

CAPÍTULO PRIMERO
DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS
NORTEAMERICANO Y BRASILEÑO

I. Introducción	5
II. El sistema norteamericano del procedimiento civil	6
III. El sistema de procedimiento civil brasileño	9
IV. Acciones individuales y acciones colectivas	12

CAPÍTULO PRIMERO

DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS NORTEAMERICANO Y BRASILEÑO

I. INTRODUCCIÓN

Antes de considerar los aspectos técnicos de la acción colectiva brasileña debemos primero reflexionar sobre algunas de las diferencias sociales básicas que existen entre Brasil y los Estados Unidos. Brasil es un país de fuertes contrastes: es el octavo país más grande de la economía mundial en términos del Producto Interno Bruto (PIB), pero el ochentavo en términos del ingreso per cápita. Brasil es un país rico conforme a los niveles de las naciones en desarrollo; sin embargo, una porción considerable de su población vive en la pobreza y con bajos niveles de educación.

La población brasileña es aproximadamente dos terceras partes de la de Estados Unidos, pero su Producto Interno Bruto es solamente alrededor de diez por ciento del PIB de los Estados Unidos. Aun las compañías más ricas de Brasil no pueden ser consideradas como *deep pockets* en el sentido que tiene esta expresión norteamericana. El desarrollo tecnológico de Brasil está casi a una generación atrás del de los Estados Unidos. Por ello Brasil enfrenta problemas dramáticamente diferentes a los que enfrentan los Estados Unidos. Debido a ello, el Congreso Nacional brasileño ha creado un sistema de remedios y soluciones para el problema de la acción colectiva que refleja las necesidades específicas que enfrenta su sociedad.

Algunos abogados de derecho civil (*civil law*) tienen una opinión negativa de las *class actions* norteamericanas, argumentando que son caras e innecesarias, que generan altos honorarios a los abogados, jugosas compensaciones y pagos por daños y perjuicios, y que a la vez permiten a los tribunales crear políticas públicas (*public policy*) y usurpar la función legislativa de regular a la sociedad (*regulation through litigation*). Lo que los críticos no entienden es que estos aspectos no están necesariamente

relacionados con el litigio de la acción colectiva, sino con las características de la cultura norteamericana, a su procedimiento civil y al papel constitucional de su Poder Judicial. Estas características reflejan diferencias políticas, ideológicas, estructurales, constitucionales y técnicas entre los sistemas, que no pueden pasar inadvertidas si uno desea entender el tema de las acciones colectivas desde una perspectiva comparada.

Los procedimientos judiciales brasileños y norteamericanos difieren en formas que trascienden las diferencias a menudo citadas acerca de los métodos concentrados en el juez (*judge-centered*) y aquellos concentrados en las partes (*party-centered*) en el recibimiento de pruebas.³ Para evitar que estas diferencias sistemáticas opaquen la comprensión de la acción colectiva es necesario aislar los elementos esenciales de la acción colectiva de la cultura y del ordenamiento en general (*cultural and legal background*) e identificar las diferencias relevantes en el litigio individual en ambos sistemas.⁴

II. EL SISTEMA NORTEAMERICANO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El procedimiento civil norteamericano —así como también su derecho sustantivo— es una técnica para resolver controversias jurídicas específicas.⁵ Funciona dentro de un sistema extremadamente práctico y en-

3 Véase, Hazard, Geoffrey C., Jr. *et al.*, “Principles and Rules of Transnational Civil Procedure”, *NYU J. of Int’l L. & Pol.*, núm. 33, 2001, p. 769 (que proporciona un ensayo concreto para superar las diferencias entre el procedimiento de *civil law* y *common law*); *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Marcel Storme ed., 1994 (que proporciona un ensayo para aproximar el procedimiento civil en la Unión Europea). Para una más amplia y abstracta comparación académica que va más allá de la dicotomía tradicional entre el *common law* y el derecho civil, véase Mirjan Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986 (donde analiza la relación entre la política y el proceso civil y demuestra cómo la ideología política de la sociedad y la estructura y función del gobierno pueden determinar la forma del procedimiento).

4 Gerry Bates estuvo muy atento a este problema cuando propuso aceptar la experiencia norteamericana “como una guía solamente” para introducir las acciones colectivas en el derecho inglés. Véase Bates, Gerry, “A Case for the Introduction of Class Actions into English Law”, *New L. J.*, núm. 130, 1980, pp. 560 y 561 (“Debemos ser cuidadosos en no hacer demasiadas comparaciones con el desarrollo de las acciones colectivas en Norteamérica. El sistema de los Estados Unidos se basa en algunos conceptos que son totalmente extraños a nuestra forma de pensar...”). Por supuesto, debemos también ser cuidadosos en no rechazar nuevas ideas solamente porque son extrañas al modo usual de pensar.

5 Para un análisis comparado del procedimiento civil norteamericano, véase Hazard, Geoffrey C., Jr. & Michele Taruffo, *American Civil Procedure*, 1993; Dondi, Angelo, *Introduzione della causa e strategia di difesa: Il modello statunitense, 1991*; Taruffo, Michele, *Il processo civile “adversary”*

focado a los hechos, lo cual lo hace un sistema flexible y complejo a la vez. Debido a que las reglas procesales están escritas a menudo en un lenguaje amplio y estableciendo límites moderados a las facultades del tribunal o a su creatividad, el juez norteamericano tiene una discreción considerable en sus decisiones. Además de que dicho juez también tiene un gran control sobre el procedimiento, las partes, los abogados y los terceros.

El Poder Judicial norteamericano juega un amplio papel político y social. Los jueces con frecuencia crean políticas públicas de carácter sustantivo y regulan la sociedad por medio de los precedentes dictados en las sentencias de litigios privados. Aunque el juez juega un papel central en el sistema legal norteamericano, los efectos derivados de un sistema de jurado deben ser también considerados para así poder entender sus técnicas procesales.

El procedimiento civil norteamericano evolucionó junto con el sistema de jurado, el cual necesariamente introduce un elemento no profesional en la administración de justicia, y en consecuencia, un cierto grado de impredecibilidad y a menudo altas compensaciones por daños y perjuicios. La audiencia concentrada con el jurado (*jury trial*) también exige una extensa preparación previa (*pre-trial*) para evitar la sorpresa y el atraso en el juicio. La división estructural del procedimiento entre la fase previa (*pre-trial*) y la audiencia (*trial*) permitió el desarrollo del sistema previo de descubrimiento de pruebas (*discovery*), el que justificó, a su vez, la flexibilidad en las reglas de peticiones (*pleading rules*). Al mismo tiempo, un *discovery* generoso permite una aplicación más estricta de las reglas de preclusión. El *discovery* ha jugado un papel predominante en el derecho procesal estadounidense. Sin embargo, el *discovery* tiene dos caras: por un lado facilita el descubrimiento de la verdad, pero a su vez también puede resultar una carga y un procedimiento costoso en casos complejos. El derecho sustantivo provee altas compensaciones a través del pago de daños punitivos (*punitive damages*), daños morales (*damages for pain and suffering*) y otras compensaciones que no se otorgan usualmente en los sistemas de derecho civil. Estos factores, entre otros, explican en parte la litigiosidad de la sociedad norteamericana.

Los abogados norteamericanos están muy bien pagados, generalmente cobran por hora y/o con un porcentaje alto del monto obtenido al final

nell'esperienza americana, 1979; *The Grand Design of America's Justice System* (Takeshi Kojima et al. eds., 1995).

del juicio. Los altos honorarios de los abogados, junto con las altas compensaciones otorgadas por el jurado, los pactos de *quota litis* (*contingency fee agreements*) y la regla general norteamericana de que el vencido no es condenado a pagar los honorarios del vencedor (*no fee shifting*) (con importantes excepciones en la ley en casos de litigios de interés público), ha provocado el surgimiento de una “barra empresarial” (*entrepreneurial bar*). Esta práctica aumenta el acceso a la justicia para algunos tipos de pretensiones, pero a la vez genera problemas éticos y estimula más litigios, pues los actores no necesitan financiar los costos asociados con el procedimiento para obtener una gran recuperación.

Los juicios (*trial*) pueden ser dramáticos, pero la realidad es que en la mayoría de los casos se llega a un arreglo. El valor de la prueba (*standard of proof*) en las acciones civiles es “la preponderancia de la prueba” (*preponderance of the evidence*), lo cual hace comparativamente más fácil para los actores satisfacer la carga de la prueba que en los países de derecho civil. Desde un punto de vista comparado, el sistema en su conjunto está notablemente orientado a favorecer al demandante.⁶

Finalmente, la cultura política norteamericana ha apoyado fuertemente la ideología del litigio como una forma positiva de regular la sociedad y cambiar el *statu quo*. Esta perspectiva contribuye a un ambiente legal flexible sin retrasos legislativos, pero la amenaza de una responsabilidad civil puede conducir a una extrema vigilancia y eliminación de actividades socialmente útiles (*overdeterrence*).

6 Es de poca relevancia comparativa como los norteamericanos perciben su propio sistema. De hecho, incluso si ellos perciben que está orientado hacia el demandado en algunos casos, esto no cambiaría el que en general es mucho más amistoso con el actor en todos los tipos de casos que en los sistemas de derecho civil. Véase Clermont, Kevin y Eisenberg, Theodore, “Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism”, *Cornell L. Rev.*, núm. 77, 1992, p. 1124; Vidmar, Neil, “The Performance of the American Civil Jury: An Empirical Perspective”, *Arizona L. Rev.*, núm. 40, 1998, p. 849; Clermont, Kevin, y Eisenberg, Theodore, “Appeal from Jury or Judge Trial: Defendants’ Advantage”, *Am. L. & Econ. Rev.*, 2001, forthcoming (que argumentan que los demandados ganan algunos tipos de casos más frecuentemente que los actores). Sin embargo, en un análisis comparativo estos hechos significan solamente que los actores en los Estados Unidos pueden arriesgarse más, presentando casos dudosos o basados en nuevas teorías del derecho. Si el caso del actor es fuerte, la disputa puede arreglarse. Puesto que las puertas del tribunal son mucho más angostas en los países de derecho civil (por la regla de los honorarios y la falta de *quota litis*, de descubrimiento de pruebas, de altas condenas, de altos honorarios, de una barra de abogados empresarial, etcétera), solamente los casos con gran probabilidad de éxito son presentados al tribunal. Véase Stürner, Rolf, *Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States*, 2001 (en donde lista algunas de las razones por las cuales los demandados europeos tienen miedo al litigio norteamericano).

III. EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEÑO⁷

El derecho procesal civil en los países de derecho civil (*civil law*) en general, y en particular el sistema brasileño, difiere del norteamericano en varios aspectos importantes.⁸ El procedimiento civil en el sistema de derecho civil es un sistema rígido y formalista. Las reglas procesales están escritas con riguroso detalle, dejando poco espacio a la discrecionalidad judicial en materia procesal.⁹

En el entendido de que los códigos son coherentes y exhaustivos, las sentencias de los tribunales están hechas con estricta referencia a las reglas y principios sin tomar en cuenta consideraciones políticas y “valores

7 Aunque el procedimiento brasileño tiene peculiaridades en la tradición del derecho civil, la mayoría de los ejemplos de discrepancias entre el procedimiento civil norteamericano y brasileño también se aplican al derecho civil europeo en general. Por razones de simplicidad, sin embargo, este ensayo está enfocado sobre todo al procedimiento civil brasileño.

8 Para un análisis comparado del procedimiento civil brasileño, véase Rosenn, Keith, “Civil Procedure in Brazil”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 34, 1986, p. 487; Barbosa Moreira, “Brazilian Civil Procedure: An Overview”, *A Panorama of Brazilian Law*, p. 183 (Jacob Dolinger y Keith Rosenn eds., 1992); Bermudes, Sergio, “Administration of Civil Justice in Brazil”, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Adrian Zuckerman ed., 1999), p. 347. Véase Rosenn, Keith, “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Fla. Int’l L. J.*, núm. 1, 1984 (comentando la cultura legal brasileña); Flory, Thomas, *Judge and Jury in Imperial Brazil*, 1981 (comentando la historia legal de Brasil); Schwartz, Stuart, *Sovereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and its Judges*, 1973 (comentando la historia legal de Brasil).

9 Esto no debe ser interpretado en el sentido de que los jueces de derecho civil aplican mecánicamente las leyes escritas a los hechos. Más bien significa que las reglas del procedimiento dan al juez poca o ninguna discrecionalidad para adaptar el procedimiento a las necesidades del caso. La existencia de facultades judiciales discrecionales es debatida ardentemente en Brasil. Véase Barbosa Moreira, “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, *Temas de direito processual. Segunda série*, 1988, pp. 65 y 66; Arruda, Alvim, *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, 1988, pp. 78-85; Calmon de Passos, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e processo*, 1989, pp. 46-52; Arruda Alvim, Teresa, *Mandado de segurança contra ato judicial*, 1989, pp. 77-90; *idem*, *Agravo de instrumento*, 1991, pp. 142-152; *idem*, *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, 1992, pp. 106-134, *idem*, “Limites à chamada ‘discricionariedade’ judicial”, *RDP*, núm. 96, 1988, pp. 157-166; *idem*, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, 2001; Nery Junior, Nelson, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 2000, pp. 884 y 885; Vinícius de Abreu Sampaio, Marcus, *O poder geral de cautela do juiz*, 1993, pp. 98-114.

El tema fue recientemente discutido en el coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal organizado en Gante. Véase Coloquio: Discretionary Power of the Judge: Limits and Control (International Ass’n of Procedural Law ed., abril 25-28, 2000). Compárese el enfoque rígido del derecho civil en los informes presentados por Burkhard Hess, José Roberto Bedaque, Karen Broeckx, Ignacio Díez-Picazo con el enfoque más flexible de los sistemas del *common law* en el informe presentado por Neil Andrews.

externos”, los cuales son dejados al legislador.¹⁰ Como resultado, la ley es relativamente simple y directa, dejando poco espacio para los precedentes judiciales. Mientras que el procedimiento civil del sistema civilista es más sistemático, lógico, estructurado y “científico” que el sistema norteamericano, el primero favorece la consistencia y la especificidad, más que la flexibilidad y la generalidad.

En consecuencia, el procedimiento brasileño, como muchas otras jurisdicciones de sistema civil, tiende a ser un procedimiento abstracto y burocrático, alejado de la realidad y de las necesidades específicas de cada caso. La práctica es muy pobre con relación a las pruebas, la cual es conducida principalmente en forma escrita y dando prioridad a la prueba escrita. No existen o son casi nulas las oportunidades para que los abogados de las partes examinen directamente a los testigos y aun menos para que puedan repreguntar directamente (*cross examination*). El testimonio de los testigos tiene poco valor probatorio, y la declaración de las partes usualmente no es considerada. En la realidad, en la mayoría de los sistemas de derecho civil la parte no es considerada como un verdadero testigo, no testifica bajo protesta o juramento y no puede solicitar ella misma querer testificar.

Un error común entre los abogados del *common law* es la concepción de que el juez en los países de derecho civil ejerce un gran poder en la administración de los procedimientos.¹¹ Sin embargo, por el contrario, los códigos de procedimientos civiles dictan en gran parte los procedimientos

10 Véase Ewald, William, “Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?”, *Pa. L. Rev.*, núm. 143 U, 1995, pp. 1889 y 1973 (argumentando que en la tradición del derecho civil “hay una gran falta de inclinación para especular sobre cuestiones de... política pública —un sentimiento que tales cuestiones no son del campo de los abogados sino de los legisladores—”). Ésta es una de las razones de por qué el análisis económico del derecho ha tenido tan poca importancia en la ciencia jurídica en los países del derecho civil. Pero véase Mattei, Ugo, y Pardolesi, Roberto, “Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach”, *Int’l L. & Econ.*, núm. 11, p. 265 (argumentando que “no existen razones contra un trasplante exitoso del análisis económico del derecho... en los países del derecho civil”). De cualquier modo, parece indudable que el papel del análisis económico del derecho (*economic analysis of law*) en un país de derecho civil sería mucho más extenso en el procedimiento legislativo que en el procedimiento judicial. Véase Kirchner, Christian, “The Difficult Reception of Law and Economics in Germany”, *Int’l L. & Econ.*, núm. 11, 1991, pp. 277 y 282 (argumentado que “si una ciencia social busca entrada en un sistema jurídico, el Poder Legislativo es la puerta natural”).

11 Por ejemplo, es común asociar los nuevos “poderes administrativos” (*mangerial powers*) de los jueces del *common law* con las facultades de los jueces del derecho civil en la dirección de los procedimientos civiles. Sin embargo, los jueces del derecho civil no “manejan” o “administran” los procedimientos en la forma del *common law*.

que deben ser seguidos y ni el juez ni las partes tienen gran espacio para desviarse de él.¹²

El juez de derecho civil desempeña un papel sustancial en la recepción de pruebas, pero no obstante tiene poco poder sobre la conducta de los abogados, de las partes o de terceros. Además, el Poder Judicial, en los sistemas de derecho civil, tiene un papel social y político más limitado, y en principio no crea políticas públicas ni reglas sociales a través de los litigios privados.

La sociedad brasileña no es muy litigiosa, simplemente porque ha perdido la esperanza sobre el sistema jurídico. El promedio de arreglos en casos pendientes es considerablemente más bajo que en las jurisdicciones de *common law*. En la práctica, la mayoría de los procedimientos brasileños usualmente procede hasta la audiencia final, sentencia y apelación sobre materias de derecho y de hecho. Ésta es una causa seria de las demoras en los juicios. Daños punitivos (*punitive damages*), daños morales (*pain and suffering*) y muchos otros tipos de daños no son comúnmente otorgados a los demandantes en los sistemas de derecho civil. Además, los jueces son empleados civiles conservadores y propensos a conceder cantidades modestas en el pago de daños. Existe también poca posibilidad de que existan honorarios de *quota litis*. En general, los actores son responsables del pago de honorarios de sus propios abogados aun si pierden el caso. Asimismo, bajo la regla brasileña de honorarios, la parte que pierde es responsable de los gastos y honorarios del abogado de la parte que triunfó. Estas reglas ofrecen un sistema diferente de incentivos económicos al de los Estados Unidos y dan pocas oportunidades para el desarrollo de una barra fuerte y de carácter empresarial.

Con relación a los aspectos más técnicos del derecho procesal civil, el derecho brasileño tiene un descubrimiento de pruebas (*discovery*) limitado, y no hay una obligación de dar a conocer a la contraparte hechos adversos o pruebas.¹³ Cada parte debe entregar al Tribunal las pruebas para ostentar sus propios argumentos, sin “ayuda” de la contraparte. Aun

12 Véase Schlesinger, Rudolf B. *et al.*, *Comparative Law*, 1998, p. 263 (advierten que los códigos del derecho civil intentan ser declaraciones comprensivas del derecho, y añaden que “la característica de ser comprensivos —lo que es propio a toda codificación— es particularmente notable en los códigos procesales... Los códigos adjetivos... son creados para ser esencialmente declaraciones completas de facultades judiciales, de recursos y medios procesales”).

13 Una regla procesal que prescribía una obligación de revelación automática de informaciones y pruebas contrarias (*disclosure*) estuvo en vigor en los Estados Unidos de 1993 a 2000. Desgraciadamente, esta regla fue derogada. Véase regla 26 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil.

cuando este aspecto del procedimiento no es materia de análisis académico, en la práctica el derecho de Brasil tiene más estricta “estimación de la prueba” (*standard of proof*) que el sistema del *common law*, similar al nivel “claro y convincente” (*clear and convincing*) del *common law*. En conjunto, el sistema es restrictivo respecto a los demandantes; es un sistema orientado al demandado que estimula la conservación del *statu quo*. Esta situación generalmente conduce a que disminuya la disuasión de las actividades socialmente perjudiciales (*underdeterrence*).

En contraste con las flexibles leyes procesales de los Estados Unidos, el procedimiento brasileño no ofrece medios alternativos realistas a las acciones colectivas, tales como la consolidación (*consolidation*), casos experimentales (*test cases*), audiencia conjunta (*joint trial*), preclusión de cuestiones incidentales (*issue preclusion* o *collateral estoppel*), *stare decisis* y reglas liberales de litisconsorcio e intervención. La falta de instrumentos alternativos para solucionar los conflictos colectivos ante los tribunales enfatiza la importancia de la acción colectiva en el sistema brasileño.¹⁴

IV. ACCIONES INDIVIDUALES Y ACCIONES COLECTIVAS

El análisis anterior no es un intento de resumir en algunos párrafos las diferencias que existen en el procedimiento en los países de *common law* y en los de derecho civil. Más bien, es una breve descripción de estos aspectos del “procedimiento civil individual” (el procedimiento civil en acciones individuales y de proveimiento individual) directamente relevantes con el problema del procedimiento de la acción colectiva. En efecto, el derecho de la acción colectiva de cualquier país debe ser entendido tomando como referencia el procedimiento normalmente adoptado en acciones individuales, pues éste es aplicado a cualquier tipo de litigio en ausencia de reglas específicas en contrario.

14 Compárese Watson, Garry, “Class Actions: The Canadian Experience”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001 (discute las razones de un sistema para adoptar una acción colectiva y argumenta que las soluciones del derecho procesal tradicional que existen en Canadá no fueron hechas para solucionar controversias colectivas por daños) con Walter, Gerhard, “Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland”, *Duke J. Comp. Int'l L.*, núm. 11, 2001 (que argumenta que es posible resolver todas las controversias colectivas por daños sin adoptar el sistema de las acciones colectivas). La contradicción entre los dos juristas es sorprendente, porque el derecho de Canadá es más flexible que los derechos de Alemania y Suiza.

Al comparar las reglas de las acciones colectivas, debe distinguirse entre las características específicas del procedimiento de estas acciones (procedimiento civil colectivo, acciones colectivas) y el sistema normal del procedimiento civil que está en su base (procedimiento civil individual, acciones individuales). Confundir a los dos sería un error como confundir los árboles con el bosque. Por ejemplo, es correcto argumentar que en los Estados Unidos las acciones de grupo sean intrínsecamente complejas y costosas. Sin embargo, no es correcto decir que —en el contexto del sistema de derecho civil— los procedimientos de la acción colectiva sean necesariamente costosos y complicados para el demandado, o que éstos permiten altos recobros y grandes pagos de honorarios. Estos efectos son el resultado de las bases (el *background*) del sistema legal norteamericano aplicadas al procedimiento de las acciones colectivas. Los resultados en cada país en particular dependen, en consecuencia, sustancialmente de las particularidades del derecho sustantivo y del procedimiento civil individual de cada país, así como de la visión ideológica, cultural, política y filosófica que tengan hacia el derecho.

El litigio de las acciones colectivas en Brasil es apenas un poco más costoso que las acciones individuales, y el riesgo para los demandados, así como los fallos, es proporcional al daño sufrido por cada miembro del grupo, multiplicado por el número de miembros. Las características “negativas” del procedimiento de la acción colectiva en los Estados Unidos no existen en Brasil, debido a la base legal y cultural (*legal and cultural background*) de donde surge el litigio de esta acción. Sin embargo, si la legislación brasileña de la acción colectiva fuera aplicada en los Estados Unidos, esto resultaría en procedimientos costosos, ya que el sistema norteamericano de procedimiento civil generaría un extenso y costoso descubrimiento de pruebas, los incentivos económicos de la profesión legal generarían grandes sumas de honorarios, y el derecho sustantivo y el juicio ante jurado permitirían el otorgamiento de mayores sumas en caso de daños o transacciones de alto valor.

Aunque los resultados de la acción colectiva en los Estados Unidos y en Brasil son distintos, como se verá más adelante, existen pocas diferencias sustanciales entre el derecho de la acción colectiva en Brasil y en Estados Unidos. Las distinciones más relevantes entre los procedimientos de las acciones colectivas de Brasil y de los Estados Unidos derivan de las diferencias que existen en las reglas de procedimiento individual y el

derecho sustantivo que rigen el litigio civil en general, no en la acción colectiva en sí misma.

Una vez superado el antagonismo contra las acciones colectivas en las jurisdicciones de derecho civil, existe una fuerte indicación de que las acciones colectivas en el derecho civil sólo seguirían el procedimiento civil individual local, en lugar de incorporar todas las diversas características del procedimiento estadounidense. Es probable que la acción colectiva del derecho civil encaje con los enfoques, prácticas, hábitos y actitudes peculiares del mismo sistema de derecho civil. Por esto no hay razón alguna para temer al litigio colectivo en ningún país.¹⁵ Si el litigio individual en un determinado sistema es barato, simple, eficiente, justo y predecible, el litigio colectivo dentro de ese sistema será igualmente barato, simple, eficiente, justo y predecible.¹⁶

El importar la acción colectiva no significa necesariamente importar el sistema estadounidense de litigio. El trasplante puede ser “quirúrgicamente controlado”. No hay razón alguna para creer que todo el “paquete yanqui” invadiría un sistema extranjero a través de la ventana abierta por el instrumento de la acción colectiva.¹⁷ Al contrario de los mitos tradicionales, las acciones colectivas pueden tener éxito sin absorber el sistema estadounidense de descubrimiento de pruebas (*discovery*), de honorarios *quota litis*, de la regla norteamericana de honorarios, de una barra empresarial y jueces poderosos y activos, por lo menos tan efectivamente como en el litigio tradicional individual.¹⁸ Es importante observar que la regla

15 Véase Faulk, Richard, “Armageddon Through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution”, *Class Action Litigation Report*, mayo 25, 2001, p. 362 (argumenta que hay muchas razones para temer la adopción de las acciones colectivas en los países de derecho civil).

16 Véase Lindblom, Per Henrik y Watson, Garry, “Complex Litigation. A Comparative Perspective”, *C. J. Q.*, núm. 12, 1993, pp. 33 y 34 (argumenta que los “litigios complejos” [*complex litigation*] son un fenómeno peculiar al derecho norteamericano, relacionado con factores peculiares de ese país). Aunque los autores consideran que litigios complejos se están desarrollando en algunos sistemas de derecho civil, es dudoso que su derecho procesal actual alcance el nivel de complejidad de los procedimientos del *common law*, por las normas procesales inflexibles, especialmente en las peticiones, intervención y ausencia del descubrimiento de pruebas (*discovery*).

17 Véase Taruffo, Michele, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001 (argumenta que “muchos abogados y juristas, aun en los llamados países ‘avanzados’, están todavía bastante contentos con su cultura parroquial y su sustancial ignorancia de lo que ocurre más allá de sus fronteras nacionales... El rechazo europeo de las acciones colectivas —esencialmente basado en la ignorancia— usualmente ha sido justificado por la necesidad de prevenir que ese monstruo penetre en los jardines tranquilos de Europa”).

18 Véase Lindblom, Per Henrik, “Group Actions. A Study of the Anglo-American Class Action Suit from a Swedish Perspective”, *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie

23 no hace ni referencia al descubrimiento de pruebas, a los honorarios de abogados, al derecho de un juicio por jurado, a una barra empresarial o al pago de daños punitivos (*treble damages* y *punitive damages*).¹⁹

ed., 1992), pp. 3, 15 y 16 (enumera algunos de los muchos mitos sobre el litigio norteamericano de las acciones colectivas).

19 Por ejemplo, si no hay descubrimiento de pruebas (*discovery*) y los honorarios de abogados son limitados, los costos de los procedimientos son generalmente más bajos, y la necesidad y los incentivos para una barra empresarial (*entrepreneurial bar*) se reducen considerablemente. Si la legislación atribuye legitimación a las asociaciones y agencias gubernamentales, en lugar de a los miembros del grupo, no hay una necesidad forzosa para el pacto *quota litis*. En un sistema con bajos honorarios de abogado y bajos costos, la regla de costo norteamericana pierde su importancia como medio de acceso a la justicia. Además, en un sistema detallado y obligatorio de reglas procesales, con poca discrecionalidad, no hay necesidad de un juez poderoso y activo.

Sin embargo, si hay descubrimiento de pruebas (*discovery*), o si el procedimiento es caro, el legislador puede crear un fondo especial para financiar los litigios colectivos que tengan mérito. Véase *Fonds d'aide au recours collectif de Quebec* (Code of Civil Procedure, artículo 1050.1); "Class Proceedings Fund" de Ontario (S.O. 1992, c. 7); la propuesta de Sud África, "Public Interest Action and Class Action Fund", artículos 8o., 9o., y 10. Véase South African Law Commission, *The Recognition of a Class Action in South African Law*, 1995, pp. 45-52; Wouter de Vos, "Reflections on the Introduction of a Class Action in South Africa", *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, 1996, pp. 639 y 650-652. Véase Woolf, Lord, *Access to Justice. Final Report*, 1996, pp. 239-242 (advierte que "otras jurisdicciones de *common law* que tienen la regla de que el vencido paga los costos y honorarios de la parte vencedora (*cost-shifting rule*) no la han cambiado al introducir reglas especiales para la acción colectiva", y sugiere la creación en Inglaterra de un fondo para asesoramiento jurídico gratuito ("*contingency legal aid fund*"). Sin embargo, la Ley de Procedimientos Colectivos de la Columbia Británica (Canadá) siguió una recomendación de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario (Ontario Law Reform Commission) y adoptó la "regla norteamericana" sobre honorarios de abogado; ninguna de las partes es responsable por costas en caso de perder, con algunas excepciones (R.S.B.C. 1996 C.50, S.37). Véase *Report on Class Action*, 1982, t. III, pp. 704-709; véase Watson, Garry, "Class Actions: The Canadian Experience", *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001 (donde discute las consecuencias de una acción colectiva en un sistema en el cual la parte perdedora debe pagar los honorarios del abogado de la parte vencedora [*fee-shifting system*]). Pero véase Goldstein, Stephen, "The Utility of the Comparative Perspective in Understanding, Analyzing and Reforming Procedural Law", *Comparative Law Review*, núm. 33, 1999, pp. 87 y 142-146 (advierte que en Israel, contra todo lo esperado, una profesión legal empresarial usa las acciones colectivas cada vez más frecuentemente).

Esto no minimiza la importancia del dinero en el litigio. Tener fondos y adecuados incentivos económicos, sin embargo, son esenciales para el éxito de cualquier demanda en cualquier sistema legal; el litigio de grupo y de interés público son especialmente sensibles a estos factores. Véase Rowe, Thomas D., Jr., *Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms from Class Actions* (no publicado); Silver, Charles, "Class Actions-Representative Proceedings", *Enciclopedia of Law and Economics* (Bouckaert y Geest eds., 2000), t. V, p. 194; Schaefer, Hans-Bernd, "The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions Taken by Associations", *European Journal of Law and Economics*, núm. 9, 2000, p. 183 (en el que presenta un análisis económico de las acciones colectivas); Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, 1982, t. III, pp. 647-752. Como se verá más adelante, la solución brasileña a este problema fue la adopción de una regla a través de la cual el grupo no pagará los honorarios y costos de la contraparte si parte perdedora, pero la contraparte los pagará si parte perdedora (*one-way fee shifting*). Véase capítulo cuarto, sección IV, "Innovaciones creadas con las acciones colectivas brasileñas".

Para poder crear una acción colectiva, tanto efectiva como adaptada a las peculiaridades del sistema de derecho civil, deben considerarse las necesidades y tradiciones de ese sistema.²⁰ Este “trasplante responsable” fue el enfoque adoptado por el legislador brasileño.

20 Véase Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan. Det Anglo-Amerikanska Class Actioninstitutet ur Svenskt Perspektiv* [Group Actions. The Anglo-American Class Action Suit from a Swedish Perspective], 1989, pp. 730 y 731 (opina que es improbable que el modelo norteamericano sobre acciones colectivas fuese lo mejor para Suecia. “Es más aceptable que una combinación de reglas sobre acciones de clase, acciones civiles públicas y acciones de organizaciones puedan ser la base de una o más acciones colectivas suecas, porque se adaptan mejor a las necesidades y circunstancias de nuestro país”). Un sumario en inglés de este libro fue publicado en Lindblom, Per Henrik, “Group Actions. A Study of the Anglo-American Class Action Suit From a Swedish Perspective”, *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie ed., 1992), pp. 7-17.