carolina del Norte], en: *Wake Forest L. Rev.*, (1977), pp. 271, 287-288).

375 El más vasto programa de los Estados Unidos es el denominado *District Council 37 Municipal Employees Legal Services Plan* [Plan de servicios jurídicos para los empleados municipales del concejo del Distrito 37], que beneficia a 90.000 empleados municipales de la ciudad de New York y usa los servicios de cuasiprofesionales y de asistencia social (véase: *NATIONAL RESOURCE CENTER FOR CONSUMER OF LEGAL SERVICES*, p. 12, *ob. cit.* en nota 373 de este trabajo; véase además, *infra*, la nota 377).

376 Según *BARON*:

"Se estimaba que en 1969 había 503 de esos programas ["mutual" y "de convenio"] en todo Estados Unidos, lo cual aumentó a 3000 en 1974 y a 5000 en 1975, de los que fueron registrados más o menos 1000, solamente en California, aunque en pocos Estados se

En contraste con los planes europeos por litigiosidad, estas nuevas soluciones tienden a darle mayor importancia a la "prevención jurídica" y a la divulgación de los derechos.³⁷²

Se ha sugerido que estas soluciones no sólo podrían proporcionar representación en juicio a las personas sino también otorgar

exige el registro. La mayoría de esos programas —en "de convenio", sin ninguna característica "mutual". Pero a que estos últimos no parecen probablemente de su contenido, su número aumenta con rapidez" (p. 6, *ob. cit.* en nota 346 de este trabajo).

Véase además: FRANK, p. 119, *ob. cit.* en nota 17, quien remite a estimaciones según las cuales "había en los Estados Unidos, el año 1975, 833,000 personas que estaban efectiva o probablemente cubiertas por los planes más conocidos".

Un expresivo ejemplo de plan "mutual" y de "línea comoda" es el del *Laborer's Local 425* de Columbus, Ohio, que se vale de los servicios de cuatro estudios jurídicos para que atiendan un sindicato de 2000 a 2500 miembros. Según su administrador general, el plan abarca todos los asuntos jurídicos —excepto costas el mismo sindicato—, y abarca algunas demandas contra la patronal, los perjuicios por lesiones y los problemas comerciales que tenga cada trabajador. No hay límite para la cantidad admisible de horas por la prestación de servicios jurídicos. Está financiado por el aporte de 0,10 de dólar por hora de trabajo del trabajador, y el costo por persona es, promediadamente, de 100 dólares anuales. Es interesante destacar lo que ha dicho el administrador del plan acerca de "la posibilidad de agregar al equipo de abogados un asistente social, porque creemos que muchos de los problemas de nuestra gente son sociales" (véase: *Transcript of 5th National Conference on Prepaid Legal Services* [Actas de la 5ª conferencia nacional de servicios jurídicos "mutuales"], discurso de DAVID CLATMAN, New Orleans, 8-10 mayo 1975, Chicago, American Bar Association, 1975, p. 79; BARTONIC y BERNSTEIN, pp. 434-435, *ob. cit.* en nota 373). Para otros planes, véase: FREUNDLICHER y KIMBALL, *supra*, *ob. cit.* en nota 360 de este trabajo; NATIONAL RESOURCE CENTER FOR CONSUMERS OF LEGAL SERVICES, pp. 11-16, *ob. cit.* en nota 373; DUBOIS, L. y D. WEINSTEIN, *Prepaid Legal Services* [Servicios jurídicos mutuales], Lexington, Mass., Lexington Books, 1976, pp. 51-71; Note, *Controlling the Marketing and Cost of Prepaid Legal Services* [Control de la demanda y del costo de los servicios jurídicos "mutuales"], en: *Willamette L. J.*, v. 12 (1976), pp. 355, 370-373.

377 HAROLD THAYER, abogado director del *Berkeley Consumers' Group Legal Services*, ha dicho recientemente: "Procuramos ayudar a los consumidores para que solucionen sus diarios problemas, orientándolos, facilitándoles la consulta con los abogados y proporcionándoles informa-

ción de los derechos difusos de los grupos."³⁷⁷ Por cierto que es posible por medio de ellas movilizar a las personas para que ejerzan sus derechos, al menos aquellos que por su capacidad u

ción" THAYER, *A Look at a United States Cooperative Legal Services Plan* [Opinión sobre un plan de servicios jurídicos cooperativos en los Estados Unidos], en: *Proceedings of the First National Colloquium on Legal Aid and Legal Services*, p. 3, *ob. cit.* en nota 346 de este trabajo). Como dice THAYER, este plan les vacante a los beneficiarios 50 dólares anuales, con derecho a tres consultas sin cargo, pagándose el excedente a razón de 10 dólares por consulta, y se proyectan otros servicios, conforme a una cantidad básica. Los costos no suben cuando se trata de servicios de "consulta profesional" y cuando se trata de divorcios, quiebras, adopciones, cambios de nombres y testamentos. Véase además: FREUNDLICHER y KIMBALL, pp. 419-420, *ob. cit.* en nota 360; NATIONAL RESOURCE CENTER FOR CONSUMERS OF LEGAL SERVICES, pp. 12, 14 y 16, *ob. cit.* en nota 373, con ejemplos de prevención jurídica que contemplan algunos planes:

378 BARTONIC y BERNSTEIN expresan que:

"Los intereses particulares de todas las personas de medianos ingresos no siempre coinciden con los que ellos tienen como integrantes de un grupo. Pero un programa sindical de servicios jurídicos "de convenio" puede proporcionarles algnos en ambas situaciones. El servicio jurídico "de convenio" da la perspectiva de algo que, en caso contrario, sólo demostraría el propósito de un grupo, legalmente ineficaz y no poco ingenuo, de protegerse a sí mismo" (p. 440, n. 32, *ob. cit.* en nota 373 de este trabajo).

El plan *Columbus*, explicado en la nota 375, empieza a un profesor de Derecho para "interesar en la búsqueda de antecedentes jurisprudenciales y legales que pudieran favorecer en mayor medida a los trabajadores" (véase: *Transcript of Proceedings of the 5th National Conference on Prepaid Legal Services*, New Orleans, 8-10 mayo 1975, p. 79, *ob. cit.* en nota 376 de este trabajo). Del mismo modo, el plan de servicios jurídicos de los *Laborer's District Council of Washington, D. C.* [Empleados del Consejo Municipal de Washington, Distrito Colombiano], establecido en 1973 (según el cual el 85 % de los casos fueron tramitados por un equipo de ocho abogados), procura —con las palabras de su director— "fomentar los intereses legales de sus miembros como integrantes de un grupo" (NATIONAL RESOURCE CENTER FOR CONSUMERS OF LEGAL SERVICES, p. 12, *ob. cit.* en nota 373). Véase además: RANK, *Consumerism and Legal Services: The Merging of Movements* [El consumidacismo y los servicios jurídicos: Coincidencia de ambos movimientos], en: *Law and Soc'y Rev.*, v. 11 (1976), pp. 247, 252-253; COUNCIL FOR PUBLIC INTEREST LAW, pp. 324-331, *ob. cit.* en nota 326.

otros motivos —son influencia dentro de los grupos para hacer aprobar planes de servicios jurídicos.

Sin embargo, debemos ser cautelosos, por el momento, para no entusiasmarlos demasiado con las perspectivas de este tipo norteamericano de servicios jurídicos "de convenio". Como ha escrito recientemente el profesor MAYHEW: "Tenemos que reservarnos el derecho a ser escépticos acerca de los resultados de esos planes hasta haberlos estudiado cuidadosamente".³⁷⁹

El hecho es que el seguro europeo, pese a sus limitaciones, está muy difundido y tiende a estarlo más aún. Ese tipo de seguro, que se caracteriza por tener propósito de lucro y permitir la libre elección del profesional, puede ser más duradero que

379 Según PFENNIGSTORF y KIMBALL: "Los planes de servicios jurídicos pueden contribuir al cambio social. Los miembros de un grupo, que al principio encuentran dificultades para solucionar sus problemas, después llegan a tener conciencia de ser derechos como parte integrante de la sociedad. La defensa permanente de esos derechos puede provocar importantes cambios en la estructura social" (p. 421, *ob. cit.* en nota 360 de este trabajo; véase además: MAYHEW, p. 421, *ob. cit.* en nota 28; DUTCH, L. y D. WILKINSON, p. 163, *ob. cit.* en nota 376).

380 *Id.* Algunos problemas no resueltos hasta ahora son fácilmente resolubles cuando estos planes están bien reglamentados. Por otra parte, como puntualizan PFENNIGSTORF y KIMBALL, "una de las dificultades de los planes de afiliación voluntaria (no costeados por los trabajadores) radica en que muchas personas sentirán poco interés para protegerse contra riesgos jurídicos, y aunque lo hagan no será suficiente para cubrir los gastos de la asistencia jurídica con la amplitud necesaria" (PFENNIGSTORF y KIMBALL, p. 500, *ob. cit.* en la nota 360 de este trabajo). Esto nos hace insistir en el antes recordado problema sobre cómo hacer para que los grupos difusos —por ejemplo, los comaridadores— se organicen en defensa de sus propios y colectivos intereses. La dificultad consiste en que para obtener el mayor beneficio de los servicios jurídicos "de convenio" —tal como es el caso de la representación legal de los intereses difusos, a que nos hemos referido *supra*, en la Secc. III C de este mismo trabajo— de alguna manera debemos superar los grandes obstáculos que se oponen a la organización de dichos intereses. Para algunas innovadoras sugerencias acerca de los servicios jurídicos "de convenio", véase: NABER, pp. 250-254, *ob. cit.* en nota 378. GALANTER se ha referido también a este problema, "que es tan importante para las partes" (véase: GALANTER, pp. 225, 231-240, *ob. cit.* en nota 274).

los ensayos norteamericanos de soluciones mayormente relacionadas con la justicia social.

Esto no quiere decir que el sistema europeo pueda o deba ser trasplantado a la realidad jurídica de los Estados Unidos, pero permite insistir en que no es necesario exagerar los resultados de las aún inmaduras soluciones norteamericanas.

E. Simplificación del Derecho.

Nuestras leyes son generalmente complicadas, y en muchos, sino en la mayoría de los casos, eso será ineludible; pero también tenemos que reconocer que hay muchos aspectos en los cuales la simplificación es posible y deseable.³⁸¹

Una ley que pueda ser comprendida fácilmente es a menudo más accesible al común de las personas. Para el movimiento del "acceso a la justicia" la simplificación también está relacionada con el propósito de hacer más fácil las leyes para que las personas puedan interponer determinadas acciones.

Los mejores ejemplos de simplificación los dan las muy difundidas soluciones del "divorcio sin culpa"^{382 (b)} y, al menos en

381 El profesor HALBACH ha expresado que: "La manera más sencilla de resolver los problemas que perturbaban el recargado trabajo de los tribunales, en relación con la actividad de los abogados, sería una toma de conciencia de la abogacía misma, y de otras profesiones, para eliminar algunas veces, y simplificar otras, el trabajo profesional. En otros palabras, y aunque esto pueda parecer absurdo, los abogados deberían tratar de hacer su trabajo de *ocioso*" (HALBACH, *Toward a Simplified System of Law* [Hacia la simplificación del Derecho], en: AMERICAN ANNUAL, p. 143, *ob. cit.* en nota 16 de este trabajo).

382 Entre los informes nacionales para el "Proyecto de Florencia", pueden mencionarse: Australia (véase: TAYLOR, G. D. S., Secc. VII, *ob. cit.* en nota 53); Bélgica (véase: STALEY, Z., Secc. VA3, *ob. cit.* en nota 150); Inglaterra (véase: JACOB, I. H., Secc. IX, *ob. cit.* en nota 57); Francia (véase: THERRY, P., Secc. IX, *ob. cit.* en nota 62); República Federal Alemana (véase: BRUNER, R. y C. STRICKER, Secc. HA4, *ob. cit.* en nota 11); Hungría (véase: KÉVAL, L., Secc. IVA, *ob. cit.* en nota 158); Japón (véase: KOSHIDA, T. y Y. TANIGUCHI, Secc. VB, *ob. cit.* en nota 14); Polonia (véase: LON, M., Secc. HES, *ob. cit.* en nota 158); Suecia (véase: BOLHANG, P. O., Secc. VIA, *ob. cit.* en nota 81); y varios Estados norteamericanos (véase: JOHNSON, E. (hijo) y otros, Secc. IVA, *ob. cit.* en (b) Véase N. del T. en el Apéndice.

varios lugares, de la indemnización de daños por responsabilidad objetiva.³⁸¹ Tanto se invierte la culpabilidad que ella no necesita ser probada, ni incide en el resultado de la litis, lo cual hace que se disminuya el costo de las partes, se reduzca la duración del juicio y se aligere la pesada carga de los tribunales.³⁸²

A efecto de demostrar los beneficios de esa solución, basará mencionar una crítica reciente acerca de los dos primeros años de vigencia del sistema norteamericano sobre responsabilidad objetiva por accidentes. Según el profesor PALMER:

nota 11). Debe reconocerse que los cambios habidos en la moral y en la estructura de la familia son, más que causas para el "acceso", los principales fundamentos para las reformas en materia de divorcio.

381 Los planes de indemnización por responsabilidad objetiva de accidentes automovilísticos en los Estados Unidos, han sido explicados por JENNISON, E. (hijo) y otros, *Secc. IVC*, *ob. cit.* en nota 11 de este trabajo. Dichos autores informan que hay actualmente 17 Estados con esa clase de planes, de uno u otro tipo. Para la evolución hacia la responsabilidad objetiva en Canadá, véase: COOPER, R. y E. KASTNER, *Secc. IVC3*, *ob. cit.* en nota 13. Debe acotarse que hoy día se ha adoptado en Australia un amplio plan de seguro, en algo parecida al plan neozelandés de indemnización por responsabilidad objetiva de accidentes (véase: TAYLOR, G. D. S., *Secc. VII*, *ob. cit.* en nota 55).

Otra variante sobre el mismo tema es el *English Criminal Injuries Compensation Board* [Departamento inglés para indemnización de delitos penales], creado en 1969, para reparar los daños y perjuicios causados a las víctimas de delitos dolosos. En 1975-1976, el Departamento para Inglaterra, Escocia y Gales recibió 16.690 peticiones e indemnizó por valor de 16.437.969 libras esterlinas (véase: JACOB, I. H., *Secc. VIII*, *ob. cit.*, en nota 57).

382 Como lo han destacado varios trabajos para el Proyecto de Florencia, los costos están estrictamente relacionados con un enfoque que se caracteriza "por la excelencia y amplitud de sus disposiciones", al revés de lo que sucede con las "normas individualizadas", que le causan a las personas mayores dificultades y más pérdida de tiempo para cumplir las exigencias procedimentales (véase: CALABRESI, *Access to Justice and Sustainable Law Reform: Legal Aid for the Lower Middle Class* [El acceso a la justicia y la reforma del derecho sustantivo; La asistencia jurídica a la baja clase media], 1978, en el v. III de la serie de "Proyecto de Florencia"); FRIEDMAN, L., *Access to Justice: Social and Historical Context* [El acceso histórico y social del acceso a la justicia], pp. 14-21, en v. II de las series del "Proyecto de Florencia").

(a) Véase N. del T. en el Apéndice.

"La abrumadora impresión recogida de la lectura de los fallos es la sencillez. Son pocos los casos que ocupan más de dos o tres páginas. Toda la típica grandilocuencia de los tribunales de Westminster ha quedado emudecida. No hay misterio ni sofisticación en la nueva ley de accidentes. Y muchas personas que no hubiesen sido indemnizadas por el viejo sistema (de responsabilidad subjetiva), están siéndolo rápidamente".³⁸³

Las ventajas de simplificar las normas, en ciertos casos, no están limitadas a los servicios o a las indemnizaciones por accidentes. La simplificación también puede tener importancia para los derechos del consumidor.

Para esto último se ha propuesto teóricamente, en los Estados Unidos, la creación de un "Departamento de Justicia Económica", el cual debería pagarles automáticamente a los consumidores subsidios para sus juicios de menor cuantía contra los comerciantes, sin necesidad de probar los fundamentos de su demanda.³⁸⁴ El propósito sería evitar los desproporcionados gastos judiciales y extrajudiciales de esos juicios, desalentando el fraude de los consumidores por medio de controles y de sanciones severas.

El profesor MAURICE ROSENBERG, autor de ese proyecto, ha sugerido, además, que el Departamento podría proteger —como en gran medida lo hace el *Consumer Ombudsman* sueco— los derechos de los consumidores como grupo social.³⁸⁵

383 PALMER, *Accident Compensation in New Zealand: The First Two Years* [Los dos primeros años de la indemnización por accidentes en Nueva Zelanda], en: *Am. J. Comp. L.* [American Journal Comparative Law], v. 25 (1977), pp. 1, 3.

384 Véase: ROSENBERG, *Designing Procedures that are Civil to Promote Justice that is Civilized* [Idear procedimientos que sean "civiles" para que sea posible la justicia, que es "civilizada"], en: *Mich. L. Rev.*, v. 69 (1971), pp. 613-616.

385 "El *Department of Economic Justice*, por medio de oficinas ubicadas en todo el territorio nacional, debería descubrir rápidamente si un fabricante ha hecho una gran cantidad de tubos defectuosos de televisión; o miles de peligrosos revestimientos de frezo; o demarcadas "impermeables" [cepotes de lluvia] sin impermeabilización. Luego debería interponer las acciones legales correspondientes, incluyendo las pretensiones

Esta idea puede o no ser viable, pero da qué pensar y merece cada vez mayor atención.³⁸⁸ En efecto: un reciente ensayo holandés sobre protección ambiental ha dado una solución similar para indemnizar los daños ocasionados por la contaminación de la atmósfera.³⁸⁹

Por otra parte, esas ideas no deben ser desvinculadas de otros aspectos.³⁹⁰ Puede decirse que ese audaz y original ensayo —aun por ir más allá de la prueba de los hechos de cada juicio— es característico de lo que nosotros hemos denominado como "enfoque del acceso a la justicia".

nes de los mayoristas (lo cual es económicamente ventajoso) por las cantidades abonadas, más los intereses y costas, lo mismo que otras sanciones económicas; desistir o suspender ejecuciones; y sancionar de otros modos apropiados y severos" (*Id.*, p. 814).

388 Véase, p. e.: JONSSON, E. (hijo), V. KANTOR y E. SCHWARTZ, pp. 29-32, *ob. cit.* en nota 166; JONES y BOREA, pp. 365-366, *ob. cit.* en nota 214; KOSARIN, pp. 979-981, *ob. cit.* en nota 140.

389 De acuerdo al informe nacional holandés, la *Fond for Air Pollution* (*Fonds Luchterverontreiniging*) [Fundación para la contaminación atmosférica], creada en 1970, "permite a quienes hayan sido perjudicados por la contaminación ambiental, reclamar indemnización, si no pueden, razonablemente, soportar el perjuicio". El pedido se presenta al consejo directivo de la Fundación, que es sostenida por aportes del Estado y de las empresas privadas. El objeto de esa Fundación es "indemnizar a la gente que por dificultades de prueba y de demostración de las relaciones entre la causa del daño y el perjuicio sufrida, no tendrían éxito judicial". Sin embargo, parece que hasta ahora la Fundación no ha sido utilizada en mayor medida por el público (véase: HOUTAVERA, J., *Sec.* 1184, *ob. cit.* en nota 56).

390 Véase, p. e.: NOTE, quien propone que después que un tribunal de menor cuantía haya acogido la demanda de un consumidor —independientemente de que el comerciante tenga derecho a apelar—, aquél debe ser indemnizado por los fondos de una asociación de consumidores, la cual se subrogaría en los derechos del consumidor contra el comerciante, siendo el propósito de esto, evitarle a los consumidores los gastos y las demoras de los juicios (pp. 425-426, *ob. cit.* en nota 279).

V. LIMITACIONES Y RIESGOS DEL "ENFOQUE DEL ACCESO A LA JUSTICIA". CONCLUSIÓN FINAL

La aparición del tema del "acceso a la justicia" en tantos países proporciona algún optimismo acerca de la aptitud de nuestros sistemas legales para solucionar los problemas de aquellos que durante tanto tiempo no han podido reivindicar sus derechos.

Complicadas reformas, relacionadas entre sí —como son las que caracterizan al sistema sueco de protección al consumidor—, ponen de relieve las grandes posibilidades de este enfoque. Sin embargo, ellas deben ser puestas en práctica, lo cual no es fácil porque hay que enfrentar al misoneísmo, que se opone a esas innovaciones.

Es necesario insistir en que, si bien se han conseguido ya notables éxitos, aún sólo estamos en el comienzo. Mucho queda todavía por hacer para que los derechos de la mayoría de la gente sean una realidad.

Por lo demás, aunque celebremos esas reformas, no debemos ocultar sus riesgos y limitaciones. Así, por ejemplo, podemos ser escépticos acerca de las posibilidades de las reformas del "acceso a la justicia" en un orden social fundamentalmente injusto. Hay que reconocer que las reformas procesales y judiciales no pueden servir de sustitutos de una reforma política y social.

Parafraseando a BENTHAM, ha dicho el profesor BRAÑES, informante chileno (ahora exiliado en la ciudad de México), que: "durante el actual gobierno, hablar del «acceso a la justicia» en Chile no tiene sentido; es un sinsentido con «muletas». De igual modo, dice acerca de los pobres: "el problema del «acceso a la justicia» no tiene sencillamente importancia para ellos, porque no litigan, y están al margen del sistema legal, aunque éste pueda ser «accesible», por lo cual en Chile el «acceso a la justicia» es más un problema económico o político que un problema legal".³⁹¹

391 Véase: BRAÑES, R., *ob. cit.* en nota 196. Lo mismo dicen los profesores GALANter y TRUMER, cuando critican ciertos aspectos del movi-

Es igualmente obvio, y muy conocido por los comparatistas, que las reformas no pueden ni deben ser "exportadas" a otro sistema jurídico y político. Aunque el trasplante sea un éxito, en realidad una institución puede dar diferentes resultados cuando se la lleva a la práctica en un ambiente distinto.³⁹⁷

Lo que podemos hacer es —por medio de constantes investigaciones empíricas e interdisciplinarias— no sólo diagnosticar que las reformas son posibles, sino también observar cuidadosamente su aplicación.

Los reformistas deben reconocer, necesariamente, pese a su insistencia en la "especialización" y en la creación de instituciones nuevas, que los sistemas legales no pueden tener "a la medida" procedimientos y tribunales para cada clase de conflicto.

La primera y grande dificultad es la confusión de la competencia. Como lo ha hecho notar el informe israelí para el Proyecto florentino:

miento de "derecho y desarrollo" (TRUBEK y GALANTER, *Solutions in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States* [Los juristas autoalienados: Algunas reflexiones acerca de la crisis de los estudios sobre el derecho y el desarrollo en los Estados Unidos], en: *Wid. J. Rev.*, 1974, pp. 1062, 1078).

El profesor STEWARD MACAULAY hace notar que "el acceso de la ciudadanía puede requerir reformas de muchos aspectos del Estado mismo", y agrega: "un cuidadoso examen de la apertura de posibilidades a las inteligencias menos afortunadas en la sociedad, debería contemplar otras distintas que las amplias. Esto nos retrotrae al problema de la distribución social del poder" (MACAULAY, S., *Access to Legal Systems of America: Informal Processes* [El acceso a los sistemas legales en las Américas: Procesos informales], Madison, Wis., Center for Law and Behavioral Science, 1976, pp. 3. Véase además: PAUL, J. y C. DÍAZ, *Law and Resource Distribution* [El derecho y la distribución de los recursos], original inédito, jun. 1977, en el *International Legal Center*, New York). Un correcto enfoque del "acceso" no es incompatible con el realismo político.

397 Véase, p. e., la discusión sobre el "trasplante", en: KAHN, FREDERICK, *On Uses and Misuses of Comparative Law* [Adopción y fracaso de normas legales extranjeras en el derecho comparado], en: *Mod. L. Rev.*, t. 37 (1974), p. 1; FETTERHAM, L., pp. 33-40, *ob. cit.* en nota 381.

"Será muy fácil encontrar el tribunal que sea competente, pero a menudo es difícil delimitar la competencia. En caso de duda —y ella aumenta con cada nuevo tribunal que se crea—, el demandante debe tener mucho cuidado porque puede suceder que, cualquiera sea el tribunal que elija, el adversario podrá no estar de acuerdo. Se corre el riesgo de perder mucho tiempo en ese incidente previo, que aun ganándolo significa muy poco".³⁹⁸

Sin duda, la proliferación de tribunales especiales puede ser un obstáculo para el efectivo acceso, lo cual el informe francés para el Proyecto de Florencia, denomina "parasitismo judicial".³⁹⁹

Un juez o funcionario que decida, que estén especializados, pueden llegar a aislarse y acortar excesivamente sus perspectivas. Como observa el informe alemán: "el juez puede perder de vista las opiniones y problemas que están fuera de su especialización legal".⁴⁰⁰

Además, existe siempre el peligro de que "reparar" por medio del procedimiento será todo lo bien intencionado que se quiera, pero tiene serios efectos.⁴⁰¹ Ya hemos dicho que la reforma que contribuye a eliminar, de una u otra manera, los obstáculos puestos al acceso puede, al mismo tiempo, erigir otros.

El más grande peligro —que hemos considerado a lo largo de este trabajo— consiste en el riesgo de que por perfeccionar los procedimientos se dejen a un lado las garantías fundamentales

393 Véase: GINOSAR, S., Secc. IVB, *ob. cit.* en nota 196 de este trabajo.

394 Véase: THERY, P., Secc. I, *ob. cit.* en nota 62. Como ha dicho TAYLOR: "La semi-justicia es a menudo injusticia, porque una persona sencilla suele darse por vencida cuando ella pasa de columna a estaca en el momento que decide su caso" (TAYLOR, G. D. S., p. 30, *ob. cit.* en nota 183).

395 Véase: BENNETT, R. y C. STRECKER, Secc. IIB1, *ob. cit.* en nota 11. De acuerdo al informe japonés, este problema se combate en su país haciendo que los jueces de competencias muy especializadas integren otros tribunales, a intervalos regulares (véase: KOSHIDA, T. y Y. TANGUCHI, Secc. IVAT, *ob. cit.* en nota 14).

396 Véase, *supra*, la Secc. IID del presente trabajo.

del proceso civil, especialmente las que se refieren al juez imparcial y al derecho de las partes a ser oídas.³⁷⁷

Si bien este peligro es menor cuando se acepta voluntariamente determinado tipo de procedimiento para dirimir un conflicto dado, sea antes o después que éste se produzca, y los intereses comprometidos en el mismo sean más o menos "flexibles", debemos hacernos cargo de posibles problemas.

Aun cuando la innovación sea importante, no hay que olvidar que, después de todo, las grandes instituciones procesales han sido moldeadas, durante muchos siglos de lucha, para evitar la arbitrariedad y la injusticia.

Lamentablemente, los procedimientos "clásicos" no están bien estructurados para hacer valer los "nuevos derechos", especialmente —aunque no sólo— a nivel individual, pero tienen algunas importantes funciones que no podemos ignorar.

Además, desde que un grande y creciente número de personas, grupos e intereses, antes no representados, están teniendo ahora acceso a los tribunales y a otros órganos similares, por medio de las reformas mencionadas al comienzo, la presión sobre el sistema legal, para que reduzca su campo y se encuentren procedimientos *mor más sencillos*, aumenta sin cesar.

Esta presión, que ya se siente, no debe inducirnos a alterar los principios fundamentales de un procedimiento justo. En este trabajo nos hemos referido a una mutación en la jerarquía de los valores del proceso civil, de una más acentuada inclinación hacia el valor "accesibilidad". Pero el cambio que conduzca a un mayor significado social de la justicia no debe hacernos creer que los valores esenciales y tradicionales del derecho procesal hayan de ser sacrificados. En ningún caso estamos dispuestos a "vender nuestra alma". Admitimos, asimismo, que hay peligros magnificados y también proyectos imaginativos de los reformistas del "acceso a la justicia".

377 Acerca de los esfuerzos que se realizan en todo el mundo para salvaguardar los derechos de las partes en el juicio civil, o sea los principios esenciales de un procedimiento imparcial, véase: CAPPELLETTI, M. y D. TALLON, *supra*, en nota 1 de este trabajo.

Nuestro sistema judicial ha sido descrito con acierto así: "Técnicamente admirable, es ahora lento y costoso; es muy bello pero supone un innecesario sacrificio de tiempo, talento y dinero".³⁷⁸

Este "hermoso" sistema suele ser a menudo un objeto de lujo. Sólo proporciona una justicia de alta calidad cuando, por uno u otro motivo, las partes pueden traspasar los obstáculos que se oponen a la mayoría de la gente, en muchas clases de juicios.

El "enfoque del acceso a la justicia" pretende derribar esos obstáculos razonablemente, poniendo en entredicho la totalidad de las instituciones, procedimientos y personas que caracterizan a nuestro sistema legal. El riesgo consiste en que la implantación de procedimientos rápidos e individualmente económicos, puede producir una tosca boratija. Ese peligro no debe ser olvidado.

Proyectar serias reformas, midiendo los riesgos que ellas pueden provocar, y con plena conciencia de los límites y posibilidades de los tribunales ordinarios, de los procedimientos comunes y de la generalidad de los abogados, es lo que significa aquí el "enfoque del acceso a la justicia".

El propósito de éste no es hacer justicia "disminuida" sino que sea accesible a todos, incluso a los pobres. Y si es cierto que una efectiva igualdad ante la ley es el ideal primero de nuestro tiempo, el "enfoque del acceso a la justicia" sólo puede llevarnos a hacer una joya de inalterable belleza —o de mejor calidad— que la que hasta ahora tenemos.

378 Este comentario, especialmente referido al sistema legal británico, se debe a HOOPER, *The Law of Civil Procedure in Iraq and Palestine*, Besrob, The Times Printing and Publishing Co., 1930, citado por S. GINSBURG, *Sec. VC*, *ob. cit.* en nota 196 de este trabajo.

APÉNDICE

Notas del Traductor

⁹⁷ La traducción literal de la palabra *difuse*, que adjetiva a los intereses y derechos correlativos, se fundamenta en que tanto en inglés como en castellano — con leve diferencia ortográfica — significa lo mismo: la amplitud con que hechos o actos voluntarios pueden afectar a un grupo o conjunto de personas. Aunque para su juzgamiento, la intensidad del fenómeno o los resultados de la conducta ajena debida no dejan de tener importancia, en el caso se computa mayormente la extensión homotípica del perjuicio. Por lo menos en la Argentina, la terminología de *intereses o derechos difusos* es novísima, presumiéndose que igualmente sucede en el ámbito latinoamericano, porque como puede verse en el texto y notas de la obra traducida, el problema se presenta en los países altamente desarrollados, que se caracterizan por la concentración urbana, la producción industrial en gran escala y la masificación que conduce a la sociedad de consumo. Para una primera aproximación al tema, en la Argentina, véase: MORTILLANO, Augusto María, Juan Carlos HERRERA y Roberto Oscar BARRONEX, *La defensa de los intereses difusos*, en: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1962, v. 4, pp. 700-712. Es interesante establecer las relaciones de ese concepto con la defensa de los "intereses legítimos" a que se refiere el derecho administrativo (Véase: GONZALEZ, Agustín Alberto, *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 367-372).

⁹⁸ Aunque en el lugar indicado y en otros del texto se aplica a la pobreza como clase social (*the poor as a class*), lo cual daría la impresión de que el estado de indigencia bastase para configurar una situación de clase, se ha preferido, en la traducción, referirse a ella como "grupo social" por mayor exactitud sociológica. Si bien no es muy preciso el concepto de "clase social" comprende también valores que no son exclusivamente económicos, aunque se tenga a éstos como principales, para la formación de la llamada "conciencia de clase", en cambio la pobreza es

la condición que padecen las personas económicamente sumergidas, conforme a patrones vitales de ingresos. A manera de guía, puede verse, en general: ARON, Raymond, *La lucha de clases*. Trad. del francés por Antonio Valente, Barcelona, Seis Barral, 1966, 294 p.; BORTOLUZZI, Thomas B., *Las clases sociales en la sociedad moderna*. Trad. del inglés por Aníbal Leal, Buenos Aires, La Pléiade, 1968, 137 p.; GURVITCH, Georges, *Las clases sociales de México en nuestros días*. Trad. del francés por Horacio Caviglia, Bs. As., Editorial Nueva Visión, 1957, 134 p.; MAYER, Kurt B., *Clase y sociedad*. Trad. del inglés por Eduardo Marullo, Buenos Aires, Paidós, 1961, 170 p. (Biblioteca del hombre contemporáneo, 57). Para una interpretación sociológicamente liberal, véase: HALSWORTH, Maurice, *Las clases sociales*. Trad. del francés por Max Aub, México, Fondo de Cultura Económica, 1950, 215 p. (Breviarios, 37); y desde el punto de vista marxista: BOURVIER AJAM, Maurice y GILBERT MURY, *Las clases sociales y el marxismo*. Trad. del francés por Raquel C. Warshaver, Buenos Aires, Pluma-Sillograf, 1953, 190 p. Además: HARRINGTON, Michael, *La cultura de la pobreza en los Estados Unidos*. Trad. del inglés por Emma Susana Sperati, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, 215 p. (Colección popular, 49).

⁶⁵ La palabra inglesa *testcase* no tendría ningún sentido en castellano si fuese traducida literalmente: caso de prueba o ensayo. Por eso se ha acuñado la expresión "casos jurídicamente novedosos" —como se dice de aquí en adelante— para significar el planteo de un problema, que aún no tiene precedente judicial, para que se lo establezca. Una breve y precisa noción del significado de los precedentes judiciales en el derecho anglosajonamericano se hallará en la excelente obra de Paul Vinogradoff, *Introducción al derecho*, trad. del inglés por Vicente Herrojo, México, Fondo de Cultura Económica, 1952 (Breviarios, 57), pp. 127-146. Sólo a manera de ejemplo, muy mediano e imperfecto quizá, con respecto a la Argentina y países de legislaciones similares, piénsese sobre la posibilidad de cambio de doctrina de los fallos plenarios (art. 288, Cód. Proc. Civ. de la Nación).

⁶⁶ Desde aquí, y en todo lo que resta de la presente traducción, se deja en el idioma original la palabra inglesa *common law*, por cuanto no hay en nuestro idioma una equivalente que abarque las diversas acepciones de aquélla. Así procede la mayoría de los traductores. Los diversos significados pueden verse muy bien resumidos, en: RABASA, Oscar, *El derecho anglosajonamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, pp. 25-27; para un más amplio y detallado desarrollo, véase: CUETO RÚA, Julio César, *El Common Law*, Buenos Aires, La Ley, 1957, 458 p.

⁶⁷ No hay en el vocabulario sociológico de lengua castellana, hasta donde llegan los conocimientos del traductor, ninguna palabra que exprese lo que *establishment* quiere decir en lengua inglesa, o sea, sin que la

interpretación tenga exactitud taxonómica, el conjunto de ideas (sociales, políticas, económicas, religiosas) que un grupo impone, por diversos medios, a la sociedad toda, para configurarla de acuerdo a sus propias intenciones, en un tiempo-espacio histórico determinado. La expresión "sistema establecido" está incorporada hoy día al habla sociológica de lengua castellana. Su significado se relaciona con el ejercicio del poder, tenido éste, en su acepción más amplia, como la oportunidad de orientar, dirigir y controlar las ajenas conductas, sujetándolas a sanciones formales o informales. De la vasta bibliografía sobre el tema del poder, véase, en general: SCHWARTZMAN, Richard A., *El poder y la sociedad*. Trad. del inglés por Julio Anella, Buenos Aires, Paidós, 1963, 142 p. (Biblioteca del hombre contemporáneo, 86); HENRICH, Peter, ed., *Sociología del poder*. Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1960, 426 p. Con respecto a Gran Bretaña: THOMAS, Hugh y otros, *El sistema establecido*. Trad. del inglés por Ramón Sáenz de Veraña, Barcelona, Ariel, 1962, 239 p. (Colección Deros). Acerca de los Estados Unidos: la clásica obra de Charles Wright Mills, *La élite del poder*. Trad. del inglés por Florentina M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, 309 p. Por lo que se refiere a los países latinoamericanos: MERRIN VERA, Luis, *Los mecanismos del poder en América latina*. Trad. del francés por Roberto Bixio, Buenos Aires, 1967, 248 p. Referente a la Argentina: IRIGOR, José Luis de, *Los que ayudan*. Buenos Aires, Fudeba, 1964, 250 p.; y para un tema específico: OYHARANDE, Julio César, *Poder político y cambio estructural en la Argentina: Un estudio sobre el estado de subdesarrollo*, Buenos Aires, Paidós, 1969, 127 p. (Biblioteca de psicología social y sociología, 50). Por las proyecciones jurídicas del tema en el derecho privado, véase: BEALE, Adolf, jr., *Poder sin propiedad*. Trad. del inglés por Juan Carlos Pellegrini, Buenos Aires, Tea, 1961, 210 p.

⁶⁸ Ha debido traducirse literalmente la expresión inglesa *public interest* porque es imposible encontrarle ni siquiera una equivalencia institucional aproximativa en el derecho de los países de habla hispana. Por su independencia política y por la amplitud de los derechos que defiende, nada tiene que ver con las funciones atribuidas por las leyes nostras, a los miembros del ministerio público, quienes sólo de manera mediana defienden el interés general. Un ejemplo de esto último, relacionado con el valor sociológico y jurídico de la familia, podría ser el artículo 21 de la ley argentina 2393, de matrimonio civil, cuyo inciso 4º legitima al ministerio público para oponerse a la celebración de un matrimonio cuando media impedimentos dirimentes.

⁶⁹ Se ha dejado sin traducir la palabra sueca *Ordningsamt*, como lo han hecho, a lo largo de su trabajo, los autores de la obra traducida, porque no tiene ninguna correspondencia institucional en el derecho de la mayoría de los países de habla castellana. El texto y las notas de los autores, que se leerán más adelante, caracterizan en institución perfecta

de derechos, iniciada en España el año 1809, o sea antes de comenzar los movimientos que condujeron a la independencia política de los países hispano-americanos. Véase acerca del tema, la siguiente y sumaria bibliografía en nuestra lengua: PACHELLA, Miguel A., *La institución del comisionado parlamentario; El ombudsman*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972; LUSTOS DE ANGELIS, Dante, *Estudio jurídico-funcional del ombudsman*, en: *Rev. Urug. de Der. Proc.*, Montevideo, 1980, n.º 3, pp. 209-219; FARIAS GUILLÉN, Víctor, *El ombudsman y sus posibilidades en España y en países iberoamericanos*, en: *Rev. Urug. de Der. Proc.*, Montevideo, 1979, n.º 3, pp. 11-35.

⁴⁵ Tampoco es posible ir más allá de la traducción literal de las palabras *Private Attorney General*, como "procurador general privado", porque no es posible trasladar a nuestra lengua, por similitud, una institución que se le parezca. La representación en juicio para defender los intereses de grupos afectados, no suele tener legitimación procesal en la mayoría de los países latinoamericanos, como se ha dicho en la nota del traductor identificada mediante la letra ⁴⁵.

⁴⁶ Las *private actions*, a que se refiere el texto en su original, han sido traducidas literalmente, y puestas entre comillas, porque es una expresión que no puede ser trasladada, en el sentido que tiene en inglés, con lo que en el derecho continental europeo podría significar. En el vocabulario jurídico anglosasamericano las *private actions* se refieren a la representación en juicio que puede invocarse en defensa de los intereses grupales, lo cual suele darse que ver con la represión social o sólo individual de un acto para el ejercicio de una pretensión. Un ejemplo de esto último lo dan los artículos 21-7) del código penal argentino, que clasifica las acciones penales —en realidad, pretensiones punitivas, como las denomina SOTER—, en públicas, privadas y dependientes de instancia privada (esta última importa sólo el ejercicio privilegiado y excluyente de la denuncia). Véase: SOTER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1970, v. 2, pp. 439-447).

⁴⁷ La expresión *ideological plaintiffs*, del original inglés, se refiere a demandantes que aumen la defensa de intereses colectivos por motivos de principios, sin que tengan, necesariamente, un interés personal comprometido; en castellano se dice, una acción "quijotesca". En la nota 106 de los autores se hace referencia a la oposición de esos litigantes "principistas" respecto de los *habeas corpus*, palabra ésta que no es inglesa sino alemana, la cual se ha preferido traducir como "reclamones" para dar a entender que se trata de demandantes, con toda clase de ventajas personales para litigar, que sólo tienen en cuenta, de manera egoísta, su interés individual.

⁴⁸ Traducir literalmente *citizen actions*, como está en el original, por "acciones de los ciudadanos" habiéndose sólo incurrido en una pretensión o cir-

cunscripción inescusable, por cuanto, sino institucionalmente, las "acciones populares" tienen cabida en el vocabulario jurídico de habla castellana. Un ejemplo de ellas lo daría la posibilidad —si la hubiere— de defender los intereses simples, o sea aquellos que afectan a todas indistintamente, y a las que se refiere el derecho administrativo (Véase: COMBILLO, Agustín Alberto, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971, pp. 106-108).

⁴⁹ La expresión *relator action*, que se traduce, conforme al significado que le da el original, como "acción delegada", no tiene equivalente en nuestro Derecho, que ignora la delegación del ejercicio de las acciones por el Estado a los particulares, cuando es propio de aquél. Sólo podría haber cierta relación con la posibilidad expropiatoria de algunos concesionarios de obras o de servicios públicos (Véase: EITZSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 4.ª ed., Buenos Aires, El Atrio, 1917, v. 1, pp. 454-464).

⁵⁰ Véase la nota (j) del traductor.

⁵¹ Las *public interest actions* son traducidas como "acciones de interés público" con el significado de que su ejercicio sice a defender el interés general, legitimándose para eso a personas o grupos (Véase, supra, la nota ⁴⁸ del traductor). Repárese que esta última modalidad es ajena al derecho argentino, aunque algo de la "acción grupal" podría encontrarse en la ley 14.210, en cuanto confiere a los sindicatos la representación de los trabajadores en los conflictos provocados por el incumplimiento patronal de las convenciones colectivas de trabajo, que tienen universalidad obligatoria aun para los trabajadores y patronos no afiliados (arts. 5 y 9 de la ley citada). Acerca de las actividades de los estudios jurídicos norteamericanos que se ocupan de defender el interés público (en el sentido de "interés general"), o sea lo que en el original se denominan *public interest law firms*, puede verse, aunque se trate de una investigación a nivel periodística; GOUTTZER, Joseph C., *Los abogados del dólar*, trad. del inglés por Iris Menéndez, Barcelona, Grijalbo, 1973, pp. 359-399.

⁵² La modalidad del *public counsel*, que se ha traducido aquí como "asesoría pública", no tiene equivalente institucional en la Argentina, por cuanto aquella tiende a amparar intereses de grupos. El asesoramiento que proporcionan en nuestro medio las defensorías oficiales, los consultorios jurídicos gratuitos de los colegios de abogados y la asesoría que funcionan, con destino al público, en la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, dan asistencia a nivel de intereses individuales, porque —repitese— los grupales o colectivos no tienen legitimación procesal en nuestro Derecho.

⁵³ La palabra *arbitration* del derecho anglosasamericano no tiene entera concordancia con el arbitraje tal como está legislado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 767-792): juicio arbitral;

arts. 793-799: juicio de amigables componedores), único que se cita por la larga pluralidad procesal argentina. El arbitraje judicial o extrajudicial angloamericano se aproxima más a los amigables componedores de nuestra legislación, en cuanto al procedimiento informal y a la aplicación de la equidad, pero con la importante diferencia de que los jueces no pueden, por lo menos en jurisdicción nacional, ser árbitros ni amigables componedores (art. 792, Cód. cit.). Aparte del arbitraje, y la conciliación judicial, los ha habido en nuestro medio con injerencia administrativa, un ejemplo de lo cual lo daban las comisiones paritarias en materia de arrendamiento y aparcerías rurales (ley 13.246, arts. 46-48; dec. reglam. 1196/69, arts. 81-117).

⁴⁰ Véase, supra, la nota (a) del traductor. Además, para establecer las diferencias entre la conciliación angloamericana y nuestra institución simultáneamente denominada, (Cód. Proc. Civ. Nac., arts. 36, inc. 4, y 309). Véase: FASSI, Santiago Carlos, *Código procesal civil de la Nación consensado y consado*, Buenos Aires, Astrea, 1971, v. 1, pp. 515-518).

⁴¹ Surge del texto de los autores que en el derecho angloamericano no se imponen las costas al vencido en juicio, cosa por la cual se las incluye entre las *economic incentives*, es decir "incentivos económicos". Otra es la solución del derecho argentino: arts. 66-77, Cód. Proc. Civ. Nac.; FASSI, S. C., *Ob. cit.*, 1971, v. 1, pp. 152-171; REZARZÁNDEZ, Ricardo José, *La condena en costas*, Buenos Aires, Abeledo, 1942.

⁴² Se ha traducido *Public Law Litigium* como "juicio de derecho público" por fidelidad al texto, pero téngase en cuenta que está comprometido el interés general; véase la nota (B) del traductor.

⁴³ Los *paraprofessionals community advocates*, o *Parafegés*, como se los denomina en otros lugares del texto original, que se ha preferido traducir, en todos los casos, como "cuasi-profesionales", son una modalidad, hasta ahora, de los derechos angloamericanos y germánico, extraña al derecho argentino que siempre exige en juicio la intervención letrada (arts. 36 y 37, Cód. Proc. Nac.; FASSI, S. C., *Ob. cit.*, 1971, v. 1, pp. 122-145). Era una excepción a esto último, los artículos 111-122 de la ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires que admitían la intervención de personas legas, llamadas "agentes judiciales", ante la justicia de menor cuantía, lega también, disposiciones actualmente derogadas por la ley 8084; por otra parte, en dicha provincia la justicia de paz (de menor cuantía) es ahora letrada (ley 9729).

⁴⁴ La expresión *pretrial proceedings*, traducida como "audiencia de antejuicio", es una etapa preliminar y preparatoria del proceso. Hubo un intento de establecerla en la Argentina, por el art. 23 de la ley 14.237, hoy derogada (véase: OSWAGO, Mario Antonio, Juan Enrique Correas y Fer-

nando HORRIGLIA PARRA, *La reforma procesal civil; ley 14.237*, Buenos Aires, Abeledo, 1971).

⁴⁵ Por lo que surge del original, la *defent*, traducida por "rebeldía", se sitúa en el derecho angloamericano el mismo alcance que esta última en el derecho argentino (arts. 59-67, Cód. Proc. Nac.; FASSI, S. C., *Ob. cit.*, 1971, v. 1, pp. 145-152).

⁴⁶ La expresión *fair and equitable* del original ha sido traducida como enjuiciamiento "justo y equitativo", en el sentido que, como dicen los propios autores, los fallos no serían legalmente fundamentados, o sea que los jueces sentenciaría, según decían las antiguas ordenanzas españolas de Bilbao, "a verdad sabida y buena fe guarda". Así procedía en nuestro medio la ya casi desaparecida justicia de paz lega. Para una noticia breve y expresiva sobre la equidad en el derecho angloamericano, véase: KARASA, O., *El derecho angloamericano*, 1944, pp. 136-238. Sobre la posibilidad de esa institución en nuestro medio, véase en los arts. 31 de la Constitución Nacional y 16 del Código Civil.

⁴⁷ Para dar una idea del *Consumer Law* ha debido acuñarse en castellano el neologismo jurídico de "derecho consumidor". La institución, como protectora de los derechos grupales o colectivos de los consumidores es ajena a nuestro derecho positivo en el sentido de que no les reconoce a los grupos, como ya se ha dicho, legitimación procesal. La protección indirecta la ejerce el Estado por medio de sanciones económicas contenidas en las leyes de abastecimiento. A nivel de protección individual, médtese en nuestra legislación acerca del desequilibrio económico de los contratos (art. 1198, Cód. Civ.) y sobre los vicios redhibitorios de la cosa vendida (arts. 2164-2181), pretensión ésta a ejercer en el breve plazo de seis meses (art. 6041, Cód. cit.). Todas estas disposiciones son aplicables a los contratos comerciales por el artículo 1 del título preliminar y el art. 207 del Código de Comercio argentino.

⁴⁸ Se ha abreviado en la traducción, mediante la frase "intervención arbitral privada", la extensa expresión inglesa del original: *Private-sponsored consumer complaint arbitration*, institución que en nuestro medio podría verse en las disposiciones reglamentarias paralegales de algunas cámaras de comercio.

⁴⁹ Como en la nota (v) de esta traducción, también se ha abreviado aquí, denominándole "intervención estatal", la frase inglesa *Government-sponsored consumer complaint resolution*. Para más amplia noticia explícita, véase la nota (m) del traductor.

⁵⁰ La palabra inglesa *Resatación* es intraducible por no haber institución ni siquiera parecida en el derecho argentino en materia de locaciones urbanas. Téngase presente que, como surge del texto, el *Resatación*

mas no se parece en nada a las que en nuestro medio eran las cárceles, le alquileres, organismos administrativos del Estado que no conciliaban ni disminuían conflictos de intereses, sólo aplicaban multas por violación de cláusulas contractuales, en un amplio ejercicio del poder de policía (véase, por ejemplo, los arts. 58-60 de la hoy derogada ley nacional 13.173 y los arts. 2, 3, 6 y 7 de su decreto reglamentario 6099/60).

⁵² Las oraciones puestas en el texto inglés a las palabras *discretionary justice*, es decir, "justicia discrecional", y la manera como se emplea en la expresión *discretion*, le dan más bien un sentido irónico como sinónimo de arbitrariedad. Para el recto sentido de la palabra en castellano, y en nuestro derecho, véase: FUSTO, Bartolomé Alejandro. *La discrecionalidad de la administración pública*. Buenos Aires, Aiz, 1943.

⁵³ Véase, supra, la nota (4) del traductor.

⁵⁴ El significado que sobre todo en el derecho norteamericano tiene la expresión *Prospaid and Group Legal Services Plans*, traducida aquí como "prestación de servicios jurídicos por medio de los sistemas 'mutual' y 'de consumo'", no tiene equivalente en la legislación profesional argentina, aunque quizá podría ser aplicado conforme al art. 1197 del Código Civil, sobre autonomía de la voluntad contractual.

⁵⁵ Se la tradujo *No-fault divorce* por "divorcio sin culpa", como una simple elección terminológica, bien entendible, para denominar los casos que en nuestro medio son designados "mutuo consentimiento", o sea la posible admisión de culpa recíproca de los cónyuges, a que se refiere el art. 67 bis de la ley argentina 2395 de matrimonio civil, ley que no ecubre la aptitud supcial (art. 64), afectando el estado matrimonial pero no la intangibilidad del vínculo (Véase: BONA, Guillermo Antonio, *Tratado de derecho civil argentino: familia*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, v. 1, pp. 391-398; MURZUCCHI, Jorge Adolfo, *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, v. 3, pp. 177-181).

⁵⁶ La expresión inglesa *No-fault accident*, literalmente en castellano "accidentes inculpables", ha sido traducida como "responsabilidad objetiva" para dar la idea de que se prescinde de la intencionalidad del responsable. La amplísima bibliografía argentina acerca del tema tiene que ser limitada al máximo por motivos de espacio y oportunidad, como por la cual se cita sólo una, por su encomiable método y amplia difusión en el medio jurídico argentino, la siguiente obra: MEXER, ITURRATEGUI, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1971, v. 1, pp. 55-155.

