

CAPÍTULO CUARTO TIPOS DE DERECHOS DE GRUPO

I. (In)compatibilidad de los derechos de grupo con la tradición del derecho civil	45
II. Tipos de derechos de grupo reconocidos en Brasil	50
III. Derechos de grupo transindividuales e indivisibles	53
IV. Los derechos de grupo en la práctica	57
1. Derechos difusos	57
2. Derechos colectivos	59
3. Derechos individuales homogéneos	60
V. Definición legal de derechos de grupo: necesidad de flexibilidad	64

CAPÍTULO CUARTO

TIPOS DE DERECHOS DE GRUPO

I. (IN)COMPATIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE GRUPO CON LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL⁸⁶

En la tradición del sistema de derecho civil (*civil law system*), la ley es aplicada a través de abstracciones: principios legales y conceptos —o respuestas prácticas— son los instrumentos usados para aplicar la ley a los hechos.⁸⁷ Una de esas abstracciones es el concepto de “derecho subjetivo”, el que puede ser definido como un *derecho personal* o un derecho que “pertenece” a alguien (a una persona específica).⁸⁸ Esta abstracción

86 “Derechos de grupo” es el término genérico usado en este ensayo en oposición a derechos individuales. Como se ha visto en el capítulo quinto, sección II, hay tres tipos de derechos de grupo reconocidos en Brasil (difusos, colectivos e individuales homogéneos). En la terminología del *common law*, “derechos de grupo” es un equivalente funcional de “pretensiones de grupo” (*class claims*).

87 Véase Bridge, William *et al.*, “A Different Legal System”, *Doing Business in Mexico* 3.02[3] (Michael Gordon ed., 1992) (“para parafrasear a Holmes, por inversión, la vida del derecho civil no ha sido experiencia, sino lógica”), citado por Smith, James, “Confronting Differences in the United States and Mexican Legal Systems in the Era of NAFTA”, *U. S.-Mex. L. J.*, núm. 1, 1993, pp. 85 y 87-88.

88 Para una explicación en inglés sobre el concepto de “derecho subjetivo”, véase Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, 1989, pp. 125-130. Es revelador que los trabajos de Hans Kelsen, uno de los juristas más influyentes en el enfoque dogmático del derecho en la tradición del derecho civil, ha tenido poca o ninguna influencia en el derecho estadounidense, aunque él enseñó por un largo periodo en los Estados Unidos. Véase Carpi, Federico, “Reflections on the Means Available to Protect Subjective Rights”, *Italian Yearbook of Civil Procedure*, núm. 1, Elio Fazzalari & Maurice Sheridan eds., 1991, p. 305; Shelton, Dinah, “Reconcilable Differences? The Interpretation of Multilingual Treaties”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, núm. 29, 1997, pp. 611 y 619 (advierte que “el término derecho subjetivo no tiene equivalente en inglés”); Hutson, James H., “The Emergence of the Modern Concept of a Right in America: The Contribution of Michel Villey”, *Am. J. Juris.*, núm. 39, 1994, pp. 185 y 189 (dice, citando al autor francés Villey, que “derecho subjetivo es la expresión maestra del pensamiento judicial moderno, un concepto aún más fundamental que el positivismo en la jurisprudencia moderna”). Véase Sacco, Rodolfo, “Diversity and Uniformity in the Law”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 49, 2001, pp. 171 y 182 (donde advierte que “la noción de derecho subjetivo... ha impedido a los juristas alemanes e italianos (y, antes que ellos, a los estudiantes del derecho romano) a afirmar que el *trust* existe también en el continente...”). Un clásico en el tema es Dabin, Jean, *Le droit subjectif*, 1952. Para un análisis crítico del concepto de “derecho subjetivo”, véase Ross, Alf, “Tū-tū”, *Harv. L. Rev.*, núm. 70, 1957, p. 812 (que argumenta que el “derecho subjetivo” es una expresión sin significado y no existe *per se*. Es solamente usada como una conveniente explicación sistemática de relaciones legales entre personas).

es un pilar central del sistema de derecho civil aun cuando recientes desarrollos doctrinales han desgastado algo de su integridad. Si el actor no tiene un “derecho personal” reconocido por el sistema legal, él no puede llegar a tener éxito en el tribunal.⁸⁹

Uno de los más frecuentes argumentos en contra de la introducción de la acción colectiva en Brasil, así como en otros países de derecho civil, fue la objeción de que los derechos del grupo no encajan en los estándares individualistas tradicionales expuestos por los juristas europeos del siglo XIX, que trabajaron bajo la influencia de los Códigos de Napoleón. El razonamiento es simple: puesto que todos los derechos deben pertenecer a alguien, y los derechos de grupo, así como los intereses del medio ambiente, no pertenecen a nadie, ninguno puede reclamar tales derechos en un litigio ante los tribunales. Los derechos sin vínculos no existen en el derecho sustantivo, y por lo tanto no pueden ser exigidos ante un tribunal.⁹⁰

89 Otra abstracción relevante en algunos países de derecho civil que siguen un sistema de jurisdicción administrativa, como Italia, es el concepto de “interés legítimo” (*interesse legittimo*). Sobre la compleja diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos, véase Cappelletti, Mauro y Perillo, Joseph, *Civil Procedure in Italy*, 1965, p. 112; Cappelletti, Mauro *et al.*, *The Italian Legal System: An Introduction*, 1967, pp. 81, 82, 115 y 116: “un derecho (*diritto soggettivo*) se define como un interés directamente garantizado por la ley a un individuo, mientras que el interés legítimo (*interesse legittimo*) se define como un interés individual estrechamente vinculado con el interés público y protegido por la ley sólo a través de la protección legal del último” (cita omitida). Véase Parker, Douglas L., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Colum. J. Transnat’l L.*, núm. 33, 1995, pp. 259 y 278-282 (advierde que en Italia, para tener autoridad de actuar en un procedimiento legal, el actor *debe* alegar en su escrito inicial que el demandado violó un “derecho subjetivo” (*diritto soggettivo*) si el caso se lleva ante los tribunales ordinarios o un ‘interés legítimo’ (*interesse legittimo*) si el caso se lleva en los tribunales administrativos”. Además, “para determinar si un actor alega la existencia de un derecho subjetivo protegido o un interés legítimo y la necesaria posesión (*titolarità*) de tal derecho o interés, los tribunales italianos tienen generalmente que mirar a reclamaciones basadas en *nociones tradicionales de propiedad y de propiedad individual*”. El sistema brasileño, sin embargo, no tiene jurisdicción administrativa, y por ello no hace tal distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

90 Véase Cappalli, Richard y Consolo, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temp. Int’l & Comp. L. J.*, núm. 6, 1992, pp. 217, 289 y 290 (notan que el gran obstáculo para la acción colectiva en Italia es el “continuo centralismo... del papel de la persona perjudicada como el poseedor personal de los derechos, no como representante”); Trocker, Nicolò, “The Protection of Group Interests Through the Civil Courts”, *Italian Yearbook of Civil Procedure*, núm. 1, 1991, p. 125; Le R. de Vos, Wouter, “Reflections on the Introduction of a Class Action in South Africa”, *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg.*, 1996, pp. 639 y 642 (nota que “el obstáculo que ha impedido las acciones de interés público en África del Sur es la bien conocida regla de la legitimación (*locus standi*), la que exige que el actor debe tener un interés personal en el objeto reclamado”). Véase Parker, Douglas L., “Standing to Litigate ‘Abstract Social Interests’ in the United States and Italy: Reexamining ‘Injury in Fact’”, *Colum. J. Transnat’l L.*, núm. 33, 1995, pp. 259, 280 y nota 72; Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, pp. 272-274; Sassani, Bruno, “Définition d’intérêt collectif justifiant les différentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européenne”, *Roma e America*, núm. 5, 1998, pp. 121, 131 y nota 19.

Los abogados del sistema de derecho civil continúan teniendo grandes problemas para superar este obstáculo conceptual, particularmente porque ellos ven al derecho como una ciencia y se apoyan en una sistematización lógica del derecho. Los hechos y las necesidades sociales que no encajan dentro de la tradicional “ciencia jurídica” creada a través de los siglos, o no existen, o no deben existir. Para que se lleve a cabo una innovación legal de gran magnitud, los juristas del derecho civil deben primero llegar a un consenso que cambie la “ciencia”.⁹¹ Este enfoque

Esta oposición probablemente nunca fue expresamente hecha en una publicación académica. Esta perspectiva, sin embargo, fue constante en la profesión legal. Los juristas considerarían el tema sin valor científico, los jueces rechazarían los casos que no cumplieran con los conceptos legales existentes y los abogados no arriesgarían su reputación por proponer tales demandas inadmisibles. Esta dinámica también jugó un papel decisivo en la mente de los juristas del derecho civil, desacreditando fuertemente cualquier propuesta de legislación de acciones colectivas. El Código del Consumidor brasileño, por ejemplo, reflejó este temor de que tribunales y comentaristas no aceptaran los derechos de grupo como un derecho subjetivo, y los llamaron “intereses o derechos”. La misma técnica es usada por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, artículo 11, 2000 (al referirse a ellos como “derechos e intereses colectivos y difusos”). Calmon de Passos, sin embargo, demostró que cualquier interés protegido por el sistema legal es un derecho subjetivo. Véase Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e processo*, 1989, pp. 9-17. El Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica (artículos 53 y 194) y los Códigos de Procedimientos Civiles de Uruguay (artículos 42 y 220) y Perú (artículos IV y 82) se refieren a los derechos de grupo sólo como “intereses”.

Para ver de una forma más completa el desarrollo de las objeciones a la introducción de acciones colectivas en un sistema de derecho civil y respuestas a esas objeciones, véase Giussani, Andrea, *Studi sulle “class actions”*, 1996, pp. 371 y 376-399; Boré, Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, 1997, pp. 412-436; Caballero, Francis, “Plaidons par procureur!, de l’archaïsme procédural à l’action de groupe”, *R. Trim. D. Civ.*, 1985, p. 247; Glenn, Patrick, “A propos de la maxime ‘Nul ne plaide par procureur’”, *R. Trim. D. Civ.*, 1988, p. 59; Courtois, Valérie, *La class action: les raisons de son échec en France*, 1990; Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, pp. 294-299; Carpi, Federico, “Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e la cosa giudicata”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, 1974, p. 957; Cappalli, Richard, y Consolo, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temp. Int’l & Comp. L. J.*, núm. 6, 1992, p. 217; Lindblom, Per Henrik, “Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 45, 1997, pp. 805, 828-830.

91 Véase Denti, Vittorio, “Relazione introduttiva”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, 1976 (Vittorio Denti ed., 1976), p. 18; *idem*, “Interessi diffusi”, pp. 2089 y 2090 (reconoce la tradición doctrinal como un pesado obstáculo para la protección de los derechos de grupo en los tribunales). Véase Merryman, John, *The Civil Law Tradition*, 1985, p. 63 (“como las ciencias naturales, la ciencia legal [en la tradición del derecho civil] es altamente sistemática. Los principios derivan de un estudio científico de datos legales que son hechos para encajar de un modo muy intrincado. Conforme nuevos principios son descubiertos estos deben ser completamente integrados al sistema. Si los nuevos datos no encajan, o bien el sistema debe ser modificado para acomodarlos, o éstos deben ser modificados para encajar en el sistema. De este modo, la conservación de valores sistemáticos se vuelve una consideración importante en la crítica y reforma del derecho”). Para una perspectiva crítica, véase Cappelletti, Mauro *et al.*, *The Italian Legal System: An Introduction*, 1967, pp. 161, 164 y ss. (opinan que “la doctrina procesal se caracteriza por un excesivo énfasis sobre una construcción sistemática y dogmática, a menudo con una estructura puramente teórica divorciada de bases sociales, económicas e ideológicas del derecho”).

dogmático constituye un poderoso obstáculo psicológico para cambiar el *statu quo*.⁹²

En los sistemas de derecho civil, tanto el derecho sustantivo como el procesal han operado tradicionalmente tan sólo en términos de necesidades e intereses individuales.⁹³ Hasta hace poco, el derecho brasileño reflejaba ampliamente las necesidades de una sociedad agrícola e individualista que estaba desapareciendo y que está ahora separada de la nueva tendencia del país de una economía semiindustrializada. El viejo sistema legal no estaba suficientemente bien equipado para lidiar con conflictos colectivos o con conflictos de masas inherentes a la sociedad moderna. Para poder responder a una preocupación creciente de los intereses de grupo, las meras adaptaciones de las normas ya existentes no era suficiente. Era necesario superar los viejos dogmas y construir un nuevo sistema de derecho sustantivo y procesal que pudiera responder a las necesidades de la nueva sociedad de masas.⁹⁴

92 El conservadurismo, sin embargo, no es un monopolio de las jurisdicciones de derecho civil. Véase Andrews, Neil, "Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions", *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001 (opina que "el sistema legal inglés es más reservado que muchos otros sistemas para reconocer nuevas técnicas legales y conceptos").

93 Véase Lindblom, Per Henrik, "Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure", *Am. J. Comp. L.*, núm. 45, 1997, pp. 805 y 816 ("el Código de Procedimientos sueco conoce individuos solamente", parafraseando a Roscoe Pound); Glenn, Patrick, "Class Actions in Ontario and Quebec", *The Canadian Bar Review*, núm. 62, 1984, p. 247 (considera que "el proceso civil judicial, ya sea el contencioso o el de tradición *adversarial* o el de tradición *investigative* está profundamente marcado por una filosofía política liberal"); Thewes, Marc, "Les actions en justice des groupements en droit comparé", *Annales du Droit Luxembourgeois*, núm. 5, pp. 39 y 81 (en donde opina que Francia, Bélgica, Luxemburgo, Alemania y Suiza mantienen un enfoque individualista del derecho y del procedimiento).

94 Véase Taruffo, Michele, "Group Actions in Civil Procedure", *Italian National Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law*, 1990, p. 191 (refiriéndose a una "revolución en la cultura legal y en las instituciones procesales"); Cappelletti, Mauro, "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphoses de la procédure civile)", *R. I. D. C.*, núm. 27, 1975, pp. 571 y 587 (refiriéndose a una "metamorfosis" del sistema procesal legal que demolería las reglas y estructuras tradicionales); *idem*, "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 191 y 208-217 (favorece una "crítica destructiva" y "reforma legal" en vez de una "interpretación manipuladora" de las viejas reglas); Martin, Raymond y Martin, Jaques, "L'action collective", *JCP*, 1984, I, p. 3162 (cuestionan si los juristas franceses estaban listos para un iconoclasmo de sus principios legales tradicionales); Denti, Vittorio, "Relazione introduttiva", *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 18; Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, "Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure", Habscheid, Walter (ed.), *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg*, 1983, pp. 117 y 126 (argumentan que "el problema de proteger los intereses difusos no deriva sólo de un mal funcionamiento técnico del procedimiento civil, sino que ponen en duda la estructura básica de este procedi-

Para desarrollar un sistema de litigio colectivo que fuera aceptable para los abogados del derecho civil fue importante ante todo crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuir los mismos a los grupos. Si el sistema legal no establece específicamente esos derechos, la acción colectiva sería un instrumento procesal sin derechos que proteger.⁹⁵ Esto fue logrado por la Constitución brasileña y por muchas otras leyes sustantivas creadas en las décadas de 1980-1990.⁹⁶ Fue entonces necesario crear las abstracciones necesarias y colocar un “título legal” a los derechos de los grupos. Además, estas abstracciones tenían que

miento, tal como lo hemos conocido por más de un siglo”). En verdad, el problema de proteger los derechos difusos no se limita a las fronteras del procedimiento civil; pone en debate la estructura básica del sistema legal como un todo.

En contraposición, Pisani, Proto, “Apunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 270 (favorece una técnica de interpretación constructiva para adaptar viejas reglas a necesidades actuales). Per Henrik Lindblom se preocupa contra el riesgo de “arrojar al niño afuera junto al agua sucia”, y sugiere que “en vez de echar abajo y reconstruir el procedimiento civil tradicional para satisfacer las reclamaciones de las masas, éstas deberían adaptarse a la tradición individualista procesal en cuanto sea posible”. Lindblom, Per Henrik, “Individual Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 45, pp. 805 y 819. Véase Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 1991, p. 304 (que adopta un tono más prudente al de sus primeras publicaciones y explica que “aún los más sagrados principios... deben ser... reconsiderados en vista de las necesidades cambiantes de las sociedades contemporáneas. Esta reconsideración, sin embargo, no significa un abandono sino más bien adaptación... Una visión individualista del debido proceso procesal debe ser substituida, o bien estar integrada con un concepto social o colectivo del debido proceso”); Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg* (Walter Habscheid ed., 1983), p. 156 (opinando que “algunas veces modificar los derechos individuales inflexibles y tradicionales, como el debido proceso, pueden causar el riesgo de dar a los poderosos otra arma contra los relativamente débiles”); Monteleone, Girolamo, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, 1978, p. 178.

⁹⁵ Véase Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, 1982, t. I, p. 213 (advierte que “una acción colectiva es sobre todo un instrumento técnico procesal, designado para dar efecto a los proveimientos legales existentes en el derecho positivo... si el derecho sustantivo no establece un proveimiento adecuado, la acción colectiva no será de utilidad a las personas agraviadas”). Véase Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, 2000, pp. 98, 99 y 125-128 (diferencia la “protección” procesal en los tribunales de los derechos de grupo ya existentes, de la “creación” de derechos de grupo en el derecho sustantivo, y advierte que ante la ausencia de un remedio directamente aplicable en el derecho sustantivo, el caso no es posible de ser juzgado. En estas circunstancias, los conflictos masivos de intereses solamente pueden ser resueltos en el nivel político.)

⁹⁶ Estas leyes tratan, por ejemplo, con el medio ambiente, mercado de valores, antimonopolios, tradición cultural, finanzas públicas, consumidores y derechos de las minorías. Véase Leal, Márcio, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, 1998, p. 117; Vigliar, José, *Tutela jurisdiccional coletiva*, 1999, pp. 106-127; Souza, Motauri, *Interesses difusos em espécie*, 2000; Leite, José, *Dano ambiental: do individual ao coletivo extra patrimonial*, 2000.

ser conceptuadas de una manera que diera a los juristas y jueces la tranquilidad de un enfoque familiar y científico. Solamente entonces un instrumento procesal para reivindicar los derechos de los grupos pudo ser exitosamente elaborado y utilizado.⁹⁷

Con esperanza y aprehensión, los juristas brasileños fueron testigos de esta dialéctica creación legislativa de nuevos derechos sustantivos y medios procesales, que derogaron los conceptos legales previamente establecidos.⁹⁸ Quince años después de la promulgación de la primera ley brasileña sobre acción colectiva, está claro que la aprehensión inicial no era correcta y que no había razón para temer que este cambio comprometiera la integridad estructural de los sistemas de derecho civil. El mismo espíritu de adhesión al derecho escrito permaneció y los mismos principios fundamentales del derecho fueron mantenidos. El derecho escrito solamente cambió en un punto específico, para crear un nuevo instrumento procesal que proponía facilitar el acceso a la justicia de los derechos de grupo.⁹⁹

II. TIPOS DE DERECHOS DE GRUPO RECONOCIDOS EN BRASIL

El artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil enumera las categorías de derechos de grupo que pueden ser protegidos por las acciones colectivas en Brasil.¹⁰⁰ El artículo 81 clasifica a los derechos de grupo en “difusos”, “colectivos” e “individuales homogéneos”¹⁰¹ Estos tres tipos

97 Véase Pisani, Proto, “Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 269 (opina que una vez que la Constitución y las leyes establecen nuevos derechos sustantivos, es imperativo otorgar protección judicial a esos derechos).

98 *Vid. supra*, capítulo tercero, “Breve historia”.

99 Véase Capelletti, Mauro y Garth, Bryant, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law*. Würzburg (Walter Habscheid ed., 1983), pp. 156 y 157 (opinan que una acción colectiva es tan sólo un método para asegurar la legalidad: “la protección de intereses difusos puede ser vista simplemente como un problema para asegurar que la conducta de grandes instituciones se adecue a la constitucionalidad y a la legalidad”). En verdad, la acción colectiva sólo otorga legitimidad para invocar la jurisdicción de los tribunales y pedirles la aplicación de un recurso legal a una situación de ilegalidad masiva.

100 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 81, traducido, *infra*, capítulo décimo, sección I.

101 *Vid. infra*, capítulo quinto, sección IV, “Derechos de grupo en la práctica”. La ley brasileña adopta una estructura similar a aquella sugerida en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal

de “derechos de grupo” teóricamente corresponden a tres tipos de acciones colectivas, cada una con una pequeña diferencia en su procedimiento y en la finalidad del juicio.

Como en la regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil de Estados Unidos, que entró en vigor en 1938 en su versión original, el procedimiento de la acción colectiva brasileña depende en gran medida de las características del derecho protegido ante el tribunal.¹⁰² A primera vista, este enfoque puede parecer tan complicado, abstracto y difícil de aplicar como las antiguas acciones colectivas norteamericanas de tipo “true”, “hybrid” y “spurious”, donde el tribunal tenía que clasificar los derechos como “joint”, “common”, “secondary” o “several”.¹⁰³ Esta comparación no es exactamente correcta, pero el fundamento lógico es el mismo: los hechos deben quedar circunscritos en la tipología de la regla escrita. Aunque la clasificación brasileña de los derechos de grupo no es tan abstracta y confusa como la versión original de la regla 23 de los Es-

que tuvo lugar en Würzburg en 1983 (“La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el litigio civil”). Véase Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg* (Walter Habscheid ed., 1983), p. 117.

En contraste con los enfoques francés y alemán, los juristas italianos ven la protección de los derechos de grupo en los tribunales desde el punto de vista del derecho sustantivo y no desde el punto de vista del recurso procesal. La ciencia jurídica italiana es particularmente rica en intentos de definir los conceptos de derechos difusos y colectivos. Hay casi tantas diferentes definiciones como existen juristas estudiando el tema. Véase *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976); *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato* (Antonio Gambaro ed., 1976); Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processola legittimazione ad agire*, 1979; Ruffolo, Ugo, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, 1985; Costantino, Giorgio, “Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile”, *Dir. e Giur.*, 1974, p. 817; Denti, Vittorio, “Interessi diffusi”, *App. Nov. Dig. It.*, t. IV, p. 305; Trocker, Nicolò, “Interessi collettivi e diffusi”, *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII. Para un resumen en inglés del debate italiano, véase Cappalli, Richard, y Consolo, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temp. Int'l & Comp. L. J.*, núm. 6, 1992, pp. 217, 264-266 y nota 270; Trocker, Nicolò, “The Protection of Group Interests Through the Civil Courts”, *Italian Yearbook of Civil Procedure*, núm. 1 (Elio Fazzalari & Maurice Sheridan eds., 1991), p. 125.

Brasil se ha beneficiado muchísimo del largo debate en Italia, pero ha creado un enfoque original y funcional de la definición jurídica de los derechos de grupo, no solamente al distinguir los derechos difusos de los colectivos, sino también al crear la nueva categoría de derechos individuales homogéneos. Véase Prade, Péricles, *Conceito de interesses difusos*, 1987; Mancuso, Rodolfo, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, 2000. Véase Calmon de Passos, “Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena ‘pensar’ de novo?”, *Seleções Jurídicas* 25, 1993 (ofreciendo un análisis crítico).

102 Véase regla 23 de las Federal Rules Civil Procedure, de 1938.

103 *Idem*.

tados Unidos, hay gran cantidad de coincidencias y confusión en los conceptos brasileños.¹⁰⁴

De acuerdo con el artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, el *derecho difuso* es un derecho transindividual e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El *derecho colectivo* es también “transindividual” e “indivisible”, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica. Los *derechos individuales homogéneos* son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común.¹⁰⁵

El artículo 81 es el equivalente en el sistema de derecho civil a la regla 23(b) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil norteamericanas.¹⁰⁶ La comparación de estas reglas refleja una profunda diferencia filosófica entre los dos sistemas procesales: mientras que los abogados en las jurisdicciones del *common law* piensan en la ley en términos de “tipos de acciones” o “tipos de hechos”, los abogados de derecho civil (*civil law*) piensan en términos de “tipos de derechos sustantivos”. La clasificación no es la misma en ambos sistemas, pero hay algunas similitudes. Como regla general, puede decirse que derechos “difusos” y “colectivos” son los que pertenecen al grupo como un todo, tales como aquellos protegidos por una orden de hacer y no hacer (*injunction*) o por daños globales del grupo. En contraste, “derechos individuales homogéneos” se conciben para la protección de derechos subjetivos individuales, tales como las acciones colectivas por daños individuales (*class actions for individual damages*).¹⁰⁷

104 El legislador brasileño pudo haber evitado este resultado si hubiera aprendido con la historia de la acción colectiva norteamericana, de que es un error establecer diferentes procedimientos para subcategorías de acciones colectivas. En el derecho norteamericano sobre acción colectiva, las reglas de notificación (*notice*) y de “optar por salir” (*opt out*) están incorrectamente diferenciadas en las acciones colectivas de daños [23(b)(3)], comparadas con los otros dos tipos de acciones colectivas. Igualmente, en el derecho brasileño sobre acciones colectivas, las reglas de intervención de un miembro del grupo y de la cosa juzgada son innecesariamente diferentes en las acciones colectivas presentadas para proteger derechos individuales homogéneos y los otros dos tipos de acciones colectivas.

105 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 81, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

106 Véase regla 23(b), de las Federal Rules Civil Procedure, traducida *infra*, capítulo décimo, sección II.

107 Un ejemplo de daño global de grupo es el daño ambiental a un río (violación de un derecho difuso), y un ejemplo de daños individuales que provienen de la misma situación son los daños económicos sufridos por cada pescador (violación de derechos individuales homogéneos).

III. DERECHOS DE GRUPO TRANSINDIVIDUALES E INDIVISIBLES

Antes de ilustrar cada derecho de grupo debe primero explicarse el concepto que yace en un “derecho transindividual” y el concepto relacionado de “indivisibilidad del derecho”.

El concepto de un “derecho transindividual” (o “supraindividual”) sólo significa que el derecho no es individual, sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Trasciende al individuo y sin embargo no es una mera colección de derechos individuales.¹⁰⁸ En consecuencia, es legalmente irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo y quién es en última instancia el titular del derecho transindividual.¹⁰⁹ Un derecho “transindividual”, tal como la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario, o la seguridad de los productos, pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al gobierno. En términos económicos consiste en un “bien público”. En consecuencia, este derecho se encuentra situado en medio del derecho público y privado.¹¹⁰

Aunque los derechos transindividuales se ubican a la mitad del camino entre los derechos individuales y el interés público, algunos casos clasificados tradicionalmente en algunas jurisdicciones bajo la categoría de “litigio de interés público” son considerados en Brasil como acciones colectivas en protección de derechos transindividuales.¹¹¹

108 Véase Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, p. 723; Arruda Alvim *et al.*, *Código do Consumidor comentado*, 1995, p. 366.

109 Compárese Arruda Alvim *et al.*, *Código do Consumidor comentado*, 1995, p. 365 (opinan que es legalmente irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo) con Calmon de Passos, “Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena ‘pensar’ de novo?”, *Seleções Jurídicas*, 1993, pp. 25 y 28 (el que piensa que es esencial el determinar individualmente a cada miembro del grupo, porque el demandado tiene derecho al debido proceso legal para defenderse).

110 El sistema de derecho civil tradicionalmente divide al derecho en privado y público, consistiendo el primero en el derecho civil (daños, contratos, propiedad) y el derecho mercantil, y el segundo en el derecho constitucional, administrativo y penal. Véase Merryman, John, *The Civil Law Tradition*, 1985, pp. 68-79 y 133-141. El reconocimiento de derechos de grupo condujo a la necesidad de aceptar que había un *tertium genus* entre el derecho público y privado. Véase Cappelletti, Mauro, “La protection d’intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphoses de la procédure civile)”, *R. I. D. C.*, núm. 27, 1975, pp. 571, 574 y 575; Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure”, *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg* (Walter Habscheid ed., 1983), pp. 117 y 123-128; véase Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, 2000, pp. 97-108.

111 Sobre litigios de interés público en los Estados Unidos, véase Homburger, Adolf, “Private Suits in the Public Interest in the United States of America”, *Buffalo L. Rev.*, núm. 23, 1974, p. 343; Chayes,

El reconocimiento de un derecho que pertenece a un grupo indeterminado de personas sin personalidad jurídica es alejarse del dogma tradicional del derecho civil.¹¹² La ley brasileña incorporó el concepto de “transindividualidad” porque el legislador sintió la necesidad de reconocer explícitamente la existencia de una nueva categoría de derechos positivos para evitar errores de interpretación por parte de los tribunales y juristas más conservadores, que de otro modo podrían malinterpretar la ley.

El concepto de “indivisibilidad de derecho”, no obstante, es prácticamente relevante y fácil de entender. El derecho es indivisible puesto que no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes. Esto significa que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que si se satisface a un miembro del grupo, ello implica la satisfacción de las pretensiones de todos ellos, y cuando

Abram, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harv. L. Rev.*, núm. 89, 1976, p. 1281; *idem*, “The Supreme Court, 1981 Term: Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court”, *Harv. L. Rev.*, núm. 96, 1986, p. 4; Marcus, Richard, “Public Law Litigation and Legal Scholarship”, *U. Mich. J. L. Ref.*, 1988, p. 647; Weinstein, Jack, “Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation”, *Nw. U. L. Rev.*, núm. 88, 1994, p. 469 (argumenta que los casos de daños masivos [*mass tort cases*] son equivalentes a los litigios públicos); Mullenix, Linda, “Mass Torts Public Law Litigation: Paradigm Misplaced”, *Nw. U. L. Rev.*, núm. 88, 1994, p. 579 (en desacuerdo con el juez Jack Weinstein, y distinguiendo daños masivos del litigio de interés público).

Para una perspectiva comparada, véase Kötzt, Hein, “Public Interest Litigation: A Comparative Survey”, *Access to Justice and the Welfare State* (Mauro Cappelletti ed., 1981), p. 85; Feldman, David, “Public Interest Litigation and Constitutional Theory in Comparative Perspective”, *M. L. R.*, núm. 55, 1992, p. 44; Langer, Vera, “Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 36, 1988, p. 279; Greve, Michael, “The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law”, *Cornell Int'l L. J.*, núm. 22, 1989, p. 197. Véase Thewes, Marc, “Les actions en justice des groupements en droit comparé”, *Annales du Droit Luxembourgeois*, núm. 5, 1995, pp. 39, 50 y 64 (advierte que el estudio de casos en Francia y Luxemburgo revela reglas liberales en las acciones presentadas por asociaciones para proteger los intereses colectivos de sus miembros (*intérêts collectives de leurs membres*), pero no permiten la protección del interés general (*intérêt general*). Véase *Public Interest Litigation Before European Courts* 385 (Hans-W. Micklitz y Norbert Reich eds., 1996) (donde analizan recientes desarrollos en Europa).

112 Una ficción legal relativamente reciente que se parece mucho a la necesidad contemporánea de reconocer un derecho transindividual es la posibilidad de una empresa de tener derechos y de protegerlos ante un tribunal (personas artificiales o legales distintas de personas naturales o físicas). En el litigio colectivo es como si el grupo fuese una empresa, con la diferencia de que en la acción colectiva el grupo no tiene reconocimiento legal previo (*incorporation*) y así no tiene personalidad legal; no tiene existencia legal reconocida por la ley. Véase Yeazell, Stephen, *From Medieval Litigation to the Modern Class Action*, pp. 1, 2, 20 y 21 (opina que grupos que no tenían una organización previa pueden llegar a ser por medio de las acciones colectivas una “entidad litigante” capaz de proponer demandas en el tribunal).

los derechos de uno de los miembros son violados, ello implica la violación de los derechos de todo el grupo.¹¹³ Por lo tanto, cuando el derecho es indivisible no es posible limitar la protección legal a miembros específicos del grupo.

Un buen ejemplo para ilustrar los conceptos de “derecho transindividual” y “derecho indivisible” es el transmitir al aire un anuncio publicitario engañoso o falso. Puesto que este anuncio lesiona a la comunidad como un todo, no solamente a individuos específicos, una acción colectiva con orden de hacer o no hacer (*injunctive class action*) que remueva este anuncio engañoso del aire beneficia a toda la comunidad. Por razones prácticas, este derecho es considerado indivisible, porque la transmisión del anuncio no puede ser eliminada de una televisión y no de las otras. Por otra parte, el derecho individual a daños monetarios por las lesiones causadas por el mismo anuncio es ejemplo de un derecho que ni es indivisible ni transindividual. El derecho sustantivo brasileño concede daños cuando un consumidor es lesionado por un anuncio engañoso o falso.¹¹⁴ Sin embargo, las diferentes demandas individuales por daños que deriven del mismo anuncio pueden ser decididas en forma diferente por diversos tribunales, aunque las reclamaciones sean similares. Algunos consumidores pueden no convencer al tribunal de que ellos fueron engañados por el anuncio o que el anuncio era falso, mientras otros pueden presentar un fuerte caso de pago de daños. Los derechos son divisibles entre los miembros del grupo, y cada persona tiene su propio derecho procesal para exigir daños.¹¹⁵

El reconocimiento del concepto de la indivisibilidad de las pretensiones colectivas sería una importante evolución en el derecho norteamericano. Sería un criterio importante, por ejemplo, para decidir si debe existir un “derecho a salir” del grupo o no (*right to opt out*). Por ejemplo, en un

113 Véase Pisani, Proto, “Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 263, 264 y 278; Barbosa Moreira, “A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro”, *Temas de direito processual*. Terceira Série, 1984, p. 184; Grinover, Ada P., “As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas”, *Novas tendências do direito processual*, 1990, pp. 45 y 51; Calmon de Passos, “Substituição processual e interesses difusos, coletivos e homogêneos. Vale a pena ‘pensar’ de novo?”, *Seleções Jurídicas*, 1993, pp. 25 y 26.

114 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 37.

115 Comprender que la misma situación de hecho puede dar lugar a diferentes tipos de derechos de grupo (difusos, colectivos e individuales homogéneos) es esencial para la comprensión del efecto de cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas. *Vid. infra*, capítulo séptimo, “Cosa juzgada”.

caso de pretensión indivisible (proveimiento indivisible desde la perspectiva del *common law*) no habría “derecho a salir” (acciones colectivas obligatorias, *mandatory class actions*), mientras en casos relativos a pretensiones divisibles el derecho a salirse del grupo podría ser un derecho de los miembros o discrecional del juez.¹¹⁶ La forma en que el tema es actualmente regulado en la regla 23 parece un poco arbitraria. El hecho de que la regla 23 limite la posibilidad de salir solamente en las acciones colectivas para daños individuales (*class actions for damages*) perturba a quien busca encontrar bases racionales en el derecho.¹¹⁷

Aun cuando las acciones colectivas fueron creadas en Brasil solamente para facilitar el acceso a la justicia, la categoría de derechos indivisibles puede también entenderse dentro del espíritu de la Regla Federal norteamericana 23(b)(1)(A): litigios individuales crearían el riesgo de establecer “modelos incompatibles de conducta para la contraparte del grupo”.

En el litigio de derechos indivisibles en los Estados Unidos, tal como una acción colectiva que busca una orden para evitar la discriminación racial en un sistema escolar de la ciudad, se puede llegar a crear una tensión si los miembros del grupo no están de acuerdo con la forma en que el litigio debe ser llevado o con el remedio procesal buscado por el representante.¹¹⁸ Éste es un serio problema que debe ser enfrentado por el juez

116 Véase Cooper, Edward, “Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process”, *N. Y. U. L. Rev.*, núm. 71, 1996, pp. 13, 33, 34, 70 y 71 (propone la reforma a la regla 23, añadiendo una nueva subdivisión (c)(1)(A) que daría facultad discrecional al juez para determinar si la acción colectiva debe proceder sobre las bases de “optar por salir” (*opt out*) o de “optar por entrar” (*opt in*)).

117 Véase regla 23(c)(2)(A) de las Federal Rules of Civil Procedure (que limita el derecho de optar por salir solamente a las acciones colectivas por daños individuales [*class actions for damages*]). Es entendible que la acción colectiva de tipo (b)(1) debe ser obligatoria, sin derecho de salir, porque su objetivo es evitar decisiones contradictorias. Sin embargo, no hay una razón esencial por qué este derecho se niega *a priori* para los miembros en las acciones colectivas de tipo (b)(2) y permite para los miembros en las acciones colectivas de tipo (b)(3). No es un argumento convincente decir que en las acciones colectivas de tipo (b)(2) los grupos son generalmente más cohesivos que los grupos en las acciones colectivas de tipo (b)(3). Véase Wright *et al.*, *Federal Practice and Procedure Civil*, núm. 7B, 2a. ed., 1986, p. 255; Kamp, Allen, “Adjudicating the Rights of the Plaintiff Class: Current Procedural Problems”, *St. Louis U. L. J.*, núm. 26, 1982, pp. 364 y 392-394; Cottreau, Steven, “The Due Process Right to Opt Out of Class Actions”, *N. Y. U. L. Rev.*, núm. 73, 1998, p. 480.

De acuerdo con algunos juristas, la solución ideal es el derecho de “optar por salir” en todos los casos. Véase Note, “Developments in the Law Class Actions”, *Harv. L. Rev.*, núm. 89, 1976, pp. 1318 y 1488. También Friedman, Mark, “Constrained Individualism in Group Litigation: Requiring Class Members to Make a Good Cause Showing before Opting Out of a Federal Class Action”, *Yale L. J.*, núm. 100, 1990, pp. 745, 761 y 762 (donde presenta ideas y propuestas sobre optar por salir).

118 Véase Bell, Derrick, “Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation”, *Yale L. J.*, núm. 85, 1976, p. 470; Rhode, Deborah L., “Class Conflicts in Class Actions”, *Stan. L. Rev.*, núm. 34, 1982, p. 1183; Garth, Bryant G., “Conflict and Dissent in Class Actions: A Suggested Perspective”, *Nw. U. L. Rev.*, núm. 77, 1982, pp. 492 y 499-504; Rubenstein,

y que no puede superarse por el fácil camino de que los miembros inconformes se salgan del grupo (*opt out*). El problema existe en menor grado en el litigio de un derecho divisible en el cual, si las diferencias son irreconciliables, los miembros insatisfechos pueden optar por salirse del grupo.

IV. LOS DERECHOS DE GRUPO EN LA PRÁCTICA

Algunos ejemplos ilustran los tres tipos de derechos de grupo que pueden ser protegidos a través del litigio colectivo y permiten comprender las acciones colectivas brasileñas. Puesto que esta es un área en la que el procedimiento civil está relacionado estrechamente con el derecho sustantivo, algunos ejemplos pueden no ser encontrados en otras jurisdicciones.

1. *Derechos difusos*

Los ejemplos más claros de derechos difusos se encuentran en los campos de la protección del medio ambiente y del consumidor.¹¹⁹ El derecho a un medio ambiente sano y la veracidad en los anuncios publicitarios pertenece a todos en la comunidad, y, al mismo tiempo, no pertenece a nadie en particular.

En el caso de la contaminación en una bahía, por ejemplo, es evidente que la bahía no pertenece a nadie en particular. La contaminación de sus aguas dañaría a la comunidad en su conjunto, y la limpieza del agua beneficiaría al grupo en su totalidad: es una pretensión indivisible. Este derecho pertenece a la comunidad como un todo, no a los miembros individuales del grupo. Es un derecho transindividual, no un derecho individual. Puesto que no hay un derecho de propiedad en riesgo, este conflicto no puede ser comparado con las controversias entre vecinos del siglo XIX, y no puede ser resuelto por las reglas tradicionales.

En una acción colectiva para la protección de derechos difusos, el tribunal puede emitir varios tipos de órdenes. Los ejemplos pueden incluir

William, "Divided We Litigation. Addressing Disputes Among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns", *Yale L. J.*, núm. 106, 1997, p. 1623.

119 Numerosos ejemplos prácticos de acciones colectivas para proteger derechos difusos se encuentran en Findley, Roger, "Pollution Control in Brazil", *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988, pp. 1 y 45-49 (donde describe varias acciones colectivas sobre el medio ambiente propuestas en Brasil por el Ministerio Público).

una orden para evitar daños futuros, una orden para restaurar el *statu quo ante*, o el pago de una cantidad por daños que compensen el daño global causado a la comunidad, o todos estos remedios, de acuerdo con las necesidades de cada caso específico. Las leyes brasileñas de acción colectiva favorecen la ejecución específica de la conducta debida (*tutela específica da obrigação de fazer ou no fazer*) ejercida a través de multas diarias. Sólo cuando una conducta específica no es posible existe un pago por daños.¹²⁰ Este pago se entrega a un fondo del gobierno.¹²¹ En el ejemplo del litigio ambiental, el tribunal puede obligar al contaminador a no depositar el desecho químico en la bahía, así como obligar al demandado a instalar un filtro, ordenar la limpieza de las aguas que fueron contaminadas o exigir el pago del daño global causado al medio ambiente. En caso de un anuncio publicitario engañoso, el tribunal puede ordenar que el anuncio no sea difundido, o que se haga una corrección al anuncio a costa del demandado, así como imponer el pago por el daño global causado a los consumidores.

Sin embargo, es importante subrayar que el derecho protegido por medio de este tipo de acción colectiva es un derecho difuso. Como fue antes señalado, un derecho difuso es transindividual e indivisible; pertenece a un grupo de gente no identificable, sin vínculos previos, que solamente están relacionados entre sí por un acontecimiento específico.¹²² En consecuencia, la protección de derechos difusos ante el tribunal no impide la protección de los derechos individuales de los miembros del grupo lesionados por la conducta ilegal del demandado.¹²³ Los miembros del grupo realmente lesionados por la contaminación o por el anuncio pueden aun reclamar daños individuales, ya sea individualmente o por medio de la acción colectiva de daños individuales.¹²⁴

120 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 84, párrafo 1; Ley de Acción Civil Pública, artículo 11.

121 *Vid. supra*, capítulo cuarto, sección IV, “Innovaciones creadas con las acciones colectivas brasileñas”.

122 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 81, párrafo único, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

123 Además, ello no afecta que sea aplicado el derecho penal. En el derecho brasileño las conductas antes descritas pueden constituir un crimen, de acuerdo con las leyes del consumidor y del medio ambiente.

124 *Vid. infra*, capítulo quinto, sección IV.3, “Derechos individuales homogéneos”.

2. *Derechos colectivos*

El derecho colectivo es definido por la ley en términos semejantes al derecho difuso.¹²⁵ Un derecho colectivo también es definido como transindividual e indivisible. Sin embargo, éste difiere del derecho difuso en que en lugar de que el grupo esté constituido por un número indefinido de personas ligadas tan sólo por hechos circunstanciales (vivir en el mismo vecindario, comprar el mismo producto, ver el mismo programa de televisión, etcétera), los miembros del grupo en el caso de los derechos colectivos están ligados unos a otros, o a la contraparte, por una relación jurídica previa.

La relación jurídica común preexistente hace que la pertenencia en un grupo sea más definida en el caso de los derechos colectivos que en el caso de los derechos difusos. Por ejemplo, cuando un banco, una compañía de tarjetas de crédito o una escuela cobran honorarios excesivos o ilegales a sus clientes; o una empresa de seguro médico rehúsa dar tratamiento en el caso de ciertas enfermedades, todos ellos están violando los derechos colectivos de sus clientes. En estos casos existe una relación contractual que liga a todos los miembros del grupo (consumidores) con la parte opuesta (compañía). Por lo que la pretensión para que sea dada una orden (*injunctive claim*) en contra del demandado para que cese de cobrar honorarios abusivos o ilegales o para que cumpla sus prácticas conforme al derecho sustantivo cae en esta categoría. Como generalmente cada contrato se rige por las mismas reglas (usualmente las de un contrato de adhesión) y cada miembro está sujeto al mismo derecho sustantivo, la decisión sobre la legalidad de la conducta del demandado es idéntica para todos los miembros del grupo. Ésta es una cuestión común de derecho (*common question of law*), que permite una sentencia uniforme que afectará los intereses de todos los miembros del grupo.¹²⁶

La ley define que los derechos colectivos son transindividuales e indivisibles.¹²⁷ En algunos casos el derecho colectivo puede ser verdaderamente

125 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección II, “Tipos de derechos de grupo reconocidos en Brasil”; *vid. infra* la traducción del artículo 81, párrafo único, II.

126 Es importante reiterar que al contrario de lo que sucede en los Estados Unidos, el derecho privado y el procesal en Brasil son derecho federal, regulados por códigos nacionales y uniformes en los 26 estados. No hay problemas de “conflictos de leyes” (*private international law* o *conflicts of laws*) en el derecho brasileño. Conforme a la estructura del sistema constitucional brasileño, las legislaturas estatales tienen competencia legislativa limitada a cuestiones de interés local. Véase Constitución brasileña, artículo 25 y ss., 1988.

127 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección II, “Tipos de derechos de grupo reconocidos en Brasil”; véase Código del Consumidor, artículo 81, párrafo único II, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

indivisible, como cuando la controversia concierne la calidad de educación dada en cierta escuela.¹²⁸ En este caso no hay un derecho individual separado para cada estudiante de una educación competente. Este derecho de grupo es indivisible porque es imposible dividirlo en cuotas atribuibles a cada miembro del grupo. En consecuencia, no puede ser dividido en pretensiones individuales o limitar el remedio otorgado a miembros específicos del grupo. Los intereses de los miembros del grupo están tan estrechamente relacionados, que si la protección es otorgada a un solo miembro esto implicaría satisfacer las reclamaciones de todas las demás personas, y si los derechos de uno de los miembros son violados esto implicaría la violación de los derechos de todo el grupo. Desde este punto de vista, hay poca diferencia entre los derechos colectivos y los derechos difusos.¹²⁹

Sin embargo, esto no es necesariamente correcto en todos los casos de derechos colectivos. A diferencia de los ejemplos de los derechos difusos (contaminación de una bahía o anuncios por televisión), en los ejemplos anteriores de derechos colectivos el demandado puede cobrar honorarios ilegales o rehusar dar tratamiento a alguna persona, pero no a todos sus clientes. Además, un miembro del grupo puede tener éxito en su acción individual, mientras otro no. En estos casos, el derecho colectivo es divisible en derechos individuales que tienen los miembros del grupo. La indivisibilidad de los derechos colectivos deriva solamente de la autorización legal de tratar la controversia colectivamente dando la posibilidad de una sentencia uniforme e indivisible del caso. Desde este punto de vista, hay poca diferencia entre los derechos colectivos y los derechos individuales homogéneos.¹³⁰

3. *Derechos individuales homogéneos*

Los derechos difusos y colectivos son un nuevo producto de la ideología de finales del siglo XX, que buscan proteger el medio ambiente, a los consumidores y los derechos de las minorías, así como otros derechos de grupos por medio de órdenes (*injunctions*) aplicables al grupo como un todo. Éstos

128 Véase Nery, Nelson Junior y Nery, Rosa, *Código de Processo Civil comentado*, 1997, p. 1394.

129 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección III, “Derechos de grupo transindividuales e indivisibles”.

130 Véase Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, pp. 26-28. Véase también Camargo Rodolfo de, Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, 1991, p. 276; Grinover, Ada P., “A coisa julgada perante a Constituição, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e o Código de Defesa do Consumidor”, *Livro de Estudos Jurídicos*, núm. 5, 1992, p. 412; Leal, Márcio, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, 1998, pp. 188-200.

son, por lo tanto, una nueva categoría de derechos sustantivos, una abstracción creada por científicos legales enfocada a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas. Los derechos individuales homogéneos, sin embargo, son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como “derechos subjetivos”. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (*class actions for damages*).

En una controversia masiva, muchas pretensiones individuales por daños pueden derivar de un “origen común” (cuestión común de hecho o de derecho).¹³¹ La violación de derechos difusos puede determinar la violación de una serie de derechos individuales relacionados. Debido a que estos derechos individuales tienen un origen común es que son llamados “homogéneos”.¹³² En la discusión anterior sobre la indivisibilidad del derecho difuso, el ejemplo fue dado sobre una demanda para terminar la programación de un anuncio publicitario engañoso. Tal demanda protege un derecho difuso; los derechos individuales por daños derivados del mismo anuncio son derechos individuales homogéneos.¹³³

El concepto de derechos “homogéneos” existe también en el ejemplo anteriormente mencionado de la contaminación de una bahía.¹³⁴ Por ejemplo, supongamos que los habitantes de un área sean dañados por la contaminación, algunos pueden desarrollar problemas de salud, otros —como los pescadores o los dueños de las tierras— pueden sufrir daños en sus propiedades. La pretensión colectiva que haga responsable al demandado con respecto a los miembros individuales del grupo cae bajo el concepto de derechos individuales homogéneos.

Igualmente, la violación de derechos colectivos puede determinar la violación de una serie de derechos individuales relacionados. Las demandas individuales por daños sufridos por cada cliente, en el ejemplo de la empresa de seguro médico que rehúsa ilegalmente a dar un tratamiento, también cae dentro de esta categoría.¹³⁵

131 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 81, párrafo único, III, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

132 Comprender este punto es esencial para entender el efecto de cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas. Véase capítulo séptimo, “Cosa juzgada”.

133 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección IV.1, “Derechos difusos”.

134 *Idem*.

135 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección IV.2, “Derechos colectivos”.

La ley brasileña no establece, y probablemente no podría establecer, una definición clara de derechos individuales homogéneos. Tan sólo menciona que ellos son derechos de un origen común, sin explicar lo que es un “origen común”. Sin embargo, el origen común es correlativo a la más amplia pero más precisa noción de “cuestión común de derecho o de hecho” (*common question of law or fact*) utilizada en el derecho norteamericano. Es crucial a este concepto de “origen común” que los derechos individuales tengan la misma o semejante causa de pedir. Esto es lo que define a los derechos individuales como “homogéneos”, y permite que se les dé un trato y una sentencia uniformes. Los derechos o pretensiones continúan —sin embargo— siendo solamente una colección de derechos individuales personales separados (*derechos subjetivos*) individualmente apropiados por cada miembro del grupo.

“Origen común” no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el “origen común” de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo.¹³⁶ En el caso de la contaminación de una bahía, el daño puede haber sido causado durante años de interminables desperdicios nocivos que se esparcían, y no por un acto aislado. En el caso de un anuncio publicitario engañoso, no importa si algunos individuos fueron engañados durante una transmisión y otros por otra o en una ciudad diferente, siempre y cuando exista suficiente vínculo entre los anuncios.

La acción colectiva brasileña por daños individuales es básicamente una “acción colectiva parcial” (*issue class action*), en oposición a su contraparte estadounidense.¹³⁷ Su finalidad se limita a declarar la responsabi-

¹³⁶ Véase Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, p. 724; *idem*, “Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”, *As garantias do cidadão na justiça* (Sálvio Teixeira ed., 1993), p. 189; Arruda, Alvim et al., *Código do Consumidor comentado*, 1995, pp. 371, 377 y 380; Gidi, Antonio, *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, pp. 31 y 32, 1995.

¹³⁷ Como se explicará más adelante, las acciones colectivas brasileñas envuelven tanto el concepto de “preclusión de cuestión preliminar” (*issue preclusion*) como el de “acción colectiva parcial” (*issue class action*). *Vid. infra*, capítulo séptimo, sección IV, “La solución brasileña de la cosa juzgada en las acciones colectivas” (notando que el sistema de la cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas puede ser entendido por medio del concepto de “preclusión de cuestión preliminar” (*issue preclusion*)).

lidad de un demandado. Si la acción colectiva tiene éxito, cada miembro individual del grupo debe llevar su propio caso al tribunal, para establecer que cada solicitante es un miembro del grupo (causalidad) y para probar la cantidad y la extensión de los daños individuales sufridos.¹³⁸

La acción colectiva parcial puede superar los serios problemas de las complejidades del derecho, de hecho y de prueba en lesiones masivas (*mass torts*), especialmente en casos de lesiones masivas tóxicas (*mass toxic torts*), en las cuales los problemas de causalidad individual y daños son peculiares a cada miembro del grupo.¹³⁹ Sin embargo, la necesidad de proponer demandas individuales es una seria limitación en las acciones colectivas brasileñas por daños individuales, especialmente en acciones colectivas en pretensiones de mínima cuantía (*small claims class actions*). Conforme a la práctica tradicional en los países de derecho civil, después de haber determinado la controversia colectiva, los miembros del grupo deben comenzar nuevas acciones individuales para probar la causalidad y calcular los daños (liquidación de sentencia), y una vez finalizada la primera acción es necesario un nuevo juicio individual para que sea ejecutada la sentencia (ejecución forzosa).¹⁴⁰

La experiencia de la acción colectiva en los Estados Unidos ha demostrado, sin embargo, que algunas veces el cálculo individual de daños puede ser relativamente simple, tal como cuando se puede utilizar una fórmula o métodos estadísticos o cuando se puede simplemente consultar los registros del demandado para proporcionar cálculos de daños individuales de los miembros del grupo. En tales casos, hubiera sido mejor que las leyes brasileñas hubieran permitido al juez condenar por daños en la

138 *Vid. infra*, capítulo séptimo, sección IV, “La solución brasileña sobre la cosa juzgada en acciones colectivas”. Este tipo de acción colectiva por daños (*issue class action for damages*) existe en Inglaterra por lo menos desde 1981. Véase Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, 2000, pp. 132 y 133 (advierte que “lo más lejano que cualquier juez inglés está dispuesto a aceptar es hacer una declaración con fuerza de cosa juzgada sobre la responsabilidad del demandado y permitir que cada miembro del grupo recobre del demandado los daños que él pueda probar en procedimientos individuales separados”) (citando a *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd* [1981] ch. 229).

139 En *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 745, n. 21 (5th Cir. 1996), el tribunal no permitió el uso de la acción colectiva parcial (*issue class action*) como instrumento para superar la falta del requisito de la preponderancia de las cuestiones colectivas sobre las individuales (*predominance*) en una acción colectiva norteamericana (razonó que “un juez no puede crear el requisito de la preponderancia a través del uso de la acción colectiva parcial”).

140 Véase Pizzol, Patricia, *Liquidação nas ações coletivas*, 1998; Wambier, Luiz, *Liquidação de sentença*, 2000; Venturi, Elton, *Execução da tutela coletiva*, 2000; Araújo Filho, Luiz, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, 2000; Yarshell, Flávio, “Observações a propósito da liquidação na tutela de direitos individuais homogêneos”, *Atualidades sobre liquidação de sentença* (Teresa Wambier ed., 1997), p. 15.

sentencia colectiva y ordenar el pago a los miembros del grupo. La ley brasileña no lo prevé de esta manera; sin embargo, autoriza al representante ejecutar la sentencia colectiva si, dentro del plazo de un año, solamente un número insuficiente de los miembros del grupo han ejercido acciones individuales por daños. El representante debe entonces probar la cantidad de daños causados a los miembros del grupo en su totalidad. La suma global del daño así obtenida será depositada en un fondo del gobierno para ser usada en la protección de los derechos del grupo semejantes a los que fueron violados (*fluid recovery*).¹⁴¹ Más que la regla, como lo es en la ley brasileña, las acciones colectivas parciales deberían ser la excepción en las acciones colectivas por daños individuales (*class actions for damages*) y deberían ser una opción sólo en casos en los que el cálculo de daños individuales o la prueba de su causa individual (*individual causation*) no puede ser lograda dentro del procedimiento colectivo principal.

V. DEFINICIÓN LEGAL DE DERECHOS DE GRUPO: NECESIDAD DE FLEXIBILIDAD

La existencia de definiciones jurídicas de derechos de grupo minimiza la necesidad de una consideración extensa sobre la presencia de cuestiones comunes (*common questions*) o el requisito de la preponderancia de las cuestiones comunes (*predominance*) en un caso específico.¹⁴² Sin embargo, desde el derecho romano ha sido generalmente reconocido que una definición legal lleva consigo el peligro de ser incompleta o inadecuada, y por ello obstruye el desarrollo legal de los tribunales (*in iure civili omnis definitio periculosa est*).

El Comité Redactor del Código del Consumidor brasileño reconoció este problema. Sin embargo, en ese tiempo la idea de proteger los derechos de grupo en los tribunales era nueva, casi revolucionaria, y los pocos académicos que escribían sobre el tema en Brasil e Italia habían emplea-

141 Este tema es bastante complejo en el derecho brasileño y no puede ser adecuadamente desarrollado aquí. El procedimiento de una acción colectiva brasileña por daños se establece en los artículos 91 a 100 del Código del Consumidor brasileño. Véase artículo 100. Para una breve descripción de estas cuentas especiales, *vid. supra*, capítulo cuarto, sección IV, “Innovaciones creadas con las acciones colectivas brasileñas”.

142 Tal vez por esta razón las leyes brasileñas de las acciones colectivas no otorgan una fase específica a la certificación (*class certification*). Pero véase Cooper, Edward, “Class-Action Advice in the Form of Questions”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001 (donde discute la importancia de un periodo de certificación en el litigio de la acción colectiva).

do diversas definiciones sobre derechos difusos y colectivos.¹⁴³ Sin una definición clara de los derechos de grupo en una ley escrita los tribunales podrían haberse acercado al sistema de las acciones colectivas con un excesivo conservadurismo.¹⁴⁴ El Comité redactor correctamente arriesgó los efectos limitantes de la codificación a favor de la certeza y uniformidad en la aplicación de la nueva ley.

La definición legal adoptada por el legislador brasileño parece ser suficientemente precisa y amplia para cubrir todas las situaciones donde el tratamiento colectivo a los derechos de grupo es necesario. Es imperativo, no obstante, que los jueces brasileños y los juristas entiendan que las definiciones de los derechos de grupo enumeradas en las leyes sobre acciones colectivas son solamente categorías generales. Ellas no limitan el poder del tribunal cuando la situación de hecho es adecuada para el tratamiento colectivo, pero no encaja en las definiciones legales de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Estas definiciones abstractas son importantes solamente en tanto ellas facilitan una comprensión de los tipos de derechos que pueden ser protegidos colectivamente en el tribunal.

En los primeros años de las leyes brasileñas sobre acciones colectivas, las definiciones facilitaban la aplicación judicial de las nuevas reglas y ayudaban a establecer el concepto y el objetivo del litigio colectivo. Fue entonces importante, aunque fuese solamente por propósitos pedagógicos, que el derecho escrito estableciera y consolidara los aspectos teóricos de los varios derechos de grupo.¹⁴⁵

143 Ante las muchas definiciones contradictorias en España, los derechos difusos son llamados sarcásticamente “derechos confusos y profusos”. Véase Oliva Santos, Andrés de la y Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 2000, p. 596. Massimo Vilone llamó a los derechos difusos un *personaggio assolutamente misterioso*. Véase Vilone, Massimo, “La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso (considerazione sul sistema statunitense)”, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato* (A. Gambaro ed., 1976), pp. 71 y 73. *Vid. supra*, nota 101.

144 Véase Herman Benjamin, Antonio, “Group Action and Consumer Protection in Brazil”, *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie ed., 1992), pp. 141 y 149; Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 1999, p. 711.

145 Los sistemas de derecho civil que establecen la protección de los derechos de grupo sin una clara definición de los conceptos pueden encontrar dificultades en utilizar procedimientos colectivos, especialmente si los tribunales son conservadores o no quieren jugar un papel activo en cuestiones de interés público. Véase Campos, Santiago, “Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2000, pp. 249 y 254-259 (argumenta que en Uruguay los intereses difusos no han tenido una precisa definición legal y no existe un acuerdo de si hay una diferencia entre derechos difusos y colectivos).

A pesar de estas definiciones legales, surgieron ambigüedades y problemas relativos en la aplicación de la ley brasileña.¹⁴⁶ La ley no establece explícitamente que una acción colectiva requiere una cuestión común de hecho o de derecho (*common question of law or fact*) entre los miembros del grupo. Sin embargo, este requisito está implícito en la definición de cada especie de derecho de grupo. La ley prescribe que los miembros del grupo estén vinculados por “circunstancias de hecho” en la definición de derechos difusos, por una “relación jurídica común” en la definición de los derechos colectivos, y por un “origen común” en la definición de derechos individuales homogéneos.¹⁴⁷ El uso de conceptos legales resultó en clasificaciones innecesarias en la ley, creando diferencias injustificadas en los procedimientos de los tres tipos de acciones colectivas.¹⁴⁸

Por este motivo, Brasil debe abandonar abstracciones y adoptar en su lugar el concepto tradicional y más simple de “cuestiones comunes de hecho o de derecho”. Este enfoque concede la necesaria flexibilidad para tratar con los derechos de grupo en el proceso.¹⁴⁹ La adopción del concepto de “cuestión común” en la ley permitiría que las clasificaciones y etiquetas fuesen desarrolladas doctrinalmente.¹⁵⁰ Con este enfoque más fle-

146 Véase Watanabe, Kazuo, *Código do Consumidor comentado*, pp. 729-731 (dando una lista de ejemplos en los que los tribunales brasileños ostentan una falta de comprensión de las definiciones legales).

147 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 81, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

148 En numerosas situaciones, el legislador brasileño creó diferencias injustificadas en los procedimientos para cada tipo de acciones colectivas. Por ejemplo, los miembros del grupo pueden intervenir en las acciones colectivas en la protección de derechos individuales homogéneos para ayudar a los representantes (véase *Código del Consumidor brasileño*, artículo 94), pero esta opción no es viable en las acciones colectivas para proteger derechos difusos o colectivos. *Vid. infra*, nota 269.

149 Sobre el fundamento teórico de cuestiones comunes, véase Hazard, Geoffrey C., Jr., “The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law”, *FRD*, núm. 58, 1973, pp. 307, 309 y 310 (opina que la “característica peculiar de las acciones colectivas es la afirmación de que un gran número de individuos son, en un aspecto de su *status* legal, indistinguibles de los otros y que ellos, en consecuencia, deben ser considerados esencialmente como uno. Los miembros del grupo pueden decir esto de ellos mismos, precisamente porque en este aspecto de su *status* legal, ellos fueron tratados como uno por la contraparte o así ellos alegan”).

150 Véase Chafee, Zechariah, Jr., “Representative Suits”, *Some Problems of Equity*, 1950, pp. 243, 245-249, 255-257, 264-265 y 280-301. Las críticas de Zechariah Chafee Jr. a la versión original de la regla 23 norteamericana de 1938 son bien conocidas y son igualmente aplicables a la versión de la regla 23 actualmente en vigor. Véase Cooper, Edward, “Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process”, *N. Y. U. L. Rev.*, núm. 71, 1996, pp. 13, 53 y 54 (donde propone una excelente reforma a la regla 23, en la cual las hipótesis predeterminadas establecidas en la subdivisión (b) serían transformadas en un criterio para fundar la superioridad de la acción colectiva). Véase National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Class Actions [Act] [Rule] Section*, 1976, p. 3 (donde hace una lista de los criterios a ser considerados por el juez para determinar si una acción debe ser aceptada (*certified*) como una acción colectiva).

xible, las definiciones abstractas de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos podrían ser verificadas y modificadas en el “laboratorio” de controversias concretas. Bajo las leyes actuales, sin embargo, los hechos deben ser exprimidos para que encajen en las definiciones legales.¹⁵¹

Una distinción importante entre los derechos de grupo permanece, no obstante, entre los derechos *esencialmente colectivos* y los derechos *accidentalmente colectivos*.¹⁵² Los derechos esencialmente colectivos son transindividuales e indivisibles, pues pertenecen a una comunidad entera, tales como el derecho al aire puro o a un anuncio publicitario correcto. Los derechos accidentalmente colectivos son los tradicionales derechos subjetivos individuales que pertenecen a los miembros del grupo, y que pueden ser protegidos colectivamente por medio de las acciones colectivas, debido a la existencia de una cuestión común de hecho o de derecho entre ellos (individual y divisible). Éstas son categorías bastante diferentes, y pueden requerir diferentes reglas procesales. Citando el *Libro Verde* de la Comunidad Europea, los primeros son la “protección de derechos colectivos”, y los últimos son la “protección colectiva de derechos individuales”.¹⁵³ Esta distinción esencialmente refleja la distinción entre *true group rights* y *spurious group rights*, tal como los definió la regla 23 de los Estados Unidos promulgada en 1938.¹⁵⁴ Si los últimos no tuviesen un sentido negativo en la jurisprudencia norteamericana, se aplicarían a esta distinción.¹⁵⁵

151 Actualmente es muy fácil criticar las leyes brasileñas sobre acciones colectivas. Sin embargo, debería advertirse que el legislador brasileño encontró *terra incognita* no sólo en Brasil, sino en todos los sistemas de derecho civil. El legislador tuvo conciencia de desechar una serie de abstracciones académicas, creando una caracterización práctica y operativa de los derechos de grupo. Los miembros del Comité Consultivo que redactaron la propuesta de leyes sobre las acciones colectivas deben ser reconocidos por este logro pionero.

152 Véase Barbosa Moreira, “A tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, *Temas de direito processual*, Terceira série, 1984, p. 193; Guinchard, Serge, “L’action de group en procédure civile française”, *R. I. D. C.*, núm. 42, 1990, p. 599.

153 Véase *Livre Vert* (Green Book) “L’accès des consommateurs à la justice”, november 16, 1996, COM(93) 576 final; Sassani, Bruno, “Définition d’intérêt collectif justifiant les différentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européenne”, *Roma e America*, núm. 5, 1998, p. 121 y 139; Zavascki, Teori, “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”, *Revista de Processo*, núm. 78, 1995, p. 32; Guinchard, Serge, “L’action de group en procédure civile française”, *R. I. D. C.*, núm. 42, 1990, pp. 599 y 606.

154 Véase regla 23, de las Federal Rules of Civil Procedure, de 1938.

155 Véase Kaplan, Benjamin, “Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)”, *Harv. L. Rev.*, núm. 81, 1967, pp. 356, 395 y note 150 (opina que la palabra “*spurious*” debería desaparecer del vocabulario de las acciones colectivas).