

# El incidente de resolución de demandas repetitivas en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil Brasileño\*

Francisco Verbic

## I. Introducción

Una vez más, Brasil se adelanta en la región y avanza en el campo del proceso civil. En esta oportunidad, lo hace con una comprensiva y profunda reforma, la cual lleva por objetivo declarado procurar un nuevo Código que “*privilegie la simplicidad en el lenguaje y en la acción procesal, la celeridad del proceso y la efectividad del resultado de la acción*”.<sup>1</sup>

De acuerdo con la Exposición de Motivos que acompaña la iniciativa aprobada por el Senado a mediados del mes de Diciembre de 2010 (en adelante “el Proyecto”), una de las principales directrices políticas que subyacen la reforma es consolidar el principio de seguridad jurídica.<sup>2</sup> Para ello, el Proyecto introduce nuevos institutos y reformula otros existentes con la idea de “*evi-*

Francisco Verbic é Abogado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina). Especialista en Derecho Civil (Universidad Nacional de La Plata). Candidato a Magister en *International Legal Studies* (New York University School of Law). Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

\* Sem revisão do editor.

<sup>1</sup> Ver la carta de José Sarney (*Presidente del Senado Federal*) “*Um Novo Código do Processo Civil*”, acompañando el Anteproyecto que luego fuera aprobado por el Senado Federal a mediados del mes de Diciembre de 2010. Ver <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/senado-aprova-novo-codigo-de-processo-civil>. El anteproyecto está disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011).

<sup>2</sup> Dicho principio es considerado como “*obviamente de índole constitucional en la medida que descansa en las premisas del Estado Democrático de Derecho y busca proteger y preservar las justas expectativas de las personas*”. Ver Exposición de Motivos, p. 19, disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011).

tar la dispersión excesiva de la jurisprudencia”.<sup>3</sup> Entre los distintos mecanismos pensados para lograr esta última finalidad, a su turno, se cuenta la creación de un *incidente de resolución de demandas repetitivas* (inspirado en el modelo de *test case* alemán, en adelante “el Incidente”).<sup>4</sup> De este modo, el Proyecto aspira a proveer a los operadores jurídicos brasileños de un nuevo instrumento para enfrentar conflictos colectivos, el cual se suma al mecanismo de acciones representativas regulado por el juego conjunto de la Ley de Acción Civil Pública y el Código de Defensa del Consumidor.<sup>5</sup>

El presente trabajo se propone analizar las reglas generales que gobiernan este nuevo dispositivo y compararlo (aunque más no sea de un modo superficial) con un mecanismo equivalente establecido en los Estados Unidos de América para enfrentar el problema que se presenta al sistema de justicia cuando debe resolver una multiplicidad de procesos similares: la consolidación o coordinación de la etapa de *pretrial* mediante el uso del mecanismo de *multidistrict-litigation* (en adelante “MDL”).<sup>6</sup>

<sup>3</sup> El art. 847 que da inicio a las disposiciones generales establecidas en el Libro IV expresamente se refiere a esta finalidad al prescribir que “Los tribunales velarán por la uniformidad y por la estabilidad de la jurisprudencia, observando lo siguiente...”.

<sup>4</sup> Ver Exposición de Motivos, pp. 20-21, disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojet01.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011). Sobre el sistema Alemán puede consultarse Antonio do Passo Cabral “O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”, RePro N° 147 (2007), Editorial Revista dos Tribunais, Sao Paulo; también Juan Agustín Silva “El tratamiento de las acciones repetitivas como manifestación del principio de economía procesal”, ponencia presentada al XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal a celebrarse del 8 al 10 de Junio de 2011 en la ciudad de Santa Fe, Argentina, disponible en <http://www.procesalsanta-fe2011.com/wp-content/uploads/2011/03/SILVA-Juan-Agustin.pdf> (última visita, 14 de Abril de 2011).

<sup>5</sup> Ley de Acción Civil Pública, Lei N° 7347, de 24 de Julho de 1985; Código de Defensa del Consumidor, Lei N° 8078, de 11 de Setembro de 1990.

<sup>6</sup> Vale destacar que la herramienta de casos testigos no es ajena a la práctica de los Estados Unidos de América, donde también se la denomina *bellwether trials* (en alusión a la oveja líder del rebaño que carga

El estudio del tema está dividido en 7 partes. En la parte II presentaré algunos conceptos generales y pondré de resalto las primeras diferencias que pueden advertirse entre el Incidente y MDL. En la parte III me ocuparé de analizar quienes se encuentran habilitados para promover ambos mecanismos, quién es la institución responsable de tomar la decisión sobre la conveniencia y oportunidad de utilizarlos, y cuáles son los factores que deben evaluarse a la hora de resolver al respecto.

una campana para que las otras la sigan). La diferencia entre este dispositivo y el Incidente es que aquél no se encuentra expresamente regulado. Se lo considera un instrumento de *case management* (conf. Alison Freeman “A Federal Cause of Action Under Superfund: Case Management Considerations”, 3 Yale L. Pol’y Rev. 263, 266) que busca evitar la imposible tarea de juzgar cientos o miles de casos en un solo proceso. Es interesante ver cómo esta herramienta se ha utilizado incluso dentro del contexto de MDL, principalmente como forma de transmitir a las partes algún nivel de certeza sobre el valor de las pretensiones en disputa, para de ese modo facilitar el acercamiento a los fines de lograr un acuerdo (el caso “Vioxx” es uno de los ejemplos más relevantes de la utilización exitosa de esta técnica; ver al respecto Eldon E. Fallon y otros “Bellwether Trials in Multidistrict Litigation”, 82 Tul. L. Rev. 2323 (2008) (el autor del trabajo es el juez que presidió el tribunal donde se terminó de resolver el conflicto por medio de un acuerdo). Algo similar sucede en Inglaterra y Gales, ver al respecto Neil Gagan y Lucy Thompson “Corporate Responsibility and Group Redress Mechanisms”, 10 No. 1 Bus. L. Int’l 51 (explicando que a pesar de existir ciertas regulaciones específicas para litigar conflictos colectivos, los jueces tienden a canalizar las discusiones utilizando una herramienta “más informal”: mediante la utilización de sus poderes de administración del litigio -*case management*, buscan similares resultados por medio de “un caso testigo y todos los demás suspendidos mientras aquél se resuelve”). Ver también en este sentido el trabajo dirigido por John Sorabji, Michael Napier y Robert Musgrove (editores) “Improving Access to Justice through Collective Actions’. Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions. A Series of Recommendations to the Lord Chancellor”, Civil Justice Council, July 2008, pp. 18-19, disponible en [http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving\\_Access\\_to\\_Justice\\_through\\_Collective\\_Actions.pdf](http://www.civiljusticecouncil.gov.uk/files/Improving_Access_to_Justice_through_Collective_Actions.pdf) (argumentando que el uso de test cases configura “la manera más simple en la cual la corte puede manejar eficientemente una multiplicidad de pretensiones individuales” y explicando que Inglaterra no cuenta con una regulación especial en la materia como sí la tienen Alemania, el modelo considerado para la reforma brasileña, y Austria) (última visita 11 de Abril de 2011).

La parte IV analizará las previsiones relativas a cómo se escoge el tribunal que debe asumir responsabilidad primaria sobre el asunto (esto es, aquél que resuelve el Incidente y aquél que recibirá todos los casos transferidos en el marco de MDL). En la Parte V revisaré los efectos que siguen de la admisión de ambos procedimientos, así como también cuáles son las vías que se encuentran habilitadas para impugnar tal decisión. La parte VI está dedicada a las consecuencias resultantes de la adjudicación de la cuestión de derecho debatida, en el caso del Incidente, o bien de la finalización de la etapa de *pretrial*, en el supuesto de MDL. Por último, en la Parte VII realizaré algunos comentarios finales sobre este particular modo que propone el Proyecto para facilitar la resolución de cierto tipo específico de conflictos colectivos.

A mi juicio, la iniciativa debe ser ampliamente bienvenida por al menos dos razones. Primero, porque avanza enormemente con respecto a las previsiones actualmente vigentes en la materia y establece un mecanismo que -sin lugar a dudas- concurrirá a lograr el objetivo de evitar la dispersión de jurisprudencia (y de ese modo, a afianzar la seguridad jurídica como buscan sus autores). Segundo, porque busca introducir un novedoso mecanismo de administración de casos (*case management*) que puede brindar también enormes beneficios en términos de economía procesal.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Ver en este sentido Arruda Alvim "Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil", disponible en <http://www.arrudaalvim.com.br/Site/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil> (explicando que "lo que hizo el proyecto fue establecer, para las demandas repetitivas, una disciplina análoga a aquella referente a los procedimientos de repercusión general de los recursos extraordinarios y de los juzgamientos de 'recursos repetitivos' en el Superior Tribunal de Justicia. De este modo se solucionan al mismo tiempo las cuestiones relacionadas con el congestionamiento del poder judicial y la uniformidad de la jurisprudencia"). En igual sentido con respecto a MDL, ver Thomas D. Rowe y Kenneth D. Sibley "Beyond Diversity: Federal Multiparty, Multiforum Jurisdiction", 135 U. PA. L. Rev. 7, 15 (1986) (señalando que además del ahorro de recursos este

## II. Alcance de ambos mecanismos, objetivos perseguidos y oportunidad procesal para su utilización

El Incidente se encuentra regulado por los arts. 895 y siguientes del Proyecto. Dicho art. 895 establece que este trámite especial resulta admisible cuando se identifica una controversia con potencial de generar una "relevante multiplicación de procesos fundados en idéntica cuestión de derecho, y de causar grave inseguridad jurídica debido al riesgo que se dicten sentencias contradictorias".<sup>8</sup>

En palabras de los impulsores del Proyecto, el Incidente busca servir de vehículo para identificar aquellos procesos que contengan la misma cuestión de derecho en discusión, y resolverlos en forma conjunta mediante la aplicación de la doctrina legal fijada en el marco del mismo.<sup>9</sup>

Cabe destacar que, como fuera adelantado, el régimen establecido en el Proyecto para el manejo de este tipo de controversias reiterativas es ampliamente superior de la única provisión que puede encontrarse actualmente en vigencia sobre este tipo de herramienta de gestión en el contexto de los tribunales inferiores. Esto es, el Art. 285-A, incorporado al Código Procesal Brasileño por medio de la Ley Nº 11.277 de 2006 y que en su parte pertinente autoriza al tribunal a rechazar la pretensión cuando la materia controvertida fuera únicamente de derecho

mecanismo reduce también el problema de sentencias inconsistentes, entre otros).

<sup>8</sup> "Art. 895. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idéntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes."

<sup>9</sup> Ver Exposición de Motivos, pp. 20-21, disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf> (última visita, 11 de Abril de 2011). Desde algunos espacios se ha comunicado que si esta reforma es aprobada, la duración de los procesos masivos se reduciría estimativamente en un 70% (ver [http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/REFORMA+DO+CPC+PREVE+DIMINUICAO+DE+ACOS+REPETITIVAS+E+LIMITA+USO+DE+RECURSOS+\\_69237.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/REFORMA+DO+CPC+PREVE+DIMINUICAO+DE+ACOS+REPETITIVAS+E+LIMITA+USO+DE+RECURSOS+_69237.shtml)) (última visita, 14 de abril de 2011).

y ya se hubiera pronunciado “sentencia de total improcedencia en otros casos idénticos”.<sup>10</sup>

Presentadas estas primeras nociones sobre los alcances del Incidente, cabe ahora introducir el instituto de MDL que utilizaré como referencia a los fines comparativos. Se trata de un mecanismo procesal regulado en los Estados Unidos de América desde el año 1968.<sup>11</sup> Como explica Klonoff, esta herramienta habilita la transferencia hacia cualquier distrito federal de todas aquellas acciones civiles “que involucran una o más cuestiones comunes de hecho y se encuentran pendientes de resolución en diferentes distritos federales”.<sup>12</sup> De este modo, las causas son reunidas en un sólo distrito para desarrollar allí, en forma coordinada o consolidada, la etapa de *pretrial* de todas ellas.

El objetivo principal al cual se orienta este instituto es alcanzar la mayor eficiencia posible en la administración de los procedimientos que deben desarrollarse en la etapa de *pretrial* exclusivamente.<sup>13</sup> Desde

---

<sup>10</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” Para una fuerte crítica de esta disposición, ver Antonio Carlos Marcato “Considerações sobre o julgamento de causas repetitivas”, disponible en [http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=&categoria=Processual Civil](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Processual Civil) (última entrada, 14 de abril de 2011).

<sup>11</sup> Ver Gregory Hansel “*Extreme Litigation*”, 19 Me. B. J. 16, 18 (2004) (manteniendo una entrevista con el Presidente del MDL Panel donde, entre otras cosas, discute las razones por las cuales fue creado el Panel).

<sup>12</sup> 28 U.S.C. § 1407. Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335.

<sup>13</sup> En este sentido, el mecanismo de MDL debe ser distinguido de la transferencia de casos bajo otra provisión que, vale aclarar, puede jugar coordinadamente con aquél. Me refiero al estatuto previsto en 28 U.S.C. § 1404, el cual habilita la transferencia de casos entre cortes federales con fundamento en la conveniencia que ello pueda implicar para las partes y los testigos involucrados en el caso, así como también en el interés de la justicia en general. Este instituto difiere de MDL al menos en tres aspectos relevantes. Primero, quien resuelve si ordena o no la transferencia es el tribunal con competencia en el caso (no el MDL Panel). Segundo, este tipo de transferencia de casos no implica

que se aprobó el estatuto que habilita y regula la herramienta los casos transferidos para consolidar o realizar procedimientos coordinados entre distintas cortes federales se cuentan por miles.<sup>14</sup> Estos casos incluyen conflictos accionarios, daños masivos, conflictos laborales, de patentes y también de responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados, entre otros.<sup>15</sup>

Como puede advertirse, una de las grandes diferencias entre ambos institutos está representada por el tipo de cuestiones que deben resolver. Mientras el Incidente apunta a obtener una resolución del tribunal de la causa respecto de una *cuestión jurídica* incluida como sustento de la pretensión en numerosos procesos individuales similares; MDL se orienta a resolver, mediante coordinación o consolidación de todas las causas en un mismo distrito, cuestiones de *hecho* comunes en procesos individuales del mismo género.

Respecto a la oportunidad procesal en la cual puede acudir a estos dispositivos, el Proyecto no contiene previsiones con relación al Incidente y tampoco parece haber

---

necesariamente la existencia de situaciones con sujetos múltiples (28 U.S.C. § 1404 puede ser utilizado para transferir un solo caso de un juzgado hacia otro). Tercero, la transferencia bajo 28 U.S.C. § 1404 inviste a la corte que recibe el expediente con competencia suficiente para reolver el mérito del asunto (no simplemente las cuestiones que pudieran surgir en el curso de la etapa de *pretrial*). Ver Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, pp. 335, 338-341.

<sup>14</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335. Desde su implementación en el mes de Septiembre de 1968 y hasta el mes de Septiembre de 2010, MDL fue utilizado para transferir 223.085 causas, 71.266 de las cuales se encontraban pendientes a esa fecha (estadísticas disponibles en [http://www.jpml.uscourts.gov/Statistics/JPML\\_Statistical\\_Analysis\\_of\\_Multidistrict\\_Litigation\\_2010.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/Statistics/JPML_Statistical_Analysis_of_Multidistrict_Litigation_2010.pdf)).

<sup>15</sup> Jack B. Weinstein “*Individual Justice in Mass Tort Litigation*”, Northwestern University Press, 1995, pp. 23-26; Gene R. Shreve y Peter Raven-Hansen “*Understanding Civil Procedure*”, Third Edition, LexisNexis, Mass. 2002, p. 300; Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335.

restricción alguna en tal sentido con relación al MDL. Sin perjuicio de ello, todo parece indicar que, a fin de obtener el mayor provecho, lo ideal es que sean utilizados en la etapa más temprana posible del proceso. Claro que ello dependerá de muchos factores. El primero y más importante, por supuesto, es la identificación del fenómeno de fondo. Esto es, la identificación de que el caso no es un caso individual aislado, sino la muestra de un grupo mayor que involucra similares cuestiones. En este sentido resulta innovador cómo, según veremos más adelante, la regulación del incidente establece modernos mecanismos para dar a publicidad información sobre este tema.

### III. Legitimación para solicitar el inicio del trámite. Institución responsable de tomar la decisión sobre la conveniencia y oportunidad de utilizar ambos mecanismos. Factores a evaluar

En el sistema estadounidense, las decisiones respecto de transferencias al amparo de lo dispuesto en 28 U.S.C. § 1407 son tomadas por un Panel creado por esa misma norma. Este panel se denomina *Judicial Panel for Multidistrict Litigation* (en adelante “MDL Panel”),<sup>16</sup> y se encuentra integrado por siete jueces federales de circuito y de distrito (esto es, jueces de cámaras de apelación y de primera instancia) designados por el Presidente de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Este Panel tiene competencia para dictar normas de procedimiento interno siempre que sean compatibles con las reglas de procedimiento federal,<sup>17</sup> y las decisiones en su seno son tomadas por mayoría de 4

votos.<sup>18</sup> El procedimiento puede ser iniciado tanto de oficio por el MDL Panel, como a pedido de cualquiera de las partes involucradas en un proceso cuya transferencia se considere apropiada en el marco de la norma referida.<sup>19</sup>

Es importante destacar dos cuestiones relacionadas con los presupuestos necesarios para hacer operar este mecanismo. La primera es que, para dar inicio al procedimiento, el MDL Panel no debe verificar que las cuestiones comunes *predominen* sobre las individuales; lo cual si se exige a los jueces federales cuando se trata de evaluar si certifican una acción de clase del tipo (b)(3), más conocida como *class action for damages*. Así, el estándar en este campo es más bajo que en el marco de las acciones de clase, ya que sólo se exige la verificación de que existen cuestiones comunes y de que la transferencia bajo el amparo del estatuto 28 U.S.C. § 1407 facilitará la solución de los casos en forma más eficiente. Una vez verificados esos extremos, el MDL Panel puede ordenar la transferencia de los casos aun cuando todos o una porción sustancial de las partes se oponga a ello.<sup>20</sup>

La propuesta brasileña, en cambio, establece que tanto la admisibilidad como la procedencia del incidente de resolución de demandas repetitivas serán resueltas por el tribunal en pleno ante el cual aquel se hubiera planteado, o bien por órgano especial en el supuesto que se encuentre establecido.<sup>21</sup> A fin de resolver sobre la admisibilidad del incidente, el Proyecto

<sup>16</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335. La página oficial del MDL Panel puede consultarse en <http://www.jpml.uscourts.gov/>.

<sup>17</sup> 28 U.S.C §1407(f). La reglamentación actualmente en vigencia puede consultarse en [http://www.jpml.uscourts.gov/General\\_Order-Panel\\_Rules\\_9-8-2010-Effective\\_10-4-2010-Final.pdf](http://www.jpml.uscourts.gov/General_Order-Panel_Rules_9-8-2010-Effective_10-4-2010-Final.pdf).

<sup>18</sup> 28 U.S.C §1407(d). La norma también exige que los jueces sean todos de distintos circuitos. Ver Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 335.

<sup>19</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, pp. 335-336.

<sup>20</sup> Robert H. Klonoff “*Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 336.

<sup>21</sup> “Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial”.

acuerda al tribunal un grado de flexibilidad razonable ya que si bien por un lado le exige evaluar los requisitos del art. 895 (presentados en la Parte II de este trabajo), por el otro le ordena considerar la “*conveniencia de adoptar la decisión paradigmática*”.<sup>22</sup> También debe tenerse en cuenta que con carácter previo a la resolución sobre la admisibilidad del incidente, el Relator puede efectuar los pedidos de informes que estime necesarios y requerirá al Ministerio Público que se expida al respecto.<sup>23</sup>

En lo que hace a quienes están legitimados a fin de promover esta particular herramienta de gestión procesal, el art. 895, parágrafo primero, apartados I y II del Proyecto dispone que el pedido puede provenir de parte de los siguientes sujetos: (i) el propio tribunal que entiende en algún caso individual y considera que se trata de una demanda repetitiva; (ii) las partes involucradas en alguna disputa de este tipo; (iii) el Ministerio Público; y/o (iv) la Defensoría Pública.<sup>24</sup> La presencia de dos entidades públicas junto al tribunal y las partes en la lista de habilitados para iniciar el procedimiento (otra diferencia con el sistema MDL) demuestra el interés público que se encuentra en juego a la hora de resolver, por medio de una sentencia única, grandes cantidades de cuestiones individuales.

Por último, cabe mencionar que la petición está sujeta a ciertos requisitos formales y argumentales. Sin embargo, nuevamente aquí la normativa parece estar pensada para acordar un importante grado de discreción al tribunal a la hora de resolver si

resulta beneficioso tramitar el incidente. Ello así en la medida que el art. 895 sólo exige en líneas muy generales acompañar los documentos que el peticionante considere “*necesarios para demostrar la necesidad de la instauración del incidente*”.<sup>25</sup>

#### IV. Método para escoger el tribunal donde se decidirá la suerte de todos los procesos relacionados

En el sistema estadounidense, el MDL Panel considera una “*amplia variedad de factores*” a la hora de decidir cuál será el o los tribunales que se harán cargo de coordinar o consolidar los casos (*transferee court*). Entre ellos, Klonoff menciona la distribución territorial de las causas, el domicilio de las partes involucradas y los testigos, la ubicación de prueba que pudiera resultar pertinente para el caso, y la experiencia de los jueces que estén dentro del radio territorial sugerido por los mencionados factores. En este aspecto, el tribunal no se encuentra obligado a seguir las recomendaciones de las partes y tampoco se le exige elegir un distrito o corte que tenga una o varios casos del tipo de los que se transfieren.<sup>26</sup>

El Proyecto no regula nada parecido en relación a las demandas repetitivas. El Incidente puede iniciarse ante cualquier Tribunal Local que corresponda por razón de la materia y el territorio, y el tribunal ante el cual se plantea no tiene otra opción que asumir esa responsabilidad. El hecho de que no se incorporen previsiones como las descritas en torno a MDL pueda encontrar justificación en las diferentes consecuencias que siguen de admitir el Incidente. A diferencia de MDL, esta admisión no implica traslado alguno de causas desde un juzgado hacia otro. La consecuencia más relevante

<sup>22</sup> “Art. 898 ... § 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática”.

<sup>23</sup> “Art. 897. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público”.

<sup>24</sup> “Art. 895... § 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

<sup>25</sup> “Art. 895 ... § 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente”.

<sup>26</sup> Robert H. Klonoff “Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell”, West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 336-337.

de tal admisión, como veremos, es disparar la aplicación de ciertos recaudos procesales a fin de garantizar la legitimidad de los efectos que tendrá la decisión a tomarse.

#### V. Efectos que siguen a la admisión del procedimiento. Canales de impugnación habilitados

En el sistema estadounidense, una vez que el MDL Panel decide utilizar el mecanismo debe notificar a todas las partes de los casos involucrados en una posible orden de transferencia para consolidación o trabajo coordinado.<sup>27</sup> En ese momento el MDL Panel también designa quien será el o los tribunales que se harán cargo de liderar los procedimientos (lo cual se realiza de acuerdo con los parámetros ya comentados). Asimismo, ordena la remisión de los expedientes desde los tribunales de origen (*transferor courts*), quienes pierden jurisdicción sobre el caso. Toda orden que la *transferor court* haya realizado previamente se mantendrá en pie, salvo que la corte designada por el MDL Panel (*transferee court*) disponga su modificación.<sup>28</sup> Al mismo tiempo, el traspaso de los casos confiere a la *transferee court* jurisdicción suficiente para administrar todos los aspectos relacionados con la etapa de *pretrial*. Este poder es sumamente importante ya que, como señala Weinstein, la mayoría de litigios involucrados termina por resolverse en un acuerdo transaccional y nunca es devuelta a la corte de origen para su juzgamiento.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> La notificación debe especificar la hora y el lugar de cualquier audiencia que se haya fijado para determinar si resulta procedente acudir al mecanismo o no (28 U.S.C §1407(c)).

<sup>28</sup> Robert H. Klonoff "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell", West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 337.

<sup>29</sup> Jack B. Weinstein "Individual Justice in Mass Tort Litigation", Northwestern University Press, 1995, pp. 138. De acuerdo con Weigel, a diez años de la implementación del MDL Panel el número de causas reenviadas fue menos del 5% (Stanley A. Weigel "The Judicial Panel on Multidistrict Litigation, Transferor Courts and Transferee Courts", 78 F.R.D. 575 (1978)).

Otro tema particular que presenta algunas complicaciones para la *transferee court* en el marco de MDL tiene que ver con la ley sustancial aplicable para resolver cualquier disputa que pudiera surgir. En este aspecto es necesario hacer una distinción: cuando los jueces son llamados a resolver una cuestión regida por leyes estatales, deben adjudicar el asunto aplicando aquella que hubiera correspondido aplicar a la corte de origen; por el contrario, si la cuestión está regida por leyes federales las cortes han decidido mayormente que corresponde aplicar la jurisprudencia de la cámara de apelaciones correspondiente al circuito donde ejerce su función la *transferee court*.<sup>30</sup>

Finalmente, en materia impugnatoria el sistema prevé que la resolución del MDL Panel que deniega una moción de transferencia bajo el amparo de este estatuto es inapelable; mientras que la que lo acoge y cualquier otra dictada por dicho órgano resultan revisables, aunque "sólo por writ extraordinario previsto en 28 U.S.C. § 1651".<sup>31</sup>

En Brasil las derivaciones de la admisión del Incidente difieren en gran medida de aquéllas que siguen a la orden de transferencia en el marco de MDL.<sup>32</sup> En este sentido, el Art. 899 del Proyecto establece como consecuencia inmediata la suspensión de todos los procesos pendientes donde se esté discutiendo la misma cuestión de derecho, sin importar si se encuentran en primera instancia o en curso de apelación

<sup>30</sup> Robert H. Klonoff "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell", West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 337.

<sup>31</sup> 28 U.S.C §1407(e). Robert H. Klonoff "Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell", West Group, St. Paul, Minn., 1999, p. 338.

<sup>32</sup> En caso de ser rechazado, se retomará el curso de los procesos de acuerdo con lo establecido por el art. 898, que en su parte pertinente dice lo siguiente "§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo".

ordinaria.<sup>33</sup> A diferencia de lo previsto en el sistema de MDL, como ya señalé, en la propuesta brasileña el juzgado de origen no debe desprenderse del caso. Más aun, durante el tiempo que dura la suspensión que sigue a la admisibilidad del incidente el juzgado de origen mantiene intacta su competencia para ordenar medidas cautelares a fin de evitar que los derechos de las partes involucradas se vean afectados.<sup>34</sup>

Para la corte encargada de resolver el Incidente, mientras tanto, la admisión del mismo implica asumir la responsabilidad de proveer todo lo necesario para que el proceso obtenga adecuada publicidad, participación y control por parte del Ministerio Público. En este sentido, el Proyecto establece que tanto el inicio como la resolución del incidente deben ser sometidos a “*la más amplia y específica divulgación y publicidad*”,<sup>35</sup> y acoge expresamente las bondades de la tecnología para el manejo de información relacionada con la administración organizada de causas.<sup>36</sup> En la misma línea de apertura y transparencia, el Incidente habilita la intervención de Amicus Curiae para presentar argumentos sobre la materia debatida.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> “Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição”.

<sup>34</sup> “Art. 899 ... Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem”.

<sup>35</sup> “Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

<sup>36</sup> El sitio web del MDL Panel es un espacio interesante para recorrer (<http://www.jpml.uscourts.gov/>). De alguna manera, demuestra las posibilidades reales que hay de manejar información agregada (histórica y por qué no prácticamente en tiempo real) respecto de lo que está pasando dentro del Poder Judicial. Esta información, por supuesto, resulta sumamente valiosa como punto de partida para cualquier política pública que pretenda mejorar la eficiencia del servicio. Cuanto mayor sea el conocimiento del problema, mejores serán las respuestas para enfrentarlo.

<sup>37</sup> Ver la Exposición de Motivos, donde además se señala expresamente la idea de que el Amicus puede participar “*en todos los grados de jurisdicción*”, pp.

A continuación, el art. 901 dispone que el Relator oirá a las partes y a los demás interesados (comprendiendo entre ellos personas, órganos y entidades con interés en la controversia), y les requerirá que en el plazo común de 15 días procuren: (i) ofrecer y presentar todos los documentos que crean necesarios para la resolución de la cuestión; (ii) proponer las diligencias que estimen convenientes a tal fin; y (iii) efectuar ante el Ministerio Público las manifestaciones que consideren oportunas.<sup>38</sup>

Una vez cumplida esta etapa y concluidas que sean las diligencias que pudiera haber ordenado el tribunal, se fijará fecha para el juzgamiento del Incidente. En el marco de esta audiencia, y luego de la exposición de la causa efectuada por el Relator, el presidente del tribunal dará la palabra al actor y demandado del proceso originario, así como también al Ministerio Público, por el plazo de media hora cada uno a fin de que aleguen en apoyo de su posición. A continuación, se concede media hora para ser compartida entre todos los interesados

22-23 (disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>, última visita, 11 de Abril de 2011). En otro lugar he manifestado mi opinión en el sentido de considerar más conveniente la intervención de la figura en las instancias superiores de apelación, ver Francisco Verbie “*Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires*”, LLBA 2009 (febrero), 14, La Ley Suplemento Actualidad del 19/03/09. El instituto es regulado por el art. 320 del Proyecto en los siguientes términos: “Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”.

<sup>38</sup> “Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de directo controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público”.

que así lo hubieran solicitado inscribiéndose al efecto con 48 horas de anticipación.<sup>39</sup> Cabe señalar que si bien existe una diferencia en el tiempo disponible para alegar en el marco de la audiencia, ello no afecta la legitimidad del sistema. Volveré sobre este punto a la hora de las conclusiones.

El Incidente debe ser resuelto en el plazo de 6 meses y recibirá trato preferencial por sobre otros procesos, salvo aquéllos que involucren personas privadas de su libertad o pedidos de habeas corpus. En el supuesto de que el tribunal no decida el asunto en ese término, el art. 904, parágrafo 1 del Proyecto prevé el cese de la eficacia suspensiva del Incidente salvo resolución fundada en contrario.<sup>40</sup> El Proyecto también dispone que en caso de interponerse algún recurso extraordinario o especial, las partes, los interesados, el Ministerio Público y la Defensoría Pública pueden solicitar al tribunal competente para resolverlos que suspenda “*todos los procesos en curso en el territorio nacional que versen sobre la cuestión objeto del incidente*”.<sup>41</sup> Cualquiera de dichos recursos será concedido con efectos suspensivos “*presumiéndose la repercusión general*

<sup>39</sup> “Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência”.

<sup>40</sup> “Art. 904. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º É disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 900”.

<sup>41</sup> “Art. 900. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.”

*de la cuestión constitucional eventualmente discutida”.*<sup>42</sup>

Por último, cabe señalar que con respecto a la determinación de la ley aplicable para resolver las cuestiones que pudieran plantearse, en principio no parece haber graves problemas ya que los códigos de fondo son dictados en Brasil por el gobierno central y se aplican obligatoriamente en todos los Estados locales (a diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense, donde cada Estado local cuenta con sus propias regulaciones en materias sustanciales).<sup>43</sup> De hecho, bien podría decirse que el Incidente parece asumir como premisa dicha homogeneidad en el derecho de fondo aplicable a todas las causas que involucran planteos similares.

#### VI. Efectos que siguen a la resolución de las cuestiones involucradas en ambos procedimientos

Una vez admitido el Incidente, u ordenada la transferencia y sustanciados todos los procedimientos que fueran necesarios, los efectos finales a los cuales aspiran ambos mecanismos difieren considerablemente (aun cuando, al mismo tiempo, pueden pensarse comprendidos bajo el amplio rótulo de “economía procesal”).

En el sistema de MDL, concluida la etapa de *pretrial* la corte escogida por el

<sup>42</sup> “Art. 905. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.”

<sup>43</sup> Este tipo de distribución de poder entre los Estados justifica la existencia de una rama del derecho, denominada *conflict of laws*, dedicada casi exclusivamente a estudiar cuál es la ley aplicable para resolver disputas con elementos interestatales (ver Andreas F. Lowenfeld “*Conflict of Laws: Federal, State and International Perspectives*”, Revised 2nd Edition, LexisNexis, New York, 2002).

MDL Panel debe reenviar todos los casos a sus juzgados originarios. Sobre este tema, al dictar sentencia en el caso “*Lexecon*” la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dejó en claro que la *transferee court* no cuenta con competencia para juzgar el fondo de la controversia ni para desarrollar procedimientos que correspondan a la etapa de juicio.<sup>44</sup>

La propuesta del Proyecto, por el contrario, establece que la decisión tomada en el marco del Incidente respecto de la cuestión de derecho en disputa será directamente aplicable a todos los procesos que versen sobre una cuestión similar y se encuentren tramitando dentro de la jurisdicción territorial del tribunal local que resuelve la cuestión.<sup>45</sup> La no observación de la doctrina

<sup>44</sup> “*Lexecon, Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*”, 523 U.S. 26 (1998). Ver Courtney E. Silver “*Procedural Hassles in Multidistrict Litigation: A Call for Reform of 28 U.S.C. § 1407 and the Lexecon Result*”, 70 Ohio St. L.J. 455, 456-457, 466-467 (explicando que en este caso la Corte interpretó la palabra “*shall*” incluida en la sección 28 U.S.C. § 1407 como exigiendo el reenvío de los casos transferidos por el Panel hacia los distritos originarios luego de completados los procedimientos de *pretrial*. El autor destaca que esta rígida regla muy a menudo acarrea ineficiencias y produce complicaciones en el trámite que ha de seguirse luego del *discovery*). En el mismo sentido crítico ver Jack B. Weinstein “*Individual Justice in Mass Tort Litigation*”, Northwestern University Press, 1995, p. 23 (señalando que incluir en la norma la posibilidad de una transferencia que involucre competencia suficiente para resolver el mérito del asunto sería de gran ayuda). Vale señalar que, a pesar de la claridad de la decisión de la Corte en este aspecto algunos tribunales en la práctica retienen los casos para realizar juicios también consolidados (conf. Gene R. Shreve y Peter Raven-Hansen “*Understanding Civil Procedure*”, Third Edition, LexisNexis, Mass. 2002, p. 300).

<sup>45</sup> “Art. 903. *Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito*”. La extensión limitada al ámbito territorial del Tribunal que resuelve el asunto se encuentra destacada en la Exposición de Motivos que acompaña el Proyecto (“*a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública*”, p. 22, texto disponible en <http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>, última visita 11 de Abril de 2011).

legal establecida en la decisión que resuelve el Incidente por parte de otros tribunales donde tramitan causas similares, da lugar a reclamación (la cual se registrará de acuerdo con el reglamento interno del respectivo tribunal).<sup>46</sup>

A mi modo de ver, la norma brasileña puede producir mayor eficiencia aun de la que pueda obtenerse por medio de su pariente estadounidense. Sucede que el Incidente no conlleva sólo la administración eficaz de una etapa del proceso como hace la transferencia de casos en el sistema estadounidense por vía del MDL Panel respecto de la etapa probatoria de *pretrial*. Por el contrario, el Incidente busca resolver en forma definitiva una cuestión de derecho que muy probablemente resultará determinante de la suerte de todos los procesos con planteos similares.

Dicha finalidad es perseguida, según hemos visto, por medio de un procedimiento que pone un claro énfasis en la publicidad,<sup>47</sup> que establece la participación obligatoria del Ministerio Público para fiscalizar prácticamente todos los pasos relevantes del procedimiento, y que incluso contempla mecanismos sustitutivos de parte cuando por algún motivo el litigante original decide desistir o abandonar el proceso.<sup>48</sup> Este último aspecto puede ser leído, una vez más, como un reconocimiento de la relevancia

<sup>46</sup> “Art. 906. *Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente*.”

Parágrafo único. *O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal*”.

<sup>47</sup> “Art. 896. *A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça*.”

Parágrafo único. *Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro*”.

<sup>48</sup> “Art. 895 ... § 3º *Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono*”.

del interés público involucrado en una eficiente, económica y justa (en términos de legítima) resolución de cientos o miles de cuestiones de derecho discutidas en tantos otros procesos.

### VII. Comentarios finales

A la hora de los últimos comentarios me gustaría sugerir una idea que puede concurrir a reforzar aun más la legitimidad de la decisión tomada en el Incidente: utilizar en este campo algún estándar del género del prerequisite de representatividad adecuada previsto en las acciones de clase estadounidenses. Esto es, pensar en la posibilidad de que el tribunal brasileño evalúe las cualidades del actor y de los abogados que están litigando el proceso donde habrá de tramitarse el Incidente, de modo tal de asegurar que allí se desarrollará una profunda y robusta discusión respecto de cada uno de los puntos relevantes para su resolución. Como es bien sabido, en el sistema de acciones de clase norteamericano la representatividad adecuada es un recaudo que debe reunir el actor que pretende representar a la clase y sus abogados para que el tribunal certifique la acción y permita la discusión del conflicto en clave colectiva.<sup>49</sup>

Me permito sugerir esta posibilidad porque dicho concepto no es ajeno a la doctrina brasileña que trabaja en el área de los procesos colectivos. En este orden, cabe destacar que al menos dos anteproyectos de Código Brasileño de Procesos Colectivos (USP y UERJ/Unesa) establecen el control

<sup>49</sup> *Federal Rule of Civil Procedure 23(a)(4)*. En lo que interesa aquí, la norma establece lo siguiente: “a) *Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: ... (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”. Hemos trabajado específicamente sobre este tema en otro lugar, ver Eduardo Oteiza y Francisco Verbic “*La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*”, RePro N° 185 (2010), Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

de tal requisito por parte del tribunal.<sup>50</sup> Asimismo, autorizados autores en la materia coinciden en estimar conveniente que el requisito de la representatividad adecuada sea evaluado por el tribunal a fin de garantizar el respeto de la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo representado por el legitimado colectivo.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Del Rey Ed., Belo Horizonte, 2007, pp. 113-116, 156 (comentando el anteproyecto coordinado por Ada Pellegrini Grinover y elaborado en el marco del curso de postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, Proyecto “USP”; así como también el coordinado por Aluisio Goncalves de Castro Mendes y elaborado en conjunto por los programas de postgrado de la Universidad del Estado de Río de Janeiro y de la Universidad Estacio de Sá, Proyecto “UERJ/Unesa”. El autor es muy crítico de ambos proyectos en este aspecto ya que considera que dejar el control de la calidad del representante en manos del tribunal es inconstitucional en Brasil).

<sup>51</sup> Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, p. 79 (argumentando que “*Es un miedo general que los jueces de derecho civil no tengan el poder, la inclinación o la capacidad profesional de examinar la representación adecuada en cada caso. Aunque es difícil de hacerlo, el control de la adecuación de la representación de los intereses de los miembros ausentes no puede ser dejado completamente fuera del escrutinio judicial*”. El autor recuerda otro Anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas -N° 3.304/1984- donde se “*había dado a los jueces la facultad de controlar la representación adecuada en cada caso*”, ver nota a pie de página N° 190, p. 80). Ver también Ada Pellegrini Grinover, “*Acciones colectivas iberoamericanas: nuevas cuestiones sobre la legitimación y la cosa juzgada*”, Relatorio preparado para el Congreso de Roma (mayo de 2002), organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y por el “Centro di Studi giuridici latinoamericani dell’Università Tor Vergata” de Roma, sobre el tema “*Azioni popolari e azioni per la tutela di interessi collettivi*”, punto 2 (sosteniendo que “*el sistema brasileño, aunque no lo afirme expresamente, no es contrario al control de la ‘representatividad adecuada’ por el tribunal, en cada caso concreto*”). La autora ha mantenido esta idea en diversos trabajos posteriores desde distintas perspectivas. De particular importancia es aquel en el cual tal concepto es considerado como un “principio procesal colectivo” propio de este campo del derecho; Ada Pellegrini Grinover “*Derecho Procesal Colectivo*”, RDP, 2006-2, pp. 387 y ss (sosteniendo que “*Este instituto, desconocido en el proceso individual, cimenta en el proceso colectivo a la legitimación, exigiendo que el portador en juicio de*

A mi juicio, en el marco del Incidente esta posible vuelta de tuerca a manos del tribunal habría de converger, junto con la publicidad de la acción y el derecho de audiencia, para dotar a la decisión de aun mayor legitimidad. La diferencia del tiempo acordado al actor y demandado originario y al Ministerio Público, por un lado (30 minutos cada uno); y aquel acordado al resto de los intervinientes al momento de la audiencia oral (30 minutos entre todos, quienes además tienen la carga de inscribirse con 48 horas de anticipación para poder ser incluidos a tal fin), puede ser considerada como una buena razón para pensar en la posibilidad de controlar que quien llevará la mayor voz en el momento más crítico del debate será un adecuado defensor de todos los intereses involucrados en la resolución del Incidente (esto es, de todos los sujetos que se encuentran en su misma situación procesal y cuya suerte será sellada por el resultado de este proceso).<sup>52</sup>

De todas maneras, insisto con la idea subyacente en el análisis efectuado hasta aquí: la alta carga de publicidad en pos de la transparencia de los procedimientos, la intervención obligatoria del Ministerio Público en todos los procesos donde se deciden estas cuestiones comunes de derecho (un Ministerio Público muy bien equipado y con considerable presencia y experiencia

---

*los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos presente las condiciones necesarias de seriedad e idoneidad, incluso porque el legitimado es el sujeto del contradictorio, del cual no participan directamente los miembros del grupo, categoría o clase de personas. En el Código Modelo, la representatividad adecuada constituye un requisito autónomo para el ejercicio de la acción, a ser valorado por el tribunal en cada caso concreto.*)”.

<sup>52</sup> “Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1<sup>a</sup> Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2<sup>a</sup> Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.”

en temas de litigios complejos),<sup>53</sup> y la amplia oportunidad de intervención para quienes deseen participar (según vimos, con posibilidad incluso de ofrecer prueba documental y peticionar las diligencias que consideren necesarias para la mejor resolución del asunto),<sup>54</sup> configuran herramientas más que suficientes para garantizar el debido proceso legal de todas las partes sobre las cuales se extenderá la cosa juzgada de esa sentencia dictada en el proceso originario. Además, cabe subrayar que el tribunal que resolverá el Incidente tendrá sobre sí una presión muy alta de parte de todo el sistema. Tanto esta presión como la expectativa generada sobre la resolución del asunto debido al alto impacto cuantitativo que tendrá, muy probablemente llevarán al tribunal a extremar recaudos y asumir una activa postura para corregir cualquier desvío o deficiencia que pudiera advertirse durante el trámite.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Para una descripción general del alcance y efectivo ejercicio de distintas competencias del organismo ver Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz “*Ministério Público. Instituição e Processo*”, Atlas Ed. Sao Paulo, 1977. Ver también Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, pp. 88-94 (argumentando que “El Ministerio Público (estatal y federal) ha jugado un papel protagonista en la protección de los derechos de grupo en Brasil.... ha propuesto importantes acciones colectivas... Esta realidad desafía la teoría de Mauro Cappelletti de que el Ministerio Público no se adaptaría a su nuevo papel de ‘guardián efectivo de los nuevos y emergentes intereses colectivos’”. El éxito del Ministerio Público en este rol, continúa explicando Gidi, “ha ampliado considerablemente su poder político como una institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de ‘cuarto poder’ del gobierno”).

<sup>54</sup> “Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de directo controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público”.

<sup>55</sup> Sobre la importancia de un rol activo del tribunal frente a litigios que involucran derechos colectivos, ver Roberto O. Berizzone “*Tutelas Processales Diferenciadas*”, disponible en [http://www.processoscoletivos.net/ve\\_artigo.asp?id=46#v1n4art3\\_ftn7](http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=46#v1n4art3_ftn7) (explicando que “Principalmente cuando están en juego derechos de linaje

En resumidas cuentas, de aprobarse esta regulación, Brasil logrará consagrar un mecanismo que se presenta como una alternativa solvente y eficiente para lidiar con ciertos aspectos procesales implicados en los conflictos de masa. Un mecanismo que además está construido sobre premisas coherentes con los principios fundamentales del sistema democrático en términos de debido proceso legal, publicidad y derecho de participación individual en la discusión. Un mecanismo que, a mi juicio, por un lado puede considerarse superador del sistema estadounidense de *multidistrict-litigation* en términos de resultados en economía de recursos;<sup>56</sup> y por el otro, mirando hacia mi país a la hora de terminar, continúa ahondando la diferencia que existe entre Brasil y la República Argentina en cuanto a la regulación de mecanismos inteligentes y adecuados para lidiar con conflictos repetitivos o complejos en general.<sup>57</sup> Respecto

---

*constitucional amparados de modo preferente, por el interés social comprometido en el objeto litigioso, el tribunal debe asumir una función de protección y acompañamiento activo de la parte amparada con el objeto de que se tornen efectivos aquellos derechos superando los obstáculos y vallados procedimentales frustratorios, especialmente por conducto de interpretaciones normativas funcionales y rendidoras”).*

<sup>56</sup> Ver Jack B. Weinstein “*Individual Justice in Mass Tort Litigation*”, Northwestern University Press, 1995, pp. 23138-139 (sosteniendo que MDL no brinda ninguna solución que permita imponer con carácter obligatorio lo resuelto en un proceso individual para resolver otros del mismo género).

<sup>57</sup> A pesar del reconocimiento constitucional de la legitimación colectiva de individuos afectados, asociaciones intermedias y defensor del pueblo mediante la última reforma constitucional operada en el año 1994, las únicas previsiones relevantes en materia procesal colectiva a nivel federal se encuentran en las leyes de Defensa del Consumidor N° 24.240 (reformada por su similar N° 26.361 en el año 2008) y la Ley General del Ambiente N° 25.675. Claramente, en el ámbito de ambos campos del derecho hay un gran margen para que surjan procesos individuales repetitivos debido a la situación similar que comparten los miembros del grupo (sea física/territorial en el caso del medio ambiente, o básicamente contractual en el caso de consumidores y usuarios). En ambos campos, sin embargo, los aislados artículos incorporados en las leyes mencionadas con el objetivo de regular cuestiones procesales colectivas resultan claramente insuficientes para dotar a los operadores jurídicos de reglas claras

de este último punto, vale la pena destacar como ejemplo los enormes beneficios que un dispositivo como el Incidente hubiera traído aparejados para la justicia federal argentina cuando debió resolver las miles de causas que inundaron los juzgados inmediatamente después de que el gobierno nacional de turno decretara a fines del año 2001 el tristemente conocido “corralito financiero”.

---

de juego para la discusión de conflictos colectivos. En otro lugar he realizado algunas críticas al respecto, intentando sugerir ciertas correcciones que parecen necesarias para mejorar el sistema. Muchas de ellas, por supuesto, se respaldan en argumentos e ideas que nos ha enseñado el sistema colectivo brasileño, regulado por el juego conjunto del Código de Defensa del Consumidor y la Ley de Acción Civil Pública; mientras que otras encuentran mayor respaldo en previsiones e interpretaciones de la *Federal Rule of Civil Procedure* 23 que regula las acciones de clase en el sistema federal estadounidense. Sobre la Ley General del Ambiente, ver Francisco Verbic “*El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina*”, RePro N° 157 (Marzo, 2008), Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil; “*La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley n° 25.675*”, RePro N° 167 (Enero, 2009), Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil”. Sobre la Ley de Defensa del Consumidor luego de su última gran reforma, Francisco Verbic “*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*”, RDP 2009-I (Tutelas Diferenciadas II).