

CAPÍTULO SEXTO COSA JUZGADA COLECTIVA

I. Una visión comparativa de la cosa juzgada	95
II. Reconciliación de la cosa juzgada con las acciones colectivas	97
III. Opciones legislativas	98
IV. La solución brasileña de la cosa juzgada colectiva	100
V. Cosa juzgada e insuficiencia de pruebas	104
VI. La razón del enfoque brasileño	107
VII Notas comparativas	111

CAPÍTULO SEXTO

COSA JUZGADA COLECTIVA

I. UNA VISIÓN COMPARATIVA DE LA COSA JUZGADA

Los sistemas del *common law* y de derecho civil (*civil law*) emplean diferentes conceptos de cosa juzgada. Es importante discutir estas diferencias antes de hacer un análisis de las reglas de la cosa juzgada en las acciones colectivas de Brasil. Las razones políticas que subrayan el uso de la cosa juzgada para evitar el litigio son las mismas en ambos sistemas, y la regla general se expresa en un lenguaje semejante: una parte no puede invocar la misma causa de pedir dos veces. Las semejanzas entre los dos sistemas terminan aquí. Las diferencias primordiales son más visibles en el concepto de “causa de pedir”. Esta expresión tiene un significado mucho más amplio en los sistemas de *common law*, pues *cause of action* se refiere a la controversia total entre las partes. Cosa juzgada, por lo tanto, tiene un objetivo mucho más amplio en los sistemas de *common law* que en los de derecho civil.²³¹

La doctrina de la cosa juzgada en los países de *common law* incluye los conceptos de “preclusión de cuestiones” (*issue preclusion* o *collateral estoppel*) y “preclusión de pretensiones” (*claim preclusion*). La “preclusión de cuestiones” impide el volver a litigar todos los temas que fueron “pasos necesarios” (*necessary steps*) para obtener la sentencia de fondo, siempre y

231 Sobre el concepto en el derecho civil de cosa juzgada, véase Note, “Pilie & Pilie v. Metz Common-Law Incursion into the Civilian Conception of Res Judicata”, *Tul. L. Rev.*, núm. 64, 1990, p. 1733 (opina que la doctrina de la cosa juzgada aplicada en Luisiana, de origen de derecho civil, es mucho más estrecha en su finalidad que la doctrina del *common law*. Como resultado, la preclusión de pretensiones posteriores es más difícil en Luisiana que en las jurisdicciones del *common law*. *Idem*, p. 1735. Las leyes de la cosa juzgada en Luisiana, sin embargo, fueron recientemente reformadas y son ahora semejantes al enfoque del procedimiento federal norteamericano. Véase Louisiana Code of Civil Procedure, artículos 425 y 1061 (reformadas en 1991) (adopta un sistema de demandas obligatorias y de reconveniones obligatorias). Véase Taruffo, Michele, “‘Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni (I)”, *Riv. Dir. Proc.*, 1971, p. 651; Taruffo, Michele, “‘Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni (II)”, *Riv. Dir. Proc.*, 1972, p. 272 (expone un estudio comparativo del concepto norteamericano de *collateral estoppel*).

cuando esos temas hayan sido realmente litigados y decididos en la primera acción.²³² La doctrina de la cosa juzgada en los países de derecho civil (*civil law*) tiene solamente “preclusión de pretensiones”.²³³

Además, el concepto de “preclusión de pretensiones” es mucho más amplio en el *common law* que en los sistemas de derecho civil. En la tradición del derecho civil solamente las pretensiones formalmente llevadas a cabo en un procedimiento anterior están prohibidas de volver a ser litigadas.²³⁴ Demandas no hechas en una acción previa pueden ser objeto de un procedimiento posterior. La tradición del *common law*, sin embargo, evita no sólo las demandas realmente hechas, sino también aquellas que potencialmente pudieron hacerse pero no lo fueron. En consecuencia, todas las reclamaciones que pueden hacerse entre las partes en un procedimiento derivado del mismo conflicto (*transaction*) deben ser hechas, bajo pena de preclusión.²³⁵

Una apreciación de las amplias reglas de “preclusión de pretensiones”, características del sistema legal estadounidense, requiere una comprensión del fundamento procesal sobre el cual ellas fueron construidas. Para compensar la amplia aplicación de la cosa juzgada, los sistemas de *common law* permiten un descubrimiento de pruebas (*discovery*) más liberal, modificación de la demanda, y el juez está autorizado a decidir pretensiones que no estaban incluidas explícitamente en las demandas de las partes.²³⁶ Además, en situaciones excepcionales, los tribunales pueden evitar la aplicación de las reglas estrictas de preclusión si las circunstancias particulares del caso sugieren que esto es el modo más adecuado a

232 Véase Restatement (Second) of Judgments § 27 (1982).

233 De acuerdo con el artículo 1525 del Código Civil brasileño, cuando la existencia de un hecho o su autoría es determinada por una sentencia criminal, estas cuestiones no pueden volver a ser litigadas en los tribunales civiles. Esta es una especie de “preclusión de cuestiones” (*collateral estoppel*). Aparte de esta estrecha excepción, no existe el *collateral estoppel* en la ley brasileña.

234 Véase Código de Proceso Civil brasileño, artículos 468 y 469.

235 Véase *Allen v. McCurry*, 449 U.S., 1980, pp. 90 y 94 (sostiene que “bajo la cosa juzgada, una sentencia final sobre el fondo de una acción concluye para las partes el derecho de volver a litigar asuntos que fueron o pudieron haber sido tratados en esa acción”); Restatement (Second) of Judgments, 1982, § 24(1) (“Cuando una sentencia final y válida es dada en una acción, extingue la pretensión del actor... la pretensión extinguida incluye todos los derechos del actor a remedios contra el demandado respecto a toda o cualquier parte de una transacción o serie de transacciones conectadas, respecto de las cuales la pretensión nació). Una definición amplia y práctica de “transacción” (*transaction*) es dada en § 24(2) del Restatement. Véase James, Hazard & Leubsdorf, *Civil Procedure*, 2001, §§ 11.8 y 11.9; Friedenthal, Kane & Miller, *Civil Procedure*, 1999, pp. 639-648.

236 Véase James, Hazard & Leubsdorf, *Civil Procedure*, 2001, § 11.2 (advierten que “como las reglas del procedimiento han ampliado el objeto del litigio inicial, también han ampliado el concepto de preclusión”).

seguir.²³⁷ En contraste, en los sistemas de derecho civil generalmente la oportunidad de descubrimiento de pruebas es más reducida, las reglas para modificar la demanda son más estrictas, al juez no le es permitido decidir más allá de las reclamaciones establecidas en los escritos (prohibición de *ultra petita* y *extra petita* en las sentencias) y las reglas de la cosa juzgada son aplicadas mecánicamente.

II. RECONCILIACIÓN DE LA COSA JUZGADA CON LAS ACCIONES COLECTIVAS

Los principios tradicionales de la cosa juzgada en el litigio individual constituyen un serio obstáculo para el trasplante de las acciones colectivas en los sistemas de derecho civil. La cosa juzgada obliga solamente a las partes en el procedimiento, y no perjudica ni beneficia a terceros. Este principio procesal establecido en las jurisdicciones de derecho civil se refleja en la vieja fórmula del derecho romano *res inter alios acta vel iudicata aliis non nocet nec prodest*.²³⁸

Sin embargo, este principio general no es únicamente peculiar de los sistemas legales del derecho civil. Ésa es la regla en los Estados Unidos en el litigio individual, y hubo una duda histórica sobre la posibilidad de dar efectos *erga omnes* a las sentencias colectivas norteamericanas, obligando a todos, especialmente en el caso de una sentencia desfavorable a los intereses del grupo.²³⁹ Las reglas eran silenciosas, las sentencias con-

²³⁷ Véase Restatement (Second) of Judgments, 1982, §§ 20, 26, 28; Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction*, 2a. ed., 1981, §§ 4415 y 4426 y Supp. 2000.

²³⁸ Véase Wenger, Leopold, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, 1986, p. 220; *Black's Law Dictionary*, 1990 (“*Res inter alios judicatae nullum aliis praejudicium faciunt*”).

La existencia de un efecto indirecto de cosa juzgada, más allá de las partes en las acciones individuales, ha sido un tema recurrente de debate académico en la cultura legal europea por lo menos desde la mitad de los años treinta. Véase Liebman, Enrico, *Efficacia e autorità della sentenza* (2nd ed., 1962); Proto Pisani, Andrea, *Opposizione di terzo ordinaria*, 1965; Carpi, Federico, *L'efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, 1974; Luiso, Francesco, *L'esecuzione “ultra partes”*, 1984. Este técnico debate no será desarrollado aquí.

²³⁹ Véase Hazard, Geoffrey C., Jr. *et al.*, “An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 146, 1988, pp. 1849, 1854, 1857, 1863, 1865, 1876-1878, 1885, 1886, 1901, 1902, 1917-1923, 1937, 1942 y 1947; véase Story, Joseph, *Commentaries on Equity Pleadings and Incidents Thereof* (10th ed., John M. Gould rev., 1892). A diferencia de la práctica en los Estados Unidos, en Inglaterra la sentencia colectiva siempre ha obligado a los miembros ausentes, tal vez por la falta de una garantía constitucional de debido proceso legal. Véase Chafee, Zechariah, Jr., *Some Problems of Equity*, 1950, pp. 224 y 225; Note, “Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments”, *Harv. L. Rev.*, núm. 87, 1974, pp. 589 y 590; Wright, Miller & Kane, *Federal Practice and Procedure: Civil*, núm. 7A, 2a. ed., 1986, p. 12.

tradictorias y la doctrina confusa. La inseguridad dominaba el derecho de la cosa juzgada en las acciones colectivas antes de la promulgación de las Reglas Federales del Procedimiento Civil en 1938. La primera regla escrita sobre las acciones colectivas en los Estados Unidos establecía que “... la sentencia será sin perjuicio de los derechos y pretensiones de todas las partes ausentes”.²⁴⁰ Sin embargo, no fue raro que los tribunales abiertamente no aplicaran esta última frase de la Regla.²⁴¹ La enmienda de 1966 a la regla federal 23 buscó remediar esta contradicción no satisfactoria. Tal vez para terminar un siglo de controversia, tal vez para eliminar cualquier idea de una intervención unilateral (*one-way intervention*), el legislador norteamericano de 1966 usó la expresión “ya sea o no sea favorable al grupo” tres veces en la regla 23, al codificar los efectos de la cosa juzgada en la sentencia colectiva.²⁴²

III. OPCIONES LEGISLATIVAS

Una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo.²⁴³ La sentencia debe tener efectos obligatorios *ultra partes*, más allá de las partes.²⁴⁴ El carácter *erga omnes* (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva.²⁴⁵ Una sentencia limitada a las partes pre-

240 Véase regla 48, de las Federal Rules of Equity, de 1842.

241 Véase *Smith v. Swormstedt*, 57 U. S., 1850, p. 288 (Publicado solamente una década después de promulgada la Regla de Equidad 48, el caso desechó el lenguaje de la regla y sostuvo que una sentencia colectiva puede ser obligatoria para los miembros ausentes del grupo); véase también Thomas Atkins Street, *Federal Equity Practice*, núm. 1 (Edward Thompson Co., 1909), pp. 271, 272, 344 y 345 (§§ 433-335, 551-552).

242 Véase reglas 23(c)(2)(B) y 23(c)(3), de las Federal Rules of Civil Procedure, traducidas, *infra*, capítulo décimo, sección II (establece que la sentencia colectiva es obligatoria para los ausentes sea o no favorable al grupo). Un observador extranjero se preguntaría qué sucedería si esa expresión apareciera sólo una vez en el texto de la regla 23.

243 *Vid. infra*, capítulo cuarto, sección I, “Definición de acción colectiva”.

244 Por este motivo, la ahora extinta *spurious class actions* norteamericana no fue considerada una acción colectiva verdadera, sino solamente un instrumento para permitir el litisconsorcio. De aquí el nombre “*espurio*”.

245 Véase Hazard, Geoffrey C., Jr. *et al.*, “An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 146, 1998, pp. 1849 y 1850 (advierte que “es de la esencia de las acciones colectivas que sus sentencias tengan efectos obligatorios sobre el grupo”); Taruffo, Michele, “Intervención”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 330 (expone que cuando el objeto del juicio es un derecho difuso, es necesario otorgar la correspondiente eficacia difusa a la sentencia); D’Oliveira, Jessurun, “Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation”, *XXX Netherlands International Law Review*, 1983, pp. 161 y 179-181. El carácter *erga omnes* de una sentencia colectiva es aún más importante en los sistemas de derecho civil, donde el impacto de los precedentes en litigios futuros es considerablemente menor.

sentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye la esencia fundamental del proceso colectivo.²⁴⁶ Así, la doctrina de la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva. Sin embargo, también debe reconocerse que los intereses de los miembros ausentes están en juego en una acción colectiva, y éstos deben ser protegidos de representantes deshonestos o incompetentes.

Existen dos soluciones obvias para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en el litigio colectivo: o la ley da efecto obligatorio a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado (*pro et contra*),²⁴⁷ o bien la ley obliga a los miembros ausentes tan sólo si el grupo triunfa: preclusión unilateral (*one-way preclusion*) en la terminología del sistema norteamericano o cosa juzgada *secundum eventum litis* en la terminología del derecho civil.²⁴⁸ La solución brasileña establece un enfoque complejo

Henk J. Snijders opina que puede haber “una acción colectiva sin una cosa juzgada con efectos *erga omnes*”. Véase Snijders, Henk J., “Netherlands Civil Procedure”, *Access to Civil Procedure Abroad* (Henk J. Snijders ed. & Benjamin Ruijsenaars trans., 1996), pp. 239, 256 y 257 (“En las acciones representativas la cuestión difícil es saber si las personas a quienes la organización representa están obligadas por la sentencia en dichas acciones. En principio, como punto de derecho, esa cuestión debe ser contestada negativamente. Los individuos involucrados no fueron parte de la acción representativa, y por lo tanto esa sentencia no tiene la autoridad de cosa juzgada para ellos. A pesar de esto, el efecto de la sentencia sobre terceras partes interesadas en el asunto puede ser considerable, ya sea en sentido negativo o positivo”). Sin embargo, esta afirmación prueba demasiado; prueba que la cosa juzgada no es esencial a ninguna acción. Una sentencia colectiva sin cosa juzgada tiene efectos equivalentes a una sentencia en una acción individual sin efectos de cosa juzgada. Debido a que las acciones representativas holandesas descritas anteriormente son más comparables a un procedimiento de tipo “acciones experimentales” (*test case*) que a una acción colectiva, éstas pueden ser mejor llamadas como “acciones colectivas experimentales” (*test class actions*).

246 Véase D’Oliveira, Jessurun, “Group Actions in Civil Procedure”, *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law*, 1990, pp. 135 y 147 (opina que “los repeat players siguen la estrategia de generalizar sus victorias procesales y confinar sus pérdidas a la cosa juzgada en el caso individual”).

247 Ésta es la regla que predomina en toda la doctrina de las acciones colectivas del *common law*. Véase por ejemplo reglas 23(c)(2)(B) y 23(c)(3), de las Federal Rules of Civil Procedure, de 1966, traducidas, *infra*, capítulo décimo, sección II (establece que la sentencia de grupo es obligatoria para los miembros ausentes, sea o no sea favorable al grupo). Véase Class Proceeding Act, S. O., 27(3), 1992 (Ontario); Code of Civil Procedure, S. Q., ch. 48, artículo 1027, 1976 (Quebec).

248 Esta es la regla general en la *Verbandsklage* alemana (acción de asociaciones) para el control judicial de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Si la asociación de consumidores triunfa en la acción colectiva y la cláusula se considera abusiva, se considera nula para beneficio de todos los miembros del grupo. Si la asociación pierde, otra asociación puede promover la misma acción colectiva otra vez. Véase Koch, Harald, “Class and Public Interest Actions in German Law”, *C. J. Q.*, núm. 5, 1986, pp. 66, 70 y 71.

La cosa juzgada *secundum eventum litis* es un tema controvertido entre los juristas del derecho civil, pero tiene apoyo de prominentes juristas. En Italia, Pisani, Proto, “Appunti preliminari per uno

y sofisticado que abarca los aspectos benéficos de cada una de estas reglas extremas.

IV. LA SOLUCIÓN BRASILEÑA DE LA COSA JUZGADA COLECTIVA

El artículo 103 del Código del Consumidor de Brasil se refiere al efecto de cosa juzgada en las acciones colectivas.²⁴⁹ La ley brasileña prescribe que una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales.²⁵⁰ Si la acción colectiva es decidida en favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva. Ellos pueden aún presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección a sus derechos individuales.

A primera vista, este sistema de cosa juzgada puede semejarse a la antigua controversia estadounidense llamada “intervención unilateral” (*one-way intervention*).²⁵¹ Algunos pueden incluso llamarla “cosa juzga-

studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 263 y 284-286; Costantino, Giorgio, “Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile”, *Dir. e Giur.*, 1974, p. 235; Denti, Vittorio, “Relazione introduttiva”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 3; Taruffo, Michele, “Intervento”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 329 y 330-306. En España, Estagnan, Joaquin, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, 1995, pp. 362, 363 y 384; Estévez, José, *Tutela procesal de los consumidores*, 1995, pp. 92, 93, 136 y 137. Contra la cosa juzgada *secundum eventum litis*, Cappelletti, Mauro, “Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi”, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 191, 205 y 206.

249 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 103, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I; véase Azambuja, Carmen, *Rumo a uma nova coisa julgada*, 1994; Rocha Braga, Renato, *A coisa julgada nas demandas coletivas*, 2000.

250 En el derecho norteamericano, un efecto similar de la cosa juzgada puede encontrarse en juicios de accionistas en representación de una empresa (*shareholder derivative suits*) y en juicios de accionistas contra deliberaciones de los dirigentes de la compañía (*shareholders suits against company board deliberations*). Véase Wright *et al.*, *Federal Practice and Procedure Civil*, núm. 7C, 2a. ed., 1986, § 1840.

251 El término “intervención unilateral” (*one-way intervention*) fue usado comúnmente antes de la reforma de 1966 en las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas. El término ha sido usado de un modo negativo para hacer notar la posibilidad de que en una *spurious class action* un miem-

da unilateral” (*one-way res judicata*). Sin embargo, esta primera impresión es falsa. A diferencia de la “intervención unilateral”, el grupo en la acción colectiva de Brasil tiene una sola oportunidad en el litigio colectivo. Si el grupo triunfa, el grupo como un conjunto y todos sus miembros se beneficiarán de la sentencia favorable. Si el grupo pierde, sin embargo, el derecho de grupo (difuso, colectivo, individual homogéneo) perecerá, y otra acción colectiva sobre la misma pretensión colectiva estará extinguida.²⁵² A este respecto, la sentencia colectiva obliga a todo el grupo, sea la sentencia favorable o no lo sea. Sin embargo, los derechos individuales que existen en la misma controversia no se extinguen, y los miembros del grupo tienen la oportunidad de demandar individualmente para reivindicar sus derechos individuales.

Un ejemplo hará clara esta distinción. Como se dijo antes, el derecho transindividual de un grupo (derechos difusos o colectivos) está estrechamente interrelacionado con los derechos individuales de sus miembros. La violación de un derecho difuso (por ejemplo, la veracidad de los anuncios publicitarios) puede provocar la violación de una serie de derechos individuales que, como tienen un origen común, son llamados “homogéneos” (por ejemplo, daños individuales causados a los consumidores por el anuncio). La comprensión de este concepto es esencial para apreciar los efectos de la cosa juzgada colectiva en Brasil. El objeto de la acción colectiva ejercitada para prohibir un presunto anuncio engañoso (*injunctive class action*) es impedir la difusión del mismo (una acción colectiva de no hacer en protección del derecho difuso). Si la acción colectiva tiene éxito, no sólo el anuncio será prohibido, sino que todos los miembros del grupo serán beneficiados debido a los efectos obligatorios de la sentencia (*binding effect of the class decree*). En las acciones individuales por daños, los miembros del grupo no necesitarán probar que el anuncio fue erróneo, sino solamente

bro del grupo pudiese intervenir en una acción después de que una sentencia favorable se hubiere dictado. Harry Kalven y Maurice Rosenfield desarrollaron esta idea, la cual fue aceptada por algunos jueces, y por otros no. Véase Kalven, Harry y Rosenfield, Maurice, “The Contemporary Function of the Class Suit”, *Chi. L. Rev.*, núm. 8, 1941, p. 684. Hubo una fuerte controversia sobre este tema porque muchos pensaron que era injusto permitir a un miembro beneficiarse de una sentencia colectiva sin que corriera el riesgo de perder. La reforma a la regla 23 realizada en 1966 en parte corrigió estas preocupaciones. Véase la nota del Consejo Consultivo de la regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure; 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, 385 y 386.

²⁵² El término “controversia” (*controversy*) tiene un significado más limitado en el derecho civil que en el *common law*. *Vid. supra*, capítulo séptimo, sección I, “Visión comparativa de la cosa juzgada”.

tendrán que demostrar la relación de causalidad individual (*causation*) y el monto de los daños.²⁵³ Si la acción colectiva fracasa, el anuncio no será considerado engañoso y no será prohibido. Esta sentencia es cosa juzgada, y el grupo ya no tiene una segunda oportunidad. Aunque el grupo ya no tiene derecho a proponer otra acción colectiva para obtener la prohibición bajo la misma causa de pedir, los miembros del grupo no estarán vinculados en sus pretensiones individuales, y podrán alegar en sus acciones individuales por daños que el anuncio es engañoso.

Debido a que en la acción colectiva las personas interesadas no son necesariamente partes del juicio, o llamadas a comparecer en el tribunal o estar informadas de la existencia de la acción, el legislador brasileño consideró aceptable que una persona se beneficiara de la sentencia colectiva, pero no que fuera perjudicada por ella. Fue una política correcta bajo estas circunstancias. No hay razón para excluir a los miembros que no fueron parte de los beneficios de una acción colectiva que tiene éxito. Sin embargo, el legislador brasileño consideró que algunas garantías procesales importantes podrían ser violadas con una sentencia adversa que tuviera efectos preclusivos.²⁵⁴

253 Los juristas norteamericanos pueden considerar esto como un ejemplo de “preclusión de cuestiones” (*issue preclusion* o *collateral estoppel*). Este análisis sería correcto. En verdad, el sistema de cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas puede ser entendido por medio del concepto de “preclusión de cuestiones”, y éste sería visto de un modo más familiar y más aceptable a un observador norteamericano. Es relevante mencionar, no obstante, que en el sistema de derecho civil no hay generalmente *issue preclusion*, y esta solución no sería posible sin una expresa disposición en una ley escrita. Una de las pocas voces en Brasil que invoca para la cosa juzgada un efecto semejante al concepto del *common law* de “preclusión de cuestiones” fue la de Alvim, Thereza, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, 1977, pp. 31-85. *Vid infra*, capítulo séptimo, sección VI, “La razón del enfoque brasileño” (discutiendo el *offensive nonmutual issue preclusion* en el derecho norteamericano).

254 Ha sido desde hace largo tiempo aceptado en los Estados Unidos que la representación adecuada de intereses de ausentes (así como la notificación adecuada) son suficientes bajo la cláusula del debido proceso legal. Véase Note, “Proposed Rule 23: Class Action Reclassified”, *Va. L. Rev.*, núm. 51, 1965, pp. 629 y 654; Comment, “Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, pp. 889, y 910-915; Frankel, Marvin, “Some Preliminary Observations Concerning Civil Rule 23”, *F. R. D.*, núm. 43, 1968, pp. 39 y 45; Kaplan, Benjamin, “The Class Action: A Symposium. A Prefatory Note”, *B. C. Indus. & Comm. L. Rev.*, núm. 10, 1969, pp. 497, 499; Degnan, Ronan, “Foreword: Adequacy of Representation in Class Action”, *Cal. L. Rev.*, núm. 60, 1972, pp. 705 y 719; Note, “Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action judgments”, *Harv. L. Rev.*, núm. 87, 1974, pp. 589, 599-601, 605 y 606; Note, “The Importance of Being Adequate: due Process Requirements in Class Actions under Federal Rule 23”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 123, 1975, p. 1188; Note, “Developments in the Law Class Actions”, *Harv. L. Rev.*, núm. 89, 1976, pp. 1318, 1402-1416, esp. 1403 y 1413; Wright *et al.*, *Federal Practice and Procedure: Civil*, núm. 7B, 2a. ed., 1986, pp. 253-258; Friedenthal, Kane y Miller, *Civil Procedure*, 1999, p. 772, nota 8.

En consecuencia, de acuerdo con las leyes brasileñas de las acciones colectivas, solamente los beneficios de la sentencia colectiva se extienden a los miembros individuales ausentes. Estos miembros no pueden ser perjudicados por una sentencia desfavorable.²⁵⁵ Los juristas del derecho civil denominan a esta situación una extensión *in utilibus* (del latín “útil”) de la sentencia colectiva, porque solamente se extiende la decisión si es favorable a los intereses del grupo. También se le llama *secundum eventum litis*, porque depende del resultado del litigio.

Lo anteriormente mencionado es un ejemplo de cosa juzgada en una sentencia de una acción colectiva en protección de derechos difusos.²⁵⁶ La sentencia en una acción colectiva en protección de derechos colectivos se rige por la misma regla.²⁵⁷ Por ejemplo, en la acción colectiva para obligar a una empresa de seguro médico de efectuar el tratamiento de cierta enfermedad, la sentencia beneficiará a todos los miembros del grupo (clientes de esta empresa) que hayan sufrido algún daño por la negativa del demandado. En este caso, los miembros del grupo, cuando intenten sus demandas individuales por daños, no necesitarán probar ilegalidad de la conducta del demandado. Los miembros del grupo solamente tendrán que probar la relación de causalidad (*causation*) y el monto de los daños individuales.

Es importante distinguir esta regla brasileña de la regla expuesta por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*.²⁵⁸ En este caso, la Suprema Corte sostuvo que si el representante del grupo no demostraba que había una discriminación (racial o sexual) amplia contra todo el grupo (*pattern of classwide discrimination*), cada miembro ausente podría aun llevar su propia acción individual contra el mismo demandado para probar su discriminación individual. El objetivo de la acción colectiva es la discriminación contra todo el grupo. Si la discriminación amplia no es probada, la acción colectiva será rechazada, independientemente de la existencia de casos específicos de discriminación individual, como ocurrió en *Cooper*.²⁵⁹

Esta regla norteamericana difiere de la brasileña, porque en *Cooper* el demandante de la acción individual está obligado por la sentencia colectiva

255 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 103, párrafos 1 y 2, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

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

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

258 Véase *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U.S. 867 (1984).

259 *Idem*.

va y está impedido de alegar una discriminación amplia del grupo: las acciones individuales de los miembros están limitadas, en consecuencia, a alegar una discriminación individual. Conforme a la ley brasileña, sin embargo, los miembros del grupo no estarían obligados por la sentencia colectiva en absoluto, y estarían en capacidad de promover una acción individual para alegar y probar una discriminación amplia, siempre y cuando el demandante exigiese solamente un remedio individual para reparar la violación de su derecho individual. La pretensión del grupo, sin embargo, está precluida.

Para ofrecer una visión completa de la cosa juzgada en las acciones colectivas en Brasil, es necesario explicar el efecto obligatorio de la sentencia en una acción colectiva para proteger derechos individuales homogéneos. Como antes fue mencionado, la acción colectiva brasileña por daños individuales es una “acción colectiva parcial” (*issue class action*): su finalidad se limita a que se declare la responsabilidad del demandado. En caso de que tenga éxito la acción colectiva, cada miembro del grupo es beneficiado por esta declaración. Sin embargo, cada miembro del grupo debe presentar su propio caso ante el tribunal para establecer que es un miembro del grupo (*causation*) y probar el monto y la extensión de los daños individuales sufridos.²⁶⁰ Si la acción colectiva se decide contra el grupo, sus miembros no son perjudicados por la sentencia colectiva y pueden promover sus propias acciones individuales en protección de sus derechos individuales. Si el miembro del grupo intervino en la acción colectiva, sin embargo, estará obligado por la sentencia desfavorable.²⁶¹

V. COSA JUZGADA E INSUFICIENCIA DE PRUEBAS

Cambiando siglos de práctica establecida en el proceso civil individual tradicional, el legislador brasileño decidió que no habría cosa juzgada si la reclamación colectiva se estimaba sin fundamento debido a pruebas insuficientes.²⁶² Este desarrollo es tal vez una mayor innovación que

260 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección IV.3, “Derechos individuales homogéneos”.

261 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 103, III y 103, párrafo 2, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I.

262 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 103, I-II, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I. Esta regla no es nueva en el derecho brasileño sobre acciones colectivas. Ha estado en vigor en Brasil por lo menos desde la promulgación de la Ley de Acción Popular en 1965. Véase artículo 18. La regla brasileña ha influenciado otras legislaciones latinoamericanas sobre acción colectiva. Véase “Texto del Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica”, *Revista de Processo*, núm. 52, 1988, p. 134, artículo 194, y Código General del Proceso de Uruguay, artículo 220.

la ya mencionada doctrina de la no obligatoriedad de sentencias desfavorables.²⁶³ Cualquier representante del grupo puede volver a intentar la acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual en el caso de que presente nuevas pruebas. Por ejemplo, supongamos que el juez decide una acción colectiva a favor de las compañías de tabaco, sosteniendo que los cigarrillos no causan cáncer, que los cigarrillos no causan adicción y que las compañías de tabaco no sabían que cigarrillos causaban cáncer. Si varios años después aparecen pruebas en contrario, suficientes para garantizar una sentencia diferente, y la prescripción negativa no ha corrido, la misma acción colectiva para la protección del mismo derecho puede ser nuevamente iniciada por cualquier entidad con legitimación colectiva.

En el ejemplo anterior, la política brasileña es explicada así: el hecho de que el representante no pudo encontrar o no presentó todas las pruebas significa que representó inadecuadamente los intereses del grupo ante el tribunal. Por una parte, la vigilancia judicial de la representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas es más fuerte que en el sistema de los Estados Unidos, porque es objetiva: la inadecuación de la representación en la acción colectiva previa se presume si nuevas pruebas son presentadas en la segunda acción colectiva, y así un análisis independiente de que la representación fue inadecuada no se exige. Por otra parte, el nivel brasileño de investigación es menos fuerte porque está limitado a la suficiencia de las pruebas. Si la acción colectiva no es bien fundamentada jurídicamente o si el abogado preparó el caso en forma incompetente, la sentencia desfavorable será cosa juzgada.²⁶⁴

De acuerdo con la mayoría de los juristas brasileños, para que esta excepción sea aplicable y para que la sentencia colectiva no sea cosa juzgada es imperativo que el juez expresamente reconozca en su razonamiento que la sentencia estuvo basada en una falta de pruebas.²⁶⁵ En algu-

La regla tradicional se mantiene en el litigio individual; las partes tienen la carga de probar los hechos que son favorables a sus demandas y una falta de prueba significa cosa juzgada contra las partes. Es improbable que esta regla sea reformada en el futuro.

263 *Vid. supra*, capítulo séptimo, sección IV, “La solución brasileña sobre la cosa juzgada en acciones colectivas”.

264 *Vid. supra*, capítulo sexto, sección III, “Enfoque brasileño sobre legitimación colectiva” (discute la representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas).

265 Véase Da Silva, José Afonso, *Ação popular constitucional*, 1968, p. 273; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, 1994, p. 204. Arruda Alvim tiene una posición más liberal, aceptando un reconocimiento implícito de falta de prueba en el razonamiento de la sentencia. Véase Alvim, Arruda *et al.*, *Código do Consumidor comentado*, 1995, p. 464; Wambier, Luiz, *Liquidação de sentença*, 2000, p. 277.

nos casos, que son claros, puede ser posible para el juez estar consciente que la improcedencia de la acción colectiva se debió a una prueba insuficiente. Sin embargo, en muchos casos el juez puede no estar consciente de que la prueba relevante no se presentó. Es una regla reconocida en el procedimiento civil estadounidense que un juez no puede anticipar los efectos de cosa juzgada de sus propias sentencias.²⁶⁶ De acuerdo con ello, la regla brasileña debe interpretarse como que no exige un reconocimiento expreso o tácito de la falta de pruebas en la sentencia colectiva anterior. En consecuencia, si en cualquier tiempo después de la sentencia se descubre que nuevas pruebas podrían cambiar el resultado del caso, la acción colectiva que protege al mismo derecho del grupo puede volver a ser propuesta.²⁶⁷ Para que la regla de la cosa juzgada colectiva en Brasil pueda ser efectiva en la práctica, esta interpretación liberal es imperativa.

Sin embargo, no será suficiente alegar que la primera sentencia colectiva estuvo basada en pruebas insuficientes. La presentación de nuevas pruebas es esencial y debe hacerse en la demanda como un requisito para el comienzo de la segunda acción colectiva. No es necesario que el demandante demuestre que la prueba estaba disponible pero que no pudo obtenerla con razonable diligencia para utilizarla en el primer procedimiento. La simple presentación de la nueva prueba es suficiente. Esta prueba puede incluso llegar a estar a su alcance años después de la primera sentencia colectiva; por ejemplo, por medio de desarrollos en la ciencia.²⁶⁸

La nueva prueba no necesita ser tan persuasiva que por sí misma pueda asegurar una sentencia para el grupo. Sin embargo, la nueva prueba debe ser suficientemente fuerte como para justificar la posibilidad de una solución diferente de la controversia. El segundo juez debe evaluar todas las pruebas presentadas en el caso en su totalidad, incluyendo las pruebas que previamente se consideraron insuficientes.²⁶⁹

Este instrumento no es diferente del *iurare sibi non liquere*, una prerrogativa de los jueces romanos de abstenerse de decidir un caso en el que las pruebas no son determinantes para ninguna parte. Véase Wenger, Leopold, *Institute of The Roman Law of Civil Procedure*, 1955, p. 204; Engelmann, Arthur et al., *A History of Continental Civil Procedure*, 1969, p. 364.

266 Véase Note, "Binding Effect of Class Actions", *Harv. L. Rev.*, núm. 67, 1954, pp. 1059 y 1060; Wright, Miller & Kane, *Federal Practice and Procedure: Civil*, 2a. ed., vol. 7B, pp. 245-252; Hazard, Geoffrey C., Jr. et al., "An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits", *U. Pa. L. Rev.*, núm. 146, 1998, pp. 1849 y 1854.

267 Véase Gidi, Antonio, *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, pp. 131-135.

268 *Ibidem*, pp. 135-137.

269 Véase Leme Machado, Paulo Afonso, *Ação civil pública e tombamento*, 1987, p. 46.

Aunque la ley solamente aplica esta regla a las acciones colectivas para la protección de los derechos difusos y colectivos, no existe una razón suficiente por la cual no sea aplicada también a las acciones colectivas por daños individuales (derechos individuales homogéneos). En realidad, el legislador habría sido más consistente si hubiese extendido la aplicación de esta regla a todos los tipos de acciones colectivas.²⁷⁰

VI. LA RAZÓN DEL ENFOQUE BRASILEÑO

La posibilidad de que un demandado vuelva a litigar una cuestión que previamente le fue favorable en una acción colectiva puede parecer injusta y tal vez ineficiente. Sin embargo, fuertes razones políticas obligaron al legislador brasileño a adoptar el mencionado enfoque a las acciones colectivas. La acción colectiva es un instrumento procesal relativamente nuevo en Brasil. Además, algunos medios utilizados por los tribunales estadounidenses para proteger los intereses de los miembros ausentes no son disponibles en el procedimiento de los sistemas de derecho civil.

En primer lugar, el extenso uso del descubrimiento de pruebas (*discovery*) en los Estados Unidos proporciona un notable acceso a informaciones relevantes. La ausencia de este poderoso instrumento en Brasil resulta en decisiones a menudo basadas en pruebas e información limitadas. Éste es el argumento decisivo contra la regla estricta de la cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas.²⁷¹ En segundo lugar, los jueces del dere-

270 La única diferencia relevante entre estos procedimientos es que la ley establece una notificación general y expresamente permite la intervención de miembros individuales solamente en acciones colectivas para la protección de derechos individuales homogéneos (acciones colectivas por daños individuales, *class actions for damages*). Tal notificación no se establece en acciones colectivas para la protección de derechos difusos y colectivos. Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 94. A diferencia de los otros dos tipos de acciones colectivas, por lo menos en teoría, los individuos tienen más control y pueden ayudar al representante en el progreso de la acción colectiva para la protección de los derechos individuales homogéneos. Sin embargo, esto no justifica la diferencia radical de los efectos de la cosa juzgada entre los tipos de acciones colectivas, en vista de la falta de notificación adecuada y control por el juez. Además, no hay razón para permitir la intervención de un miembro del grupo en un tipo y no permitirla en otro tipo de acciones colectivas. *Vid. supra*, capítulo quinto, sección V, “Definición legal de derechos de grupo: necesidad de flexibilidad” (expone que el uso de abstracciones legales resultó en clasificaciones innecesarias en la ley, creando sin necesidad diferencias injustificadas en los procedimientos de los tres tipos de acciones colectivas). *Vid. supra*, nota 148.

271 Dos instrumentos funcionalmente equivalentes al *discovery* norteamericano en el procedimiento civil brasileño son el poder judicial de transferir la carga de la prueba (*shifting the burden of proof, inversão do ônus da prova*) y la “investigación civil” (*inquérito civil*). La “investigación civil” es un instrumento importante usado en la preparación de acciones colectivas, semejante a la “in-

cho civil carecen históricamente de poder, inclinación y habilidad profesional para evaluar la representación adecuada.²⁷² En tercer lugar, el legislador consideró las dificultades prácticas y las cargas financieras para establecer un método adecuado de notificación a los miembros ausentes.²⁷³ Brasil es un país geográficamente grande y económicamente subdesarrollado. La mayoría de sus ciudadanos carecen de una completa conciencia política, son pobres y sin educación, por lo que sería imposible crear una notificación adecuada y eficiente en tales circunstancias.²⁷⁴ En cuarto lugar, la población no está satisfecha con el desempeño del sistema judicial. Las reglas éticas de la Barra de Abogados carecen en gran medida de aplicación, y hay una desconfianza persistente del Poder Judicial. Finalmente, la falta de desarrollo tecnológico y de información científica sobre productos peligrosos, así como la ausencia de una Barra de Abogados bien financiada y con espíritu empresarial, hace ver la necesidad de una regla más flexible sobre la cosa juzgada en el litigio de la acción colectiva.

Un sistema de cosa juzgada que varía de acuerdo con el resultado de la sentencia es importante no solamente en países en desarrollo. Los juristas estadounidenses están acostumbrados a reglas agresivas del “uso unilateral de la preclusión de cuestiones” (*offensive nonmutual issue preclu-*

vestigación policial” (“inquérito policial”) disponible al Ministerio Público en el procedimiento criminal. Véase Gidi, Antonio, “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”, *Revista de Direito Processual Civil*, núm. 3, 1996, p. 583; Mazzilli, Hugo, *O inquérito civil*, 1999. Sin embargo, transferir la carga de la prueba es de limitada utilidad para descubrir hechos desconocidos, y la “investigación civil” sólo puede ser conducida por el Ministerio Público.

La adopción de reglas sustantivas de responsabilidad objetiva y la ausencia de daños punitivos (*punitive damages*) también disminuyen el problema de información asimétrica en el litigio civil, y, consecuentemente, la necesidad del descubrimiento de pruebas (*discovery*).

272 Véase Cappalli, Richard y Consolo, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temple Int'l & Comp. L. J.*, 1992, pp. 217 y 291 (explican que los italianos y tal vez incluso otros jueces de Europa continental serían “absolutamente incapaces de ejecutar, de modo creíble, las mismas funciones que el juez norteamericano”, incluyendo evaluar la representación adecuada. Véase Giussani, Andrea, *Studi sulle “class actions”*, 1996, pp. 371 y 387. Compárese Koch, Harald, “Group and Representative Actions in West German Procedure”, *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal*, 1990, pp. 27, 34 y 35 (da ejemplos en los que los jueces alemanes evaluaron, en forma primitiva, la adecuación de la representación en las acciones colectivas).

273 Véase *Ahearn v. Fibreboard Corp.*, 162 FRD 505 (E.D. Tex. 1995), un caso norteamericano en el cual la notificación ordenada a los miembros ausentes costó aproximadamente 22 millones de dólares.

274 Brasil tiene aproximadamente 170 millones de habitantes, desigualmente distribuidos sobre alrededor de 8.5 millones de kilómetros cuadrados, en un área más grande que los Estados Unidos (en su parte continental). Casi una sexta parte de la población adulta es analfabeta.

sion, *one-way preclusion*) y los tribunales norteamericanos a menudo aplican la cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis* en acciones individuales.²⁷⁵ Este enfoque especial estadounidense puede ser mejor explicado a los abogados del derecho civil con un ejemplo sencillo. Después de un accidente de tráfico que involucró un autobús y resultó en cincuenta pasajeros lesionados, el pasajero A demanda a la compañía del autobús, alegando negligencia de parte del chofer. Si el tribunal encuentra negligencia en la compañía, entonces en otra acción posterior propuesta por el pasajero B, el tribunal puede considerar la cuestión de la negligencia como precluido contra la compañía del autobús que litigó previamente (asumiendo que esta cuestión fue realmente litigada y resuelta en el juicio anterior). Esta solución está justificada si no existe razón para sospechar que un resultado diferente surgiría, porque la compañía del autobús tuvo una oportunidad completa y justa de litigar la cuestión de la negligencia y no existe razón legítima para la compañía de volver a litigarla en el segundo caso. Sin embargo, si la compañía del autobús gana en el primer juicio iniciado por el pasajero A, el pasajero B no está obligado por esa sentencia, porque él no fue parte en esa acción y no tuvo la oportunidad de litigar su pretensión.²⁷⁶

275 Véase *Bernhard v. Bank of America*, 122 P.2d 892, 1942 (uso defensivo); *Blonder-Tongue Lab. v. University of Ill. Found.*, 402 U.S. 313, 1971 (uso defensivo); *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979 (uso ofensivo por una parte privada después de una acción gubernamental); *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944 (2nd Cir. 1964); Restatement (Second) of Judgments § 29 & reporter's note, 1982; Furman, Roger, Note, "Offensive Assertion of Collateral Estoppel by Persons Opting Out of a Class Action", *Hastings L. J.*, núm. 31, 1980, p. 1189; 18 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction*, 2a. ed., §§ 4463-4465 (discute el abandono de la regla de reciprocidad (*mutuality rule*) y limitaciones a la "preclusión unilateral" (*nonmutual preclusion* o *one-way preclusion*)).

276 Hay excepciones, calificaciones y fundamentos políticos de esta regla que no serán examinados aquí. Como regla general, sin embargo, la "preclusión de cuestiones" (*issue preclusion*) no será otorgada cuando sea manifiestamente injusta al demandado. Esta información puede no ser muy útil porque las nociones de justicia en las tradiciones de derecho civil y *common law* difieren grandemente. Además, las reglas de la "preclusión de cuestiones" pueden diferir entre estados y entre niveles de sistemas estatales y federal. Véase Friedenthal, Kane & Miller, *Civil Procedure*, 1999, pp. 704-710; también James, Hazard & Leubsdorf, *Civil Procedure*, 2001, § 11.25 (discuten la doctrina de reciprocidad y su erosión).

El uso unilateral de la preclusión de cuestiones (*offensive use of issue preclusion*) por las que no son partes es un tema controvertido en el procedimiento norteamericano y, en principio, no es aun aceptable en Inglaterra o en otras jurisdicciones del *common law*. Pero véase Watson, Garry, "Issue Estoppel, Abuse of Process and Repetitive Litigation: The Death of Mutuality", *International Perspectives on Civil Justice* (I. R. Scott ed., 1990), pp. 179 y 180 (argumenta que en algunos casos los tribunales de Inglaterra y Canadá han abandonado la mutualidad y han dado "alguna forma de efecto de preclusión (*preclusive effect*) a favor de terceros").

Los sistemas de derecho civil normalmente limitan la cosa juzgada al objeto litigioso y a la preten-

La “preclusión unilateral” (*one-way preclusion*) en el ejemplo anterior puede ser muy importante en casos que involucren responsabilidad por el uso de productos (*product liability*), particularmente en litigios que involucren productos defectuosos producidos en masa (*mass torts*). Por ejemplo, si se declara el defecto de un producto en un proceso, la sentencia puede operar estableciendo la responsabilidad sobre toda la línea de producción. En casos farmacéuticos, cuando una sentencia decide que un producto afecta la salud humana, los otros consumidores no necesitan volver a litigar la misma cuestión en los casos siguientes, colocando potencialmente al demandado en una difícil posición.²⁷⁷ Como resultado, muchos demandados se sentirán obligados a arreglar los casos para evitar un juicio que al final determine su responsabilidad en la línea entera del producto. Si esta regla puede aceptarse en el litigio individual en los Estados Unidos, donde no hay protección al grupo, como el control judicial de la representación adecuada, no existe una razón fundamental de justicia para excluir dicha regla del contexto de las acciones colectivas.

El control judicial sobre la representación adecuada en las acciones colectivas es considerado frecuentemente por juristas norteamericanos como un argumento definitivo para el efecto obligatorio de la sentencia colectiva sin considerar el resultado (*pro et contra*). Esto no es convincente, porque la representación adecuada es un medio para proteger a los miembros ausentes, no para perjudicarlos.

Otra analogía funcional de la cosa juzgada brasileña *secundum eventum litis* con la doctrina de la acción colectiva norteamericana es la práctica —ahora prohibida— de llevar a cabo una audiencia preliminar sobre

sión deducida: no dan efecto de preclusión a cualquier “incidente” o “cuestión preliminar” (*issues*, en terminología del *common law*). Un incidente sólo puede ser cosa juzgada en el sistema del derecho civil si las partes requieren específicamente una resolución, o sea, una interlocutoria (acción declaratoria incidental). Este instrumento tiene consecuencias semejantes a la “preclusión de cuestiones” (*issue preclusion*), pero es mucho más formalista y restrictivo porque es en un juicio incidental. Las reglas generales de cosa juzgada se aplican obligando solamente a las partes del caso. Véase Código de Proceso Civil brasileño, artículos 5o., 325, 470.

277 Véase Hazard, Geoffrey C., Jr. *et al.*, “An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 146, 1998, pp. 1849, 1850 y 1917, nota 315 (sostiene que “con la abolición de la regla de mutualidad [*mutuality rule*], un tercero que es puesto en una situación semejante al actor que ha vencido su acción individual puede invocar esta decisión en la acción individual en la misma manera que un miembro del grupo lo haría en el caso de una acción colectiva” y que “con la abolición de la regla de mutualidad, en cualquier acción individual en donde uno de los miembros del grupo es parte vencedora sería en efecto una acción colectiva en relación a las cuestiones comunes a todas las personas en una situación semejante”).

el fondo de la demanda (*preliminary hearing on the merits*) antes de certificar la acción colectiva (*certification*). Conforme a la vieja práctica, la acción colectiva solamente era certificada si el grupo tenía probabilidad de ganar el fondo del caso.²⁷⁸ Solamente las demandas con alta probabilidad de éxito podían proceder como una acción colectiva, lo que aseguraba que sólo una sentencia favorable al grupo tuviese un efecto obligatorio sobre los miembros ausentes.²⁷⁹

VII. NOTAS COMPARATIVAS

El trasplante del sistema brasileño de la cosa juzgada colectiva al sistema de *common law* no sería apropiado sin modificaciones, particularmente respecto a los efectos obligatorios de la acción colectiva pasiva (*defendant class action*) y en arreglos de la transacción.²⁸⁰ El derecho

278 Compárese *Dolgow v. Anderson*, 43 F. R. D., 472 (D. C. N. Y., 1968) (sostiene que debería hacerse una investigación preliminar sobre el fondo de los derechos, antes de certificar la acción colectiva) con *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, U. S., núm. 417, 1974, p. 156 (considera que es impropio hacer una investigación preliminar sobre los derechos y determinar que el demandante probablemente triunfaría, y consecuentemente, trasladar el costo de hacer la notificación al demandado); *Miller v. Mackey International*, 452 F.2d 424 (5th Cir. 1971) (sostiene que un juez no puede negar la certificación de la acción colectiva basándose en la creencia de que el actor no podrá prevalecer en el mérito); *Castano v. American Tobacco Company*, 84 F.3d 734, 1996 (la fuerza de una demanda del actor no debería afectar la certificación de la acción colectiva). Pero véase *In re Rhone-Poulenc Rorer, inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995) (que hace una investigación preliminar sobre el fondo del caso); Hazard, Geoffrey C., Jr., “Class Certification Based on Merits of the Claims”, *Tenn. L. Rev.* (forthcoming 2002).

Una vieja propuesta del Departamento de Justicia de los Estados Unidos trató de resucitar esta práctica, pero nunca fue promulgada. Véase S. 3475, 95th Cong., 2a. Sess., 124 Cong. Rec. 27.859, 1978; United States Department of Justice, *Bill Commentary. The Case for Comprehensive Revision of Federal Class Damage Procedure*, 1979, pp. 51-57; Berry, Stephen, “Ending Substance’s Indenture to Procedure: the Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action”, *Colum. L. Rev.*, núm. 80, 1980, pp. 299, 312-315 y 335-337.

Esta es la regla de las acciones colectivas de mercado de valores en Israel (*securities class actions*). Véase Goldstein & HaCohen, “Class Actions [in Israel]”, *Intl Enc. of Laws*, 1994, pp. 261 y 263; Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 1003(b) (requiere, para certificar una acción colectiva, que “los hechos alegados parezcan justificar las conclusiones buscadas”); Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, 1982, t. II, pp. 309-324.

279 El otro lado de la moneda es que este instrumento podría ser también benéfico para los demandados, porque detendría juicios frívolos, abusos y chantajes. Véase Note, “Developments in the Law Class Actions”, *Harv. L. Rev.*, núm. 89, 1976, pp. 1318 y 1416-1438, Katarincic, Joseph, y McClain, Allan, “Federal Class Actions under Rule 23: How to Improve the Merits of your Action Without Improving the Merits of your Claim”, *U. Pitt. L. Rev.*, núm. 33, 1972, pp. 429 y 439-443, y Blecher, Maxwell, “Is the Class Action Rule Doing the Job? (Plaintiff’s Viewpoint)”, *F. R. D.*, núm. 55, 1973, pp. 365 y 368-370.

280 *Vid. supra*, capítulo cuarto, sección V, “Vicios de las acciones colectivas brasileñas”.

norteamericano sobre la acción colectiva, sin embargo, podría beneficiarse mucho de un sistema de cosa juzgada que fuera un compromiso entre la muy liberal “intervención unilateral” (*one-way intervention*) y el muy restrictivo enfoque “sea favorable o no lo sea” (*whether favorable or not*).

En los Estados Unidos la certificación (*certification*) de las acciones colectivas es negada en numerosos casos por el miedo de que los intereses de los miembros ausentes sean perjudicados. Algunas de estas acciones podrían haber sido permitidas si el tribunal hubiera conocido con anterioridad que ningún daño se produciría a los derechos individuales de los miembros ausentes del grupo. Además, usando un sistema modificado de cosa juzgada, el problema de los “miembros futuros” (*future class members*) se vuelve un problema resuelto, porque un menor riesgo es impuesto a los futuros demandantes.²⁸¹ Por otra parte, este sistema de cosa juzgada beneficia a los “miembros futuros”, porque ellos reciben los frutos de una sentencia favorable sin el riesgo de ser perjudicados por una eventual sentencia contraria. Por otra parte, si el grupo gana, los “miembros futuros” corren el riesgo de que los fondos disponibles estén agotados cuando lleguen a ser “miembros presentes” (*current class members*). Este problema práctico solamente puede ser evitado por una sentencia colectiva que cuidadosamente tome en consideración todas las variables de la situación. Sin embargo, los problemas de los “miembros futuros” no fueron especialmente previstos por las leyes brasileñas y no pueden ser resueltos adecuadamente en Brasil incluso a través de los procedimientos de bancarrota.

El sistema brasileño de cosa juzgada puede ser considerado como una alternativa al sistema de “optar por salir” (*opt out*); en el cual un miembro puede exigir ser excluido de la acción colectiva. El procedimiento de

281 El problema de los miembros futuros del grupo es uno de los más delicados en el litigio colectivo por daños masivos (*mass torts class litigation*), en el que serías consideraciones de justicia y debido proceso están involucrados. Véase Hazard, Geoffrey C., Jr., “The Futures Problem”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 148, 1997, pp. 1901 y 1910-1913 (discute *Amchem Prods., v. Windsor*, 521 U. S. 591, 1997 y *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U. S. 815, 1999). En estos casos, otros dos aspectos especialmente difíciles complicaron más el problema: ambos fueron acciones colectivas de transacción (*settlement class actions*) y ambos envolvían demandas por lesiones tóxicas (*mass toxic torts*). Véase Weinstein, Jack, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, 1995; Mullenix, Linda, *Mass Tort Litigation. Cases and Materials*, 1996; Tidmarsh, Jay, *Mass Tort Settlement Class Actions. Five Case Studies*, 1998; Faulk, Richard, *Stopping the Speeding Locomotive: Perspectives on Toxic Tort and Environmental Litigation*, 2000; “Symposium. Mass Torts: Serving Up Just Desserts”, *Cornell L. Rev.*, núm. 80, 1995; “Symposium. Mass Torts”, *U. Penn. L. Rev.*, núm. 148, 2000.

“optar por salir” solamente se justifica en un sistema en que la sentencia es obligatoria para los miembros ausentes del grupo, sin considerar la solución final del caso (“sea o no sea favorable al grupo”). Sin embargo, un sistema de “optar por salir” es incompatible con un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*. En tanto que los miembros ausentes no estén obligados por una sentencia desfavorable, el miembro no necesita excluirse del grupo.