

Artículos

La teoría política de las acciones de clase

Owen Fiss *

Traducción de Roberto Gargarella

En los Estados Unidos, los jueces no inician ni impulsan el proceso judicial. Dependen, en cambio, de un órgano externo, tanto para comenzar sus procedimientos como para proseguirlos. Es éste, y no los jueces, el que lleva adelante la investigación de los hechos, selecciona y examina a los testigos, redacta las demandas, y supervisa la ejecución de las decisiones judiciales. Ahora bien, ¿cuál puede ser el órgano en cuestión?

Cuando el remedio frente a la violación de la norma jurídica es penal como, por ejemplo, la cárcel, el poder de iniciativa reside exclusivamente en un oficial público como el fiscal general o de distrito. En los Estados Unidos, las víctimas de los crímenes no pueden iniciar los procesos penales. Además, la Corte Suprema ha sido renuente a garantizar a los ciudadanos individuales cualquier poder de revisar o supervisar de alguna manera la decisión del gobierno de comenzar o no la persecución penal.

La situación es totalmente diferente en el ámbito civil. En este caso, el propósito no es castigar una transgresión del derecho pasada, sino compensar por los daños acaecidos o prevenir los futuros. El remedio que se busca, por su parte, no es la multa o la cárcel, sino una indemnización o una orden de no hacer. Para tales procedimientos, el poder de iniciativa ha sido depositado en dos agencias diferentes: los oficiales públicos y los ciudadanos privados. En mi opinión, las acciones de clase pueden entenderse mejor como una fusión entre estos dos modelos.

Una demanda civil iniciada por un ciudadano puede servir a su propósito privado. Imagínese un acuerdo de fijación de precios entre agentes de bolsa, y una demanda presentada por uno de los inversores buscando una compensación por daños, o una dirigida a prevenir la fijación de precios en el futuro. La demanda puede reivindicar o proteger los derechos individuales del inversor. Sin embargo, también puede favorecer un propósito público, dado que -en el caso de prosperar- puede llevar a que la conducta de los agentes de bolsa se ajuste a las leyes antimonopólicas. Una orden de no hacer contra futuros acuerdos de precios tendría claramente ese efecto, pero lo mismo ocurriría con la concesión de una indemnización al inversor. La compensación puede forzar a los agentes de bolsa a internalizar los costos de su falta y, a través de

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (Estados Unidos).

los principios ordinarios de la disuasión, desalentar futuras violaciones por parte de los demandados u otros agentes de bolsa.

En muchos casos no hay la necesidad de separar los propósitos públicos y privados de la demanda iniciada por un ciudadano. Este último contribuye al interés público a través de la persecución de razones privadas. De todos modos, existe una categoría de situaciones -de creciente importancia en la actualidad- en donde los dos propósitos aparecen separados. Esto ocurre cuando el daño al ciudadano individual no es suficiente para darle una buena razón para iniciar una demanda pero, sin embargo, el perjuicio agregado contra la sociedad resulta importante. Nuevamente, considérese el caso de un acuerdo para la fijación de precios, en esta hipótesis, entre un cierto grupo de agentes de bolsa que realizan una multiplicidad de transacciones menores. El acuerdo de fijación de precios causa un detrimento de U\$S 70 a cada inversor, pero el perjuicio agregado a todos los inversores es de 60 millones. En este supuesto, el sistema legal podría resultar relativamente indiferente a los intereses afectados de los particulares, pero no a los efectos públicos de la acción en juego, dado el gran perjuicio social que causa.

Esta brecha podría ser cubierta autorizando a un oficial público a iniciar un pleito. Si el interés público es grande y el privado relativamente trivial, el fiscal general debería estar capacitado para demandar a los agentes de bolsa. Semejantes demandas son posibles, pero el sistema legal de los Estados Unidos ha sido reticente en convertir a ésta en la única opción disponible. Aunque en ese país se cuenta con una fuerte tradición de finales del siglo XIX que autoriza al gobierno a iniciar demandas civiles como alternativa a la persecución criminal, no se ha querido dejar a ésta como la única posibilidad dentro del contexto civil. Esta restricción puede reflejar el recelo que solemos tener en los Estados Unidos frente al poder del gobierno, y el deseo de preservar un lugar importante para el ingenio y la imaginación ciudadanas. De modo más concreto, esta falta de voluntad de convertir a la demanda iniciada por el gobierno en la única alternativa disponible puede estar enraizada en cierta desconfianza hacia el sistema que hace a los oficiales públicos cumplir con sus responsabilidades. Existe un temor frente al poder discrecional del fiscal general. Este puede fundarse en el riesgo de facilitar actos de corrupción o en el peligro de que las necesidades de ciertos sectores de la sociedad -por ejemplo, las de los que no tienen poder político- puedan ser sistemáticamente desplazadas. De esta manera surgió la idea de un fiscal general privado. La potestad de iniciativa es depositada en el ciudadano individual, pero la función de la demanda es la misma que la que podría tener un reclamo presentado por el fiscal general, esto es, la de defender el interés público.

Una pregunta inmediata que surge, al respecto, concierne al modo en que podría financiarse tal pretensión iniciada por el ciudadano. Ella puede ser traída por algún ciudadano individual, pero el trabajo es realizado por abogados. El término "fiscal privado" se aplica usualmente a los demandantes, pero son los abogados, en realidad, los fiscales privados generales, y ellos deben ser compensados por el tiempo y esfuerzo que dedican a la causa. De hecho, el nivel de compensación debe ser lo suficientemente alto como para que resulte atractivo para que los mejores y más brillantes abogados tomen esos casos.

Dado que en los Estados Unidos operamos a partir de una regla conforme a la cual no se le imponen al litigante que gana los honorarios de su abogado, no existe una forma alternativa de pagar esas costas. Esto significa que al abogado del demandante se le debe pagar con la indemnización obtenida por su cliente de la contraparte, en el caso de haber ganado la demanda. Cuando el monto en juego es de 60 millones, hay más que suficiente para cubrir tales pagos, lo que seguramente va a atraer a un buen grupo de abogados a hacerse cargo de la causa; pero cuando la cifra es de US\$ 70 no existen posibilidades de que ello ocurra. Entonces, la idea de un fiscal general privado suena maravillosa. Sin embargo ¿cómo hacer para pagarle?

La respuesta a este dilema, dentro del ámbito norteamericano, ha sido como la mayoría de las cosas en este medio, pragmática y creciente. Una posibilidad que se presentó fue la de relajar las reglas vigentes al respecto, cuando el demandante se encuentra actuando como un fiscal general privado. En ese caso pueden existir honorarios separados destinados a compensar a los abogados por su tiempo y esfuerzo. En algunas jurisdicciones, este cambio fue realizado por los tribunales mismos. En el nivel federal, requirió del dictado de una ley.

Una segunda aproximación fue la de crear cuerpos separados de abogados, destinados a actuar como fiscales privados generales, para luego pagarles con fondos públicos, en ocasiones de recursos gubernamentales, pero en la mayoría de los casos a través de donaciones privadas. Esto ha llevado al surgimiento de una gran variedad de organizaciones -la NAACP, la ACLU, el Consejo de Defensa de Recursos Naturales, la Organización de Servicios Legales, el Proyecto Bazelon de Salud Mental, el Centro de Derecho y Políticas Sociales, los Asociados por Derechos Iguales- que proveen abogados que sirven como fiscales generales privados.

Una tercera vía, que constituye tal vez la solución más imaginativa al problema de cómo pagar a los fiscales generales privados, es la constituida por las acciones de clase. Esencialmente, éstas permiten que el demandante no obtenga los US\$ 70 -esto es, el monto del daño sufrido por cada uno- sino los 60 millones -es decir, la cantidad que se le debe al conjunto de los inversores-. Una porción, entonces, se paga a los inversores, pero una cantidad considerable -entre 6 millones (el 10 por ciento) a 20 millones (33 por ciento)- se destina a los abogados del demandante.

Como recurso para pagar al fiscal general privado, la acción de clase permite que se agreguen los reclamos de un amplio número de personas que tienen problemas idénticos o muy similares. La persona que lleva adelante la demanda es conocida como el “demandante nominado” (*the named plaintiff*) y las otras son conocidas como los “miembros innominados de la clase” (*the unnamed members of the class*). El demandante nominado actúa en favor de los miembros innominados de la clase. Corresponde ahora que consideremos el impacto que puede tener la acción del demandante sobre los derechos de la clase.

Una eventual victoria del demandante precluye cualquier acción adicional por los otros miembros innominados de la clase, lo cual parece bastante aceptable. Los miembros innominados de la clase, de todos modos, no tendrían

ninguna razón para perseguir sus reclamos, dado que en teoría han sido satisfechos o compensados. La contraparte, en tal caso, no tiene por qué pagar dos veces ante la misma petición.

Pero ¿qué es lo que ocurre si, lo que es perfectamente posible, el demandante pierde el caso? La regla general es la de impedir cualquier acción adicional a los miembros innominados de la clase, pero las razones detrás de dicha regla no son nada claras. En su favor, por ejemplo, podría decirse que el demandante debe asumir riesgos simétricos. Si pierde, pierde mucho, pero si gana, también gana mucho. Sin embargo, esta solución parece más propia de los juegos de azar que del derecho. Alternativamente, la regla podría estar basada en el temor de imponer una carga excesiva sobre demandado (éste, luego de ganar un caso, tendría que defenderlo una segunda vez, y luego una tercera, etc.). La dimensión del reclamo es demasiado pequeña para asumir que un demandante luego de otro continuará presentando demandas, pero tampoco hay ninguna razón para pensar que la primera persona en presentar una acción de clase será la única en hacerlo.

Cualquiera sea el motivo subyacente, lo cierto es que la regla que impide que los miembros innominados de la clase vuelvan a litigar -en el caso de que no sea exitosa la primera presentación- parece suficientemente asentada en nuestro derecho, lo cual conduce a un problema normativo central de las acciones de clase: el conflicto entre la necesidad de encontrar una vía para compensar al fiscal general privado, y el principio que le asegura a toda persona a tener audiencia en los tribunales frente a cualquier caso que lo involucre. En un nivel superficial, esta tensión ha sido resuelta concibiendo a la acción de clase como una forma de acción representativa dado que, para ser precisos, el sistema legal no garantiza que se le conceda audiencia a cada persona, sino sólo que el interés de cada una resulte representado ante la justicia. Si yo nombro a alguien para que represente mis intereses, y ese sujeto presenta una demanda en mi nombre y pierde, entonces parece lógico yo no pueda volver a demandar.

La acción de clase, de hecho, implica una acción de representación -el demandante nominado presenta una demanda en favor de todos los miembros innominados de la clase- aunque emplea una concepción peculiar de la representación: la autodesignación. A diferencia de aquella situación en la cual yo nombro a mi mandatario, en la acción de clase el demandante se nombra a sí mismo como representante. La autodesignación no constituye un hecho totalmente desconocido en el ámbito de la política, así como tampoco en otros medios sociales. De hecho, parece más bien una situación común en ocasiones de transición política donde existe un cambio radical de un régimen a otro. Las personas que se reunieron en Filadelfia en el verano de 1787 para redactar la Constitución de los Estados Unidos eran representantes autodesignados. Lo mismo para el caso de aquellos que lo hicieron en Budapest u otras capitales de Europa del Este, en 1989. De todos modos, esto no implica negar que la autodesignación sea una forma anómala de representación, sólo que la misma se encuentra justificada, en todo caso, en las circunstancias más excepcionales. Que se utilice esta vía en las acciones de clase revela el carácter realmente excepcional (revolucionario?) de este instrumento procesal.

En este punto de la historia, la cuestión del autonombramiento no concentra mayor atención, por más de que se trate de una forma muy extraña de representación. De todos modos, la tensión normativa generada por dicho problema no ha desaparecido. Simplemente, las batallas se concentran en otros frentes que tienen que ver, sobretodo, con los requerimientos de notificación. Todos están de acuerdo en que debe notificarse de algún modo a los miembros innominados de la clase acerca de la demanda pendiente, y la decisión del demandante (o su abogado/a) de nombrarse a sí mismo como representante de la clase. Sin embargo, existe una aguda disputa acerca de cómo realizar este aviso, y acerca de quién debe cargar con los costos que trae aparejados.

Algunos insisten en lo que podría llamarse una notificación personalizada: cada sujeto dentro del grupo debe ser informado de la decisión del demandante de autonombrarse como representante de la clase. El individuo que recibe esta noticia tiene la opción de rechazar la delegación propuesta, ya sea optando por salir de la clase o interviniendo y cuestionando la representación. Quienes sostienen esto aceptan nominalmente el concepto de autodeterminación, pero tratando de recrear una forma más tradicional de mandato que requiere una vinculación consensuada entre el representante y los representados. La única concesión que se hace a las necesidades sociales atendidas por la acción de clase son a) un reordenamiento temporal -el consenso aparece con posterioridad a la designación- y b) la decisión de tratar el silencio o la inacción como formas de consentimiento.

Aquellos que son más favorables a la acción de clase o a los propósitos sociales a que dicha acción sirve, reconocen la importancia de la notificación, pero insisten en que ella tome una forma colectiva: no todos los componentes de la clase, sino sólo algunos, requieren ser informados acerca de la demanda. Para éstos, el propósito de la notificación no es el de construir una vinculación consensual entre el representante y los miembros de la clase, sino más bien el de asegurar que los poderes de la autodesignación no sean abusados. El aviso da cuenta, a una buena porción de los miembros de la clase, acerca de las dificultades que acarrea la representación, y les otorga la oportunidad de oponerse ante los tribunales sobre la adecuación del autonombramiento. La notificación es un instrumento para tornar cierto que el demandante resulte un abogado sólido y efectivo de la clase.

La disputa entre estos dos tipos de anuncio -individual versus colectivo- tiene implicancias económicas muy importantes. En el decisivo caso “Eisen v. Carlisle & Jacqueline”, decidido a mediados de 1970, se estimó que el comunicado en juego podía costar alrededor de U\$S 250.000. El asunto en cuestión tenía que ver con un esquema de fijación de precios por parte de ciertos agentes de bolsa, y el costo provenía de la utilización de envíos postales de primera clase a alrededor de 2.250.000 personas que adquirieron menos de 10 acciones de esos agentes, dentro de un cierto período de tiempo. En contraste, la notificación colectiva era estimada en algo más que U\$S 20.000. El juez en cuestión, creativamente, ideó un sistema de advertencia colectiva que consistió en avisos en los principales periódicos, envíos postales de primera clase a aquellos que eran inversores regulares o inversores importantes dentro del mercado, y otras cartas en primera clase a 5.000 inversores menores, esto es, aquellos que compraron menos de 10 acciones. Los 5.000 resultaban elegidos por azar, entre el grupo de los 2.250.000.

El alto precio de la notificación individual obstaculiza pero no impide necesariamente la acción de clase. Los retornos esperados -el conjunto de reclamos agregados en relación con la probabilidad de ganar- pueden ser tan amplios como para justificar el gasto. Esta cantidad debe ser pagada antes de finalizado el caso. Sin embargo, para el demandante este desembolso puede ser visto como una inversión, que puede provenir del mismo abogado o de un préstamo que solicite.

De modo alternativo, esos gastos pueden resultar relocalizados, y transferidos al demandado. En el caso “Eisen”, los jueces trataron de hacer exactamente eso, pero la Corte Suprema negó tal posibilidad e insistió en que el demandante debía asumirlos. Al realizar este juicio, la Corte desatendió las dimensiones pública de la cuestión -el hecho de que el demandante actúa como un fiscal general privado. De todas maneras, pueden existir otras razones para tomar semejante decisión. Por ejemplo, si tenemos en cuenta los intereses de los miembros innominados de la clase. En algún sentido, estos sujetos pueden resultar beneficiados por la acción del demandante que, tratando de descolocar a su contrario o de incrementar su carga financiera, tiene razón para insistir sobre la extensión de las notificaciones hacia los miembros innominados de la clase. Si las erogaciones involucradas se hicieran pesar sobre el demandante, tales incentivos podrían desaparecer. En segundo lugar, esa relocalización incrementaría enormemente los costos con los que debe cargar el demandado en la defensa de su caso. La presión por desistir se intensificaría enormemente y el derecho del demandado a defender su posición ante los tribunales aparecería muy comprometido. Por tal razón, los jueces condicionaron la relocalización de los costos de la notificación sobre el demandado para el caso en que se comprobara fácticamente que la probabilidad de que el demandado vaya a perder sea muy alta. Pero la participación en la audiencia que debe preceder a tal verificación impone demasiada carga sobre el demandado y exige un debilitamiento de las reglas sobre producción de la prueba dado que anticipa el juicio global sobre el fondo de la cuestión.

Una nueva alternativa sería que el gobierno se hiciera cargo de los costos. Ellos resultarían tratados, entonces, como uno de los tantos desembolsos incurridos en la tarea de mantener el sistema judicial (así como los que se asumen con el pago de los sueldos de los jueces). Esta posibilidad, de todos modos, transformaría el carácter de las acciones de clase. El demandante seguiría siendo un fiscal general privado. Sin embargo, como el fiscal público, tendría un reclamo frente al fisco pero sin ser responsable frente a él en cuanto a sus gastos.

En algún sentido, entonces, puede entenderse la dificultad de reubicar los costos de las notificaciones para depositarlos sobre el demandado o el gobierno. Si se imponen al demandado tenemos problemas, porque dicha actitud hace que el abogado tenga menos incentivos para tomar el caso, pues puede verse obligado a asumir los gastos. Entonces, ¿cuál sería la mejor alternativa? Tal vez se debería optar en favor de la notificación colectiva, dado que ella nos permite ser indiferentes, de algún modo, respecto de sus costos, dado que ellos resultan relativamente bajos. Desde esta perspectiva, la decisión adoptada en el caso “Eisen” aparece como especialmente

desafortunada. En éste, la Corte Suprema no sólo rechazó el esfuerzo de los tribunales de instancia por relocalizar los costos de la notificación, sino que además insistió acerca de una particular forma de comunicación: la notificación individual a cada uno de los 2.250.000 miembros de la clase con nombre y dirección conocidas.

El Alto Tribunal racionalizó este resultado haciendo referencia a las reglas federales de procedimiento. Desde mi punto de vista, la Corte no se encontraba sujeta a estas formalidades, dado que el proceso mediante el cual se redactaron resultó claramente defectuoso. Además, no es claro que la regla particular invocada por la Corte resultara relevante. Esta clasificaba o caracterizaba a la acción de clase de un cierto modo, y la Corte nunca explicó adecuadamente por qué debía catalogársela de forma tal que fuera posible exigir notificaciones individuales. Parece evidente que otras consideraciones, más bien de carácter político, eran las que estaban en juego y las que explicaron la decisión del caso en cuestión. Ciertamente, tales razones también explican las fallas del Congreso, la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, o la misma Corte, en la revisión del lenguaje considerado restrictivo de la regla invocada.

La acción de clase fue la estrella de los años 60. Existió con anterioridad, pero fue durante la época de la Corte Warren donde recibió su enunciación más enfática. Durante los 70 y los 80, la política y el derecho norteamericanos viraron hacia la derecha y las acciones de clase resultaron un blanco frecuente de las fuerzas conservadoras. De hecho, la decisión del caso "Eisen", aparecida en 1974, puede ser vista como una de sus victorias. La notificación individualizada aumentó mucho los costos de las notificaciones y, al quedar a cargo del demandante, tornaron menos atractiva, económicamente, las acciones de clase. Se afecta entonces el entusiasmo del fiscal general privado y con ello se protege, en definitiva, el *status quo*. Esta interpretación acerca de la decisión de la Corte parece ser encomiable cuando se la reconoce como parte de un programa de oposición más amplio a la idea de un fiscal general privado. El proyecto cobró fuerza en los 70 y en los 80, e incluyó la negativa de la Corte a modificar las reglas jurídicas norteamericanas en todo lo que haga a cuestiones de interés público, y repetidos embates de los Republicanos -tanto en la Casa Blanca como en el Congreso- en contra de las organizaciones legales destinadas al servicio social financiadas por el gobierno.

Esta explicación del giro ocurrido en el derecho norteamericano, que vincula el infortunio de las acciones de clase con ciertos desarrollos políticos, puede resultar suficiente. Sin embargo, me parece que en definitiva resulta ser un modo demasiado sencillo de explicar la decisión tomada en "Eisen", ignorando las profundas cuestiones filosóficas presentadas por las acciones de clase. La notificación individualizada es verdaderamente muy costosa y representa una carga importante, pero resulta un intento de responder al extraño hecho creado por esta institución por la cual somos representados en un proceso del que nada conocemos por alguien a quien ignoramos y sobre cuya elección no tenemos injerencia. Desde mi punto de vista, los propósitos sociales a los que sirven las acciones de clase justifican esta forma no demasiado apropiada de representación. De todos modos, resultaría un error ignorar o negar tal dificultad, como no reconocer que se opone a valores individualistas. Dichos

valores adquirieron una dramática expresión en los 70 y en los 80, cuando experimentamos un resurgir del capitalismo ortodoxo y el liberalismo clásico -la más individualista de todas las ideologías. Pero tal vez esto sea sólo una cuestión de énfasis. Los valores individualistas que las acciones de clase cuestionan resultan rasgos persistentes y muy profundos de nuestro derecho, tal vez de todo derecho, y para bien o para mal, siempre van a ejercer una influencia restrictiva en la gran tentación de los reformadores sociales que se encuentran entre nosotros de crear agrupamientos colectivos que sirvan a sus fines.