

# Usos de la locución 'adecuada representación' y la operatividad de la *federal plaintiff class action* estadounidense

PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ\*

Sumario: 1. Del *day in court* al *right to representation* en la *federal plaintiff class action* (CA): la locución 'adecuada representación' como "comodín" interpretativo; 2. (sigue) Sí a las *representative suits*, no al *binding effect*: la CA antes de 1966; 3. Hacia la operatividad de la *class action*; 4. (sigue) Derecho subjetivo al *opt-out*: último vestigio del contenido de libertad adscrito tradicionalmente al derecho subjetivo de acción; 5. Alcance y ámbito aplicativo del derecho subjetivo a la adecuada representación y la "homogeneidad" como propiedad contingente; 6. (sigue) La circularidad del control sobre la garantía del derecho subjetivo a la adecuada representación; 7. Sobre la disolución de la distinción entre *Mandatory* y *non-Mandatory Class Action*; 8. (sigue) La locución 'adecuada representación' se viste con un nuevo traje.

Resumen: El autor explica, en el contexto jurídico-normativo de la *Federal Plaintiff Class Action*, en qué modo los contenidos atribuidos al derecho subjetivo a la adecuada representación condicionan la extensión (subjetiva) de los efectos de cosa juzgada a los miembros ausentes de la *class* y, entonces, el uso del mecanismo procesal prescrito por la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure*. En particular, este ensayo demuestra cómo los actores jurídicos, a la luz de la función cada vez adscrita a la *class action*, usan la locución 'adecuada representación' para justificar la constitucionalidad de las elecciones normativas que restringen progresivamente el contenido tradicionalmente adscrito al derecho subjetivo de acción.

\* Docente investigador, Universidad Externado de Colombia; Profesor a contrato de "Sistemi giuridici comparati", Università degli Studi di Genova, Polo didattico di Imperia, Italia. Doctor en Comparación jurídica e histórico-jurídica, Università degli Studi di Ferrara, Italia. Correo electrónico: [pabloa.moreno@uexternado.edu.co], [pablo.morenocruz@unige.it]

Fecha de recepción: 30 de julio de 2011. Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2011.

Palabras clave: *Class Action*; *Rule 23*; *Mandatory CA*; *Hybrid CA*; *cosa juzgada*; derecho a la adecuada representación; *Day in Court*; *Wal-Mart v. Dukes*; disuasión, acceso a la justicia, derecho subjetivo de acción.

*Use of the terms 'Adequate Representation' and the operability of the American Federal Plaintiff Class Action*

Abstract: The author explains how, in the normative context of the Federal Plaintiff Class Action, the contents assigned to the subjective right to adequate representation condition the binding effect of the class action judgments and, hence, the use of the procedural device prescribed by Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. In particular, this essay shows how the legal actors, in the light of a function assigned each time to the class action, use the terms 'adequate representation' to justify the constitutionality of the normative choices that progressively restrict the content traditionally assigned to the subjective right of action.

Keywords: *Class Action*; *Rule 23*; *Mandatory CA*; *Hybrid CA*; binding effect of class action judgments; *res judicata*; right to adequate representation; *Day in Court*; *Wal-Mart v. Dukes*; deterrence; access to justice; subjective right of action.

*"Despite its moral pretensions, the day-in-court concept guarantees nothing that the money cannot buy".*

ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The only option for mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 2001, p. 864.

#### 1. DEL DAY IN COURT AL RIGHT TO REPRESENTATION EN LA FEDERAL PLAINTIFF CLASS ACTION (CA): LA LOCUCIÓN 'ADECUADA REPRESENTACIÓN' COMO "COMODÍN" INTERPRETATIVO

De manera reiterada, y con posterioridad a la versión normativa de la *federal plaintiff class action* (CA) en la reforma de 1966 de la *Rule 23* (R23) de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), uno de los argumentos más empleados en la cultura jurídica estadounidense en defensa de la legitimidad constitucional de la CA, fue presentado sintéticamente por Owen Fiss<sup>1</sup>, décadas después, cuando afirmó, en la misma línea argumentativa de (no sólo) *Hansberry v. Lee*<sup>2</sup>, que la Constitución estadounidense

<sup>1</sup> O. FISS, *The Allure of Individualism*, en *Iowa Law Review*, 78, 1992-1993, pp. 1970-1971: "I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a "right of representation": not a day in court but the right to have one's interest adequately represented. The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding. If any interest is not adequately represented, then the decree remains vulnerable to a new challenge".

<sup>2</sup> *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940).

no garantizaría el "right to participation", sino el "right to representation", es decir, la constitución no garantizaría el "day in court", sino el derecho a una "adecuada representación" de los miembros ausentes de la *class*.

Se trata de una argumentación dirigida a justificar un mecanismo procesal cuyos efectos se constatan en el ámbito de la *tutela* de las situaciones de ventaja prescritas por el ordenamiento; un mecanismo procesal que, entonces, opera sobre la configuración del derecho subjetivo de acción, entendido este último, como todas aquellas posiciones normativas de ventaja (activas) prescritas por el ordenamiento jurídico<sup>3</sup> que, a su vez, son funcionales para la justiciabilidad de derechos subjetivos cuyos deberes correlativos<sup>4</sup> han sido patológicamente incumplidos<sup>5</sup>.

Si bien la anterior aclaración puede parecer evidente, lo cierto es que en otras latitudes la prescripción de acciones colectivas –que, en mayor o menor medida, han seguido el rastro de la CA– muchas veces ha sido precedida por la necesidad

<sup>3</sup> Hago referencia al esquema lógico-conceptual de W. HOHFELD (W. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, New Heaven, 1923), quien en pocas palabras define los derechos subjetivos como una expectativa (una posición de ventaja) activa fundada o prescrita por normas jurídicas –combinada en términos normativos de libertad-privilegio y/o pretensión-derecho en sentido estricto y/o poder, o capacidad de cambiar las relaciones legales y/o inmunidad, o protección contra un cambio en la posición legal– de un sujeto, o clase de sujetos, correlativa con un deber (obligación), o posición activa pasiva –combinado en términos de ausencia de pretensión y/o deber y/o sujeción y/o incapacidad– a cargo de un sujeto, o clase de sujetos.

<sup>4</sup> De conformidad con el esquema hohfeldiano, todo derecho subjetivo corresponde con un deber (obligación) o, en otras palabras, todo enunciado sobre derechos se puede expresar en términos de deber sin que su significado varíe: no hay derecho sin deber y, precisamente, esta sería la tesis de la correlatividad lógica (al respecto ver R. GUASTINI, *Tre problemi di definizioni*, en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, E. VITALE, (ed.), Laterza, Roma, 2007, pp. 43-45; L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria dei diritti*, en *Diritti fondamentali. cit.*, pp. 156-171; M. H. KRAMER, *Rights without Trimmings*, en *A Debate over Rights*, M. H. KRAMER, N. E. SIMMONDS, H. STEINER, (eds), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 60; ver también M. BARBERIS, *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, en *Analisi e diritto*, 2006, p. 9). Pues bien, cuando uno o varios deberes correlativos a un derecho subjetivo son patológicamente incumplidos, el titular del derecho puede ser (pero no necesariamente es) titular del derecho subjetivo de acción para imponer el cumplimiento de dicho deber.

<sup>5</sup> En estos términos, el derecho de acción se puede caracterizar como un *macro-derecho subjetivo* en cuanto refiere varias posiciones normativas de ventaja activas o, mejor, *micro-derechos subjetivos* (para el término específico 'micro-derecho', con referencia al esquema hohfeldiano, ver C. WELLMAN, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997 pp. 3-16, 74-84; M. BARBERIS, *I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico*, cit. pp. 10-11. "Nella seconda accezione, 'diritti' significa situazioni favorevoli complesse, o *macro-diritti*: situazioni complesse, beninteso, rispetto alle situazioni semplici, o *micro-diritti*, che concorrono a formarle. Tutti i diritti, sia giuridici, sia morali, sono in realtà *macro-diritti*, aggregati di *micro-diritti* hohfeldiano: diverse combinazioni, grappoli o "pacchetti" (*clusters, packages*) di libertà, pretese, immunità, poteri"); y el derecho subjetivo de acción se puede caracterizar, además, como un *meta-derecho subjetivo* en cuanto funcional a la justiciabilidad de un derecho subjetivo (R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, 2001, p. 44, "[...] il diritto di azione –ossia il diritto di agire in giudizio – è funzionale alla tutela di un altro diritto che si pretende violato"). El derecho subjetivo de acción es, entonces, un *macro(meta)derecho subjetivo*.

cultural de "identificar" nuevas situaciones de ventaja, sea en relación con el contenido del derecho, sea en relación con la titularidad del mismo<sup>6</sup>.

En cambio, en el contexto estadounidense, la CA —si bien su alcance se prefijó trans-sustancial, en la medida en que sus reglas no deberían estar restringidas a (ni especializadas en) un tipo específico de derechos (perspectiva de política legislativa que actualmente ha sido objeto de críticas por parte de doctrina muy autorizada)<sup>7</sup>— fue concebida, al menos en un principio, como un mecanismo procesal que *no debería* condicionar y determinar el contenido de los derechos subjetivos prescritos por el ordenamiento, sino sólo garantizar, eso sí, su justiciabilidad mediante la prescripción de "nuevos" derechos subjetivos procesales<sup>8</sup>.

En otros términos, sin que pueda considerarse como exhaustiva la reciente y *pobre* definición de CA formulada por el Justice Scalia<sup>9</sup>, lo cierto es que este mecanismo procesal, en sus aspectos más relevantes, concierne el plano de la justiciabilidad de los derechos subjetivos. Y difícilmente podría afirmarse el contrario, a no ser que se quiera ignorar la distinción entre derecho subjetivo "de papel" y derecho subjetivo tutelado, donde el segundo implica, necesariamente, la titularidad de (al

<sup>6</sup> Me refiero, entre otros, al ordenamiento jurídico italiano y, particularmente, a la construcción de la noción de 'interés difuso y colectivo' como etapa previa a la prescripción de las acciones colectivas inhibitorias. Ver, además de los clásicos *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, A. GAMBARO (ed.), Giuffrè, Milano, 1976 y V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979, por ejemplo, *la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, V. LANFRANCHINI (ed.), Giappichelli, Torino, 2003 y (también para referencias y distinciones a nivel global) *The Globalization of Class Actions*, R. HENSLER, C. HODGES, M. TULIBANCKA (eds.), en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 622, 2009.

<sup>7</sup> Sobre este punto, al tiempo que se resalta la distinción con el escenario europeo y su regulación sector-por-sector (al respecto ver, por ejemplo, C. HODGES, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A new Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008) ver S. BURBANK, S. FARHANG, H. KRITZER, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, (2011). Scholarship at Penn Law, Paper 356 (ponencia preparada para el XIV Congreso mundial de la *International Association of Procedural Law*, Heidelberg, Germany, Julio 25-30 de 2011), *passim*, partic., por ejemplo, p. 101: "Ultimately, the remedy for litigation's negative externalities is the same as in any other market: regulation. In the case of representative litigation, as we have indicated, the place to start is by avoiding trans-substantive regulatory strategy"). Ver también de S. BURBANK, T. WOLFF, *Redeeming The Missed Opportunities of Shady Grove*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 159, 2010-2011, *passim*.

<sup>8</sup> En concreto, me refiero a la configuración normativa del derecho subjetivo a la adecuada representación que, también, puede ser caracterizado como un macro(meta)derecho subjetivo en los términos antes precisados para el derecho subjetivo de acción (ver *supra* n.º 5).

<sup>9</sup> "A class action, no less than traditional joinder (of which it is a species), merely enables a federal court to adjudicate claims of multiple parties at once, instead of in separate suits. And like traditional joinder, it leaves the parties' legal rights and duties intact and the rules of decision unchanged": *Shady Grove Orthopedic Associates P.A. v. Allstate Ins. Co.*, 08-1008 U.S. 1 2009, p.14.

menos) dos derechos subjetivos, es decir, el derecho subjetivo objeto de tutela y el derecho subjetivo de acción<sup>10</sup>.

Y, precisamente, en este marco de análisis, la anunciación de la superación del derecho subjetivo al *day in court* en función de un *right to representation*, es el resultado "final" de un proceso que acompañó el debate de orden (no sólo procesal, sino también) constitucional –al interior del amplio escenario de la así llamada '*virtual representation*'<sup>11</sup>– sobre la justificación, o no, de una elección normativa que reconociese legitimación procesal (*standing*) a un sujeto para perseguir la tutela, también<sup>12</sup>, de los derechos subjetivos de otro u otros sujetos, por medio de una acción colectiva, aún cuando, entre el actor y sus "representados", no mediase ningún tipo mandato y, aún cuando, incluso, los miembros ausentes no supiesen de la existencia del respectivo proceso judicial.

De hecho, la consolidación del empleo de la locución 'adecuada representación' y su interpretación en la forma de derecho subjetivo<sup>13</sup>, es el resultado de un

<sup>10</sup> R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, 2001, p. 44 afirma que "[...] si può dire che un soggetto abbia "un diritto", in questo senso [se refiere cuando se afirma que un sujeto 'tiene un derecho' para significar que el sujeto en cuestión "è titolare di una situazione soggettiva tutelata"], solo a condizione che vi siano non una, ma due norme: una prima norma che gli conferisce un certo "diritto" (di per sé non tutelato), ed una seconda norma che gli conferisce l'ulteriore "diritto" di agire in giudizio per la tutela del primo". Pues bien, con la expresión 'derecho de papel' se entiende un derecho no tutelado (no tutelable): "[q]uesto modo di esprimersi sottende l'idea che i diritti non tutelati siano non "veri" diritti, ma, per così dire, diritti di "di carta" (ibidem).

<sup>11</sup> Es decir, las excepciones al principio de la prohibición de la *nonparties preclusion*. En concreto, la excepción al principio según el cual "[a] person who was not a party to a suit generally has not had a "full and fair opportunity to litigate" the claims and issues settled in that suit. The application of claim and issue preclusion to nonparties thus runs up against the "deep-rooted historic tradition that everyone should have his own day in court": *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 851 (2008) que cita *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793 (1996) que a su vez cita *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755 (1989). Al respecto ver, por ejemplo, R. BONE, *Rethinking the "Day in court" Ideal and Nonparty Preclusion*, en *New York University Law Review*, 67, 1992, *passim*, espec. pp. 204 ss.

<sup>12</sup> Hasta la fecha, salvo la excepcional *certification* de algunas *headless CA* y el esporádico éxito del llamado '*public rights model*', es requisito necesario que el representante de los miembros ausentes sea, a su vez, titular de uno de los derechos subjetivos objeto de tutela. Se trata de una condición necesaria prescrita a nivel jurisprudencial con base en la interpretación del art. III de la Constitución estadounidense y, entonces, en el amplio contexto del *standing*, el significado adscrito a los términos '*case*' y '*controversy*' y los usos de la locución '*injury in fact*' (sobre el art. III ver *Lujan, Secretary of The Interior v. Defenders of Wildlife Et. Al.*, 504 U.S. 555 (1991), p. 576; pero también *Flast v. Cohen*, 392 U.S., 83 (1968)). Sobre la excepcional *certification* de las *headless CA* ver, ya, J. BURNS, *Standing and Mootness in Class Actions: A Search for Consistency*, en *University of California, Davis Law Review*, 22, 1989, pp. 1239 ss.; *Schall v. Martin*, 476 U.S. 253 (1984); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). En relación específica con el llamado '*public rights model*' ver M. FORD, *Adequacy and the Public Rights Model of the Class Action After Gratz v. Bollinger*, en *Yale Law & Policy Review*, 27, pp. 1-46.

<sup>13</sup> *Hansberry v. Lee*, *cit.*, p. 40: "It is familiar doctrine of federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present [...] in all such cases, so far as it can be said that the members of the class who are present are, by generally recognized rules of law, entitled to stand in judgment for those who are not, we may assume for present purposes that such procedure affords a protection to the parties who are repre-

proceso dirigido a justificar, en el contexto normativo apenas descrito (es decir, el contexto de una acción colectiva), la posibilidad de extender los efectos de cosa juzgada<sup>14</sup>, incluso desfavorable, a los miembros ausentes de la *class* (es decir, no sólo *secudum eventum litis*)<sup>15</sup>.

De este modo, la locución 'adecuada representación' es usada como "comodín" interpretativo apto para justificar la extensión de los efectos de cosa juzgada a todos los miembros del grupo "representado", mediante la proclamación de un derecho subjetivo (que se considera) funcional para asegurar (de todas formas) la garantía del *due process* (v y XIV enmienda); no obstante el tradicional contenido de libertad y autonomía adscritos al derecho subjetivo de acción resultase sustancialmente limitado.

En otras palabras, la *libertad* de decidir si *pedir* o no, a la jurisdicción la justiciabilidad del propio derecho subjetivo vulnerado y la *autonomía* para gobernar la respectiva estrategia procesal, pierden su papel protagónico; mientras que (en circunstancias específicas) la *adequate representation* de los intereses de los miembros ausentes del grupo se perfila como la fórmula que concilia la posibilidad de asegurar la operatividad de la acción colectiva con (lo que se considera sea) la garantía de los derechos constitucionales de los *class members*<sup>16</sup>.

sented though absent, which would satisfy the requirements of due process and full faith and credit".

<sup>14</sup> Para los fines de este escrito, usaré la expresión 'efectos de cosa juzgada' para significar (en sentido objetivo) el alcance vinculante de la decisión final, sentencia o *settlement*, de una CA. Emplearé la locución en un contexto específico, es decir, aquél relativo al análisis de los discursos de los actores jurídicos sobre la extensión (en sentido subjetivo) del alcance de dicho efecto vinculante a los miembros ausentes de la *class* (me referiré, entonces, a los discursos de los actores jurídicos sobre el *binding effect of the class action judgment*). En estos términos, dado que no me ocuparé, en concreto, de las vicisitudes más problemáticas sobre la distinción estadounidense entre *claim preclusion* e *issue preclusion*, ni de la relevancia, en este ámbito, de la *diversity jurisdiction clause*, creo que el empleo de esta expresión, con este específico significado y en el particular contexto apenas indicado, no compromete las pretensiones del artículo, ni conduce a equívocos. De todas formas, remito, en el escenario estadounidense, y para un análisis técnico sobre la *preclusion* en relación con la CA, a T. WOLFF, *Preclusion in Class Action Litigation*, en *Columbia Law Review*, 105, 2005, pp. 717-808.

<sup>15</sup> Este resultado, que, como precisaré más adelante, aún presenta un alto grado de imprevisión (ver *infra* § 5-6), es consecuencia del debate más relevante en relación con la CA. En efecto, como indica G. HAZARD, J. GEDID, S. SOWLE, *An Historical analysis of the binding effect of class suits*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 146, 1997-1998, pp. 1847, "[t]he essential problem is one that was long ago identified by Professor Chafee—the tension between the idea that every person has an individual right to a day in court before being precluded, on the one hand, and the idea, on the other hand, that some forms of adjudication should be preclusive on individuals notwithstanding that they did not personally participate in the adjudication".

<sup>16</sup> S. ISSACHAROFF, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, en *Supreme Court Review*, 1999, p. 353: "There is no reason to believe, either as a matter of rules craftsmanship or case law or policy, that the concept of adequate representation present in the rules is anything other than the level of constitutional protection of absent class member interests necessary to deem their virtual participation in litigation fundamentally fair".

Esta "conquista" normativa en la cultura jurídica estadounidense no fue fácil. Por el contrario, la enraizada cultura *adversarial*<sup>17</sup>, ideología construida (entre muchas otras cosas y a nivel constitucional-procesal) con base en la garantía inalienable de un *day in court*, difícilmente podía conciliarse con un mecanismo procesal precisamente construido, en cambio, con base en la (casi) absoluta supresión de este derecho; al menos no, si esto implicaba la extensión de los efectos negativos del resultado del proceso.

## 2. (SIGUE) SÍ A LAS *REPRESENTATIVE SUITS*, NO AL *BINDING EFFECT*: LA CA ANTES DE 1966

Ya desde los primeros intentos que se activaron a partir de mediados del siglo XIX<sup>18</sup>, la genealogía de las acciones colectivas muestra como, en efecto, existía una imponente dificultad para lograr consolidar a nivel legislativo la extensión de los efectos desfavorables del fallo de las *representative suits* que resultaran contrarias a las pretensiones de la *class*, no obstante decisiones como *Smith v. Swormstedt* –decisión que optó (a pesar de la *Rule 48* de las *Federal Equity Rules* de 1942<sup>19</sup>) por extender los efectos negativos de la controversia a los miembros ausentes del grupo<sup>20</sup>– y no obstante algunas esporádicas propuestas doctrinales, como aquella de Thomas Street –quien recomendó, aunque de forma parcial, la extensión de los efectos de la cosa juzgada a todos los miembros de la *class* en el caso particular de las *class suits in rem* o *true class suits*<sup>21</sup>–.

<sup>17</sup> Sobre la ideología *Adversarial*, ver, sin duda, R. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, *passim*.

<sup>18</sup> Durante ese periodo, además de la *Rule 48* de las *Federal Equity Rules* de 1842, en 1851 el así llamado 'Field Code' (Código de procedimiento civil elaborado por David Dudley Field para el Estado de New York en 1950, adoptado posteriormente por 24 Estados de la Unión) prescribió una forma de acción representativa: "[...] and when the question is one of a common or general interest of many persons, or when the parties are very numerous and it may be impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the benefit of the whole". En relación con el *Filed Code* ver, por ejemplo, R. BONE, *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, en *Columbia Law Review*, 89, 1989, pp. 41 ss.

<sup>19</sup> Con una evidente influencia de los trabajos doctrinales del también *Justice* Joseph Story (espec. J. STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Boston, Massachusetts, 1836; *Id.*, *Commentaries on equity pleadings*, 1838 –nuevas ediciones en 1840, 1844 y 1848–) la *Rule 48* prescribe: "where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. *But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties*" (cursiva mía).

<sup>20</sup> 57 U.S. 288, 302 (1854), p. 303: "For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court".

<sup>21</sup> T. STREET, *Federal Equity Practice*, New York, 1909 (pp. 336 ss.).

Con la prescripción de las FRCP de 1938 la regulación legislativa en lo relacionado con la extensión de los efectos del fallo no varía sustancialmente<sup>22</sup>. En efecto, aunque la intención no faltó, sobre todo por parte de James Moore<sup>23</sup>, lo cierto es que la (posteriormente criticada<sup>24</sup>) R23 original no hizo referencia expresa a la extensión de los efectos desfavorables de la cosa juzgada frente a los miembros ausentes de la *class*.

Es bien conocida la razón histórica que impidió, en la primera versión de la R23, abordar el tema de la extensión de los efectos de cosa juzgada de manera definitiva: el *Advisory Committee*, con fundamento en la norma del *Rule Enabling Act* de 1934 que prohibía que las normas procesales elaboradas por la *Supreme Court* modificaran los derechos sustanciales<sup>25</sup>, decidió (en manifiesta oposición con la propuesta de Moore sobre la necesaria inclusión en la R23 de un título específico relativo a los efectos del fallo<sup>26</sup>) no ocuparse de la extensión de los efectos de cosa juzgada, en cuanto consideró que las normas de ese tenor serían modificatorias de los respectivos derechos subjetivos de los miembros ausentes y, entonces, desbordarían las facultades concedidas por el Congreso<sup>27</sup>; es decir, el *Advisory*

<sup>22</sup> R. BONE, D. EVANS, *Class Certification and the Substantive Merits*, en *Duke Law Review*, 51, 2002, pp. 1261 ss.

<sup>23</sup> Moore, auxiliar del *Justice Clark*, miembro del *Advisory Committee* que elaboró por delegación del Congreso (*Rules Enabling Act* de 1934) las FRCP, es quien, con un estudio posterior al primer borrador de la las FRCP recomendó, con éxito casi total, la reelaboración de la Rule 23 en atención a un esquema tripartito (*true class suits, hybrid class suits y spurious class suits*). No es una casualidad, entonces, que la Rule 23 FRCP (1938) sea también conocida como la 'Moore Rule'. Sobre las recomendaciones de Moore, junto con Clark, ver C. CLARK, J. MOORE, *A New Federal Civil Procedure. I. The Background*, en *Yale Law Journal*, 44, 1935, pp. 387-435.

<sup>24</sup> Sobre la insuficiencia de la clasificación elaborada por Moore en la R23 de 1938 para afrontar el debate que desde el siglo anterior había ocupado la cultura jurídica procesal estadounidense en relación con la naturaleza de la CA y sus efectos frente a los miembros ausentes ver: W. WEINER, D. SZYNDROWSKI, *The Class Action. From the English Bill of Peace to Federal Rule of Civil Procedure, cit.*, pp. 980-85, quienes precisan (p. 979) que "[t]he rule as adopted was beset with difficulties: (1) obscure and uncertain definitions of categories; (2) the inadequacy of the rule in dealing with the binding effect of judgments; and (3) the failure of the rule to address measures assuring procedural fairness". Por su parte, en 1966, ya el *Advisory Committee* de la reforma de ese año, precisaría que "in practice the terms "joint," "common," etc., which were used as the basis of the Rule 23 classification proved obscure and uncertain".

<sup>25</sup> "The Supreme Court of the United States shall have the power to prescribe, by general rules, for the district courts of the United States and for the courts of the District of Columbia, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in civil actions at law. Said rules shall neither abridge, enlarge, nor modify the substantive rights of any litigant" (28 U.S.C. 723(b) (1934), actualmente en 28 U.S.C. 2072 (a) y (b)).

<sup>26</sup> En efecto, Moore propuso, sin éxito, la inclusión en la R23 del título "Effect of Judgment". Al respecto ver J. MOORE, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems raised by the Preliminary Draft* en *Georgetown Law Review*, 25, 1937, pp. 571 ss.

<sup>27</sup> En cambio, en relación con la razón por la que el Congreso prescribió dicha norma en el *Enabling Act* de 1934, la discusión permanece abierta. Lo cierto es que los argumentos de origen histórico que identifican la razón en la pretensión de proteger la separación entre los poderes del Estado (y no tanto la distinción entre *Federal Law* y *State Law*) resultan muy convincentes. Al respecto, junto con la importante precisión sobre los efectos negativos de



*Committee* consideró que precisar el alcance de los efectos de cosa juzgada (aspecto, en realidad, relacionado, desde un punto de vista conceptual, exclusivamente con la justiciabilidad de los derechos) implicaría (o, mejor, podría llegar a implicar) la modificación del contenido del derecho subjetivo objeto de tutela colectiva.

Sin embargo, es necesario precisar que los efectos de cosa juzgada de las decisiones desfavorables de la CA en la versión de la R23 de 1938 fueron, de todas formas, determinados a nivel doctrinal y jurisprudencial<sup>28</sup>: para los dos primeros tipos de CA prescritos por los numerales (a)(1) y (a)(2) de la R23 original, es decir, *True* e *Hybrid* CA, necesariamente debía operar la extensión de los efectos de cosa juzgada, mientras que en el caso de la CA prescrita en el numeral (a)(3), es decir, las *spurious* CA, la extensión de los efectos de cosa juzgada al patrimonio de cada uno de los miembros de la *class* estaba condicionada por (el manifiesto) ejercicio del derecho subjetivo de *opt-in*, es decir, por la manifiesta declaración de voluntad por parte del miembro de la *class* de acogerse al destino final del proceso<sup>29</sup>.

### 3. HACIA LA OPERATIVIDAD DE LA CA

No cabe duda de que la extensión de los efectos (favorables o desfavorables) de cosa juzgada a los miembros ausentes de la *class* es una condición necesaria, aunque no suficiente, para garantizar la operatividad de la CA. En otras palabras, la extensión de los efectos de cosa juzgada a los miembros de la *class* es una condición necesaria para el uso de este mecanismo procesal por parte de los actores jurídicos: el *representative plaintiff* puede confiar en que el número de miembros del grupo sujetos a la decisión final tendencialmente coincidirá con los miembros de la *class* "descrita" por el juez en el acto procesal de la *certification*<sup>30</sup> (y, de este modo, puede

la injustificada distinción radical entre normas procesales y normas sustanciales, así como sus efectos negativos en *Opinions* (también) recientes de la *Supreme Court*, ver S. BURBANK, *The rules Enabling Act of 1934*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1981-1982, pp. 1115-1197 y, recientemente, el agudo artículo de S. BURBANK, T. WOLFF, *Redeeming The Missed Opportunities of Shady Grove*, *cit. passim*.

<sup>28</sup> Fue notoria la influencia de los trabajos de Moore para la determinación, en la práctica judicial, de los efectos de cosa juzgada relativos a la R23 original. Al respecto precisa Z. CHAFEE, *Some Problems of Equity*, 1950 (citado por S. BURBANK, T. WOLFF, *Redeeming The Missed Opportunities of Shady Grove*, *cit.*, p. 55, n. 158) que "[n]owise discouraged at being thus locked out at the front door, Mr. Moore soon contrived to slip in by the back door... So great is the deserved respect for his treatise, that his scheme about binding outsiders has had almost as much influence upon judges as if it had been embodied in Rule 23".

<sup>29</sup> Comentando el trabajo de Moore, B. KAPLAN, *Continuing Work of The Civil Committee: 1966 Amendments of The Federal Rules of Civil Procedure (I)*, en *Harvard Law Review*, 81, 1967-1968, p. 378, afirma que Moore consideraba "that the judgment in true actions was conclusive on the class; in hybrid actions, conclusive upon the appearing parties and upon all claims whether or not presented insofar as they affected the property; and in spurious actions, conclusive only upon the appearing parties [es decir, quienes voluntariamente decidieran hacer parte del proceso, es decir, quienes ejercieran el derecho subjetivo al *opt-in*]".

<sup>30</sup> La *Certification*, inexistente en la versión original de la R23 (R. BONE, D. EVANS, *Class Certification and the Substantive Merits*, *cit.*, p. 1261: "[...] nothing in the 1938 Rule expressly required and kind of formal certification procedure"), es el acto procesal mediante el cual

confiar en que se asegurarán los efectos equilibradores de la magnitud numérica de la *class*) y la parte pasiva puede confiar que tendencialmente no se presentarán tantas CA como potenciales miembros del *class* existan.

Pues bien, en términos esquemáticos, pareciera posible afirmar que a partir de 1966 las condiciones para que opere la extensión de los efectos de cosa juzgada a los miembros de la *class* parecen (aunque no son) relativamente claras<sup>31</sup>. En efecto, una vez que el juez "describe" la *class* en (el siempre modificable<sup>32</sup> acto procesal de) la *certification*, es necesario (i) que el sujeto a quien se extienden los efectos del fallo (o del *settlement*) pertenezca a la *class*; (ii) (previa respeto de las normas relativas a la *notice*, que, a su vez, varían dependiendo el tipo de CA) que el miembro de la *class* no sea titular del derecho al *opt-out* (auto-excluirse de la *class*), o siéndolo, no lo ejercite; (iii) que los miembros de la *class* sean adecuadamente representados.

La identificación de la *class*, sin embargo, no es simple, no sólo porque son pocas las indicaciones normativas al respecto<sup>33</sup> y porque el juez está en la capacidad de modificarla y/o subdividirla en cualquier momento del proceso<sup>34</sup>. No

el juez determina que una específica controversia efectivamente puede ser *certified* como (uno de los tres tipos de) CA: R23(c)(1) "Certification Order" (A) "Time to Issue. At an early practicable time after a person sues [...] as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action".

<sup>31</sup> En realidad se trata de los requisitos que condicionan la constitucionalidad de la extensión de los efectos de cosa juzgada, en cuanto que son considerados como garantía de los derechos procesales de los miembros ausentes de la *class*. En efecto, la *Supreme Court*, con mayor claridad desde *Phililips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), estableció, como precisa L. MULLENIX, *Taking Adequacy Seriously: The inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 1715-1744, que "[...] the opportunity to be heard, the opportunity to opt-out, and the presence of adequate representation are the fundamental due process components of class litigation".

<sup>32</sup> El juez puede modificar la propia *certification* en cualquier momento del proceso, al tiempo que puede restringirla a ciertos tipos de derechos: la R23(c)(4) prescribe que "[...]w]hen appropriate an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues"; al tiempo que la R23(c)(1)(C) prescribe que la orden de *certification* "[...] may be altered or amended before final judgment". Y no sólo: la misma R23(f) (modificada sólo en su redacción en el 2007) prescribe la posibilidad de apelar la decisión que niegue o, en cambio, acepte, la *certification* de la CA: "A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 10 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders".

<sup>33</sup> R. KLONOFF, E. BILICH, S. MALVEAUX, *Class Action and other Multi-Party Litigation. Cases and Materials*, 2.º Ed., Thomson/West, 2006, pp. 46-47: "[i]t is critical to define a class properly. Without a precise, workable class definition [refiriéndose obviamente a una definición legislativa], a court cannot ascertain who is in the class and thus bound by judgment. Modern Rule 23 was amended in 2003 to reflect this priority. Rule 23(c)(1)(B) states that "[a]n order certifying a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses[...]" Despite this new language, however, neither the amended Rule nor the accompanying Advisory Committee's Notes set forth what criteria courts should use when determining whether a class has been properly defined". Para un enfoque práctico y concreto sobre la "definición" de la *class* ver *Manual of Complex Litigation*, Forth, Federal Judicial Center, 2004, pp. 270 ss.

<sup>34</sup> R23(c)(5): "Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule". La identificación de la *subclass* se realice con

es simple porque, además, la "descripción" de la *class* por parte del juez no está libre de ambigüedades y no responde necesariamente a la constatación de una "homogeneidad" entre los derechos de los miembros de la *class*: no siempre que un juez identifica la *class* está identificando sólo (y todos los) derechos subjetivos con potencial grado de "homogeneidad" en su contenido<sup>35</sup>.

En todo caso, si un sujeto es considerado como miembro de la *class* o, lo que es lo mismo, es considerado como titular de uno de los derechos subjetivos indicados (de forma genérica, pero con pretensión de claridad) por parte del juez en el acto procesal de la *certification*, en primer lugar es necesario, para que se verifique la extensión de los efectos de cosa juzgada, que este sujeto no se auto-excluya de la *class*. Para que se cumpla esta condición es necesario que se den una de las siguientes dos condiciones: (i) o que el sujeto no sea titular del derecho de auto-exclusión de la *class* o (ii) que el sujeto no ejercite, pudiendo hacerlo, el derecho de auto-exclusión de la *class*.

Un miembro de la *class* no es titular del derecho de *opt-out* cuando la CA es *certified* como una *mandatory* CA, es decir, una CA que corresponde con el tipo prescrito en la R23(b)(1)<sup>36</sup> o en la R23(b)(2)<sup>37</sup>. En efecto, en ambos tipos de CA, el legislador de 1966 (en concordancia con la tendencia doctrinal y jurisprudencial en relación con las *true* y las *hybrid* CA prescritas en la R23 original) consideró que los miembros de la *class* obligatoriamente estarían vinculados por el resultado del proceso; esto en razón de las características propias de los derechos subjetivos objeto de tutela.

En particular, el legislador considera que se trata de derechos subjetivos, que llamaré *TipoA*, cuya tutela debe abrazar a todos los miembros de la *class* en cuanto al ejercicio del derecho de acción de forma individual por parte de alguno(s) de ellos

los mismos criterios con que se identifica la *class* que, como se verá más adelante, están todos condicionados por la garantía del derecho a la adecuada representación (ver *infra* § 5-6).

<sup>35</sup> La propiedad de la "homogeneidad" no es una propiedad definitoria de cada uno de los derechos subjetivos respecto de los cuales esta se predica: es, entonces, una propiedad contingente. Además, en el ámbito de la CA, la declaratoria de "homogeneidad" entre dos o más derechos subjetivos (es decir, la declaratoria del cumplimiento de los requisitos de *commonality* y *typicality*) por parte del juez, no es consecuencia exclusiva del tipo de derecho subjetivo, sino (también y sobre todo) responde a condicionamientos relativos a la garantía del derecho subjetivo a la adecuada representación (ver *infra* § 5) cuyo contenido y ámbito aplicativo resulta condicionado por la función (por la justificación) adscrita al mecanismo procesal.

<sup>36</sup> R23(b) "(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interest of other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests".

<sup>37</sup> R23(b) "(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole".

generaría: (i) el riesgo de decisiones contradictorios; (ii) el riesgo de decisiones que disponen irremediamente de los derechos de otros sujetos no presentes es el litigios; (iii) el riesgo de decisiones que hacen imposible a otros sujetos pretender posteriormente el cumplimiento de los deberes correlativos a sus propios derechos; (iv) decisiones que inevitablemente, dado el tipo de derechos subjetivos objeto de tutela, y dado el contenido del fallo, dispondría necesariamente de los demás derechos subjetivos de los sujetos no presentes en el litigio.

#### 4. (SIGUE) DERECHO SUBJETIVO AL *OPT-OUT*: ÚLTIMO VESTIGIO DEL CONTENIDO DE LIBERTAD TRADICIONALMENTE ADSCRITO AL DERECHO SUBJETIVO DE ACCIÓN

Un miembro de la *class* es titular del derecho de *opt-out* cuando la CA es *certified* como una *non-mandatory* CA, es decir, una CA que corresponde con la prescrita en la R23(b)(3)<sup>38</sup>. En efecto, en relación con este tipo de CA, el legislador de 1966 (alejándose de forma radical del derecho subjetivo de *opt-in* identificado por la doctrina y la jurisprudencia en relación con las *spurious* CA prescritas en la R23 original) consideró que a los miembros de la *class* les debe ser reconocido, no el derecho subjetivo a pertenecer a la *class*, sino el derecho subjetivo a *no-pertenecer* a la *class*<sup>39</sup> y, si lo desean, el derecho subjetivo de (acción de) iniciar el proceso de forma individual<sup>40</sup>; esto en razón de las características propias de los derechos subjetivos objeto de tutela.

Esta reforma normativa, es decir, el paso del *opt-in* al *opt-out*<sup>41</sup> –transición que, por cierto, ocupa actualmente las discusiones doctrinales sobre las acciones colecti-

<sup>38</sup> R23(b) "(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy". Para un análisis sobre el significado dado al término 'predominate' ver *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1996).

<sup>39</sup> Cuando se ocupa del tema de la *notice* en relación con las CA *certified* bajo el tipo prescrito por la R23(b)(3), la R23 en su versión actual prescribe que a los miembros ausentes de la *class* se les debe informar (R23(c)(2)(B)) que los resultados del proceso surtirán efectos obligatorios para todos los miembros (se les debe informar "(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)" a no ser que se auto-excluyan de la *class* (se les debe informar "that the court will exclude from the class any member who requests exclusion"). En la versión de 1966 (primera mención del derecho subjetivo al *opt-out*) se prescribía en la R23(c)(3) que "[...] The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class" (cursiva mía).

<sup>40</sup> Ya el *Advisory Committee* precisó en las notas a la reforma de 1966 en relación con la R23(b)(3) CA que "[...] the interests of the individuals in pursuing their own litigations may be so strong here as to warrant denial of a class action altogether. Even when a class action is maintained under subdivision (b)(3), this individual interest is respected. Thus the court is required to direct notice to the members of the class of the right of each member to be excluded from the class upon his request".

<sup>41</sup> R. NAGAREDA, *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action* en *Columbia Law Review*, 103, 2003: "[i]f one were to say that class actions are binding only insofar as individual

vas resarcitorias en otras latitudes<sup>42</sup>— resultó ser, en la práctica, de capital relevancia para la consolidación de la operatividad de la CA<sup>43</sup>. En efecto, en última instancia, en relación con las *non-mandatory* CA —que resuelven pretensiones con contenido resarcitorio<sup>44</sup>— existe una *presunción* no expresa según la cual todos los miembros de la *class* tendencialmente harían parte del proceso, es decir, se presume que la *class* "descrita" por el juez tendencialmente coincidirá con el número de sujetos a quienes se extenderán los efectos de cosa juzgada: (dejando a un lado, por ahora, las críticas formuladas por parte de la doctrina al contenido simplemente formal del derecho subjetivo al *opt-out*<sup>45</sup>) varios estudios empíricos demuestran que un porcentaje muy bajo de los miembros de la *class*, sea por desconocimiento de la existencia del proceso, sea por falta de incentivos para hacerlo, ejercen el derecho subjetivo a la auto-exclusión<sup>46</sup>, al punto que no es un error identificar en la R23, como reformada en 1966, un aparato normativo que terminó por constituir una

class members choose to opt-in, the one effectively would be allocating the area between legislation and contract entirely to the model of contract. By contrast, the right to escape the binding effect of a class judgment by opting out is essentially *sui generis* in the law of civil procedure. That, however, is a testament no to the folly or Rule 23 in setting its default rule in favor of binding effect but, rather, to its practical realism in situating the modern class action in the middle ground between public legislation (no opportunity to exclude oneself) and private contract (organized in term of a right to opt in)" (p. 226).

<sup>42</sup> Sobre el punto, por ejemplo, en relación con el Reino Unido ver R. MULHERON, *Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis* en *Columbia Journal European Law*, 15, 2008-2009, pp. 409-453; y en relación con Italia A. GIUSSANI, *Enter the Damage Class Action in European Law: Heading towards Justice on a Bus*, en *Civil Justice Quarterly*, 2009, pp. 132-140.

<sup>43</sup> En contra, como siempre, M. REDISH, *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, Stanford University Press, Stanford, 2009., cuando afirma que "[m]ost of that controversy, however, has focused on the choice between opt-out and mandatory class actions. Rarely has it concerned the choice between opt-out and opt-in procedures [...] Recognition of the relevance of the jurisprudence of constitutional wavier dictates a rejection of opt-out procedure, in favor of one requiring opt-in" (p. 173), o que "[a]s explained earlier in this book, a process that requires absent claimants to affirmatively opt into a class proceeding is preferable o an opt-out procedure, purely as a matter of democratic theory" (p. 169).

<sup>44</sup> Sin embargo, en un principio, el mismo legislador no era consciente del alcance que este tipo de CA habría de tener en el contexto de la *mass torts litigation*. De hecho, el *Advisory Committee* precisó que "[a] 'mass accident' resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses to liability, would be present, affecting the individuals in different ways, In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried".

<sup>45</sup> Al respecto ver *infra* § 6.

<sup>46</sup> T. EISENBERG, G. MILLER, *The Role of opt-outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, pp. 1529-1567; MILLER G., *Rethinking Certification and Notice in opt-out Class Action*, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 74, 2005-2006, pp. 637-649.

estructura apta, en principio<sup>47</sup>, para extender los efectos de cosa juzgada a cualquier miembro ausente, sea cual sea el tipo de CA<sup>48</sup>.

En estos términos, el derecho de *opt-out*, aunque formulado en la forma de derecho a *no-pedir*, es considerado (se quiere considerar) como el último vestigio del tradicional contenido de libertad adscrito al derecho de acción<sup>49</sup>, en cuanto, en teoría, permite al miembro ausente gobernar una parte de la estrategia procesal (retirarse del proceso) y *pedir* de forma individual a la jurisdicción (si lo desea) la justiciabilidad del propio derecho.

Para facilitar su ejercicio —que, en realidad, a partir de la reforma a la CA en el año 2003, es previsto en dos momentos procesales diferentes<sup>50</sup>— la R23 prescribe el cumplimiento previo de las reglas relativas a la *notice*<sup>51</sup>, es decir, el acto procesal mediante el cual el juez informa (o, mejor, debe informar) a los miembros de la *class* la existencia del proceso; requisito considerado como necesario, al menos desde un punto de vista formal, para que los miembros de la *class* puedan auto-excluirse<sup>52</sup>. Precisamente, por este motivo, en relación con la R23(b)(3), y a diferencia de lo que sucede en relación con las *mandatory* CA<sup>53</sup>, la *notice* es prescrita como un requisito procesal muy exigente y (considera el legislador y parte de la doctrina

<sup>47</sup> En realidad, si bien el porcentaje de miembros ausentes de la *class* que ejercen el derecho subjetivo al *opt-out* es verdaderamente bajo, la extensión de los efectos de cosa juzgada no es absoluta puesto que, como se verá más adelante, en razón de la relevancia dada al derecho a la adecuada representación por parte de los jueces, varios miembros pueden resultar “liberados” a posteriori de los efectos del fallo, o del *settlement*, por vía de un *collateral attack* (ver *infra* n. 83).

<sup>48</sup> R. BONE, D. EVANS, *Class Certification and the Substantive Merits*, *cit.*, pp. 1261-1262: “Class actions under the 1966 revision were all meant to have full res giudicata effect. The 1966 Rule drafters made perfectly clear—and for first time—that the entire point of the class action procedure was to adjudicate individual claims in one proceeding with full binding effect on each and every class members”.

<sup>49</sup> En efecto, en la identificación de las funciones adscritas al derecho subjetivo al *opt-out* y de la *notice*, T. WOLFF, *Preclusion in Class Action Litigation*, *cit.*, p. 786, afirma que el derecho de auto-exclusión: “[...] reintroduce an element of litigant autonomy into an ongoing class action. *In theory*, notifying the absentees about developments in a class proceeding (like a proposed settlement), and giving them the opportunity to opt out, provides a check on the adequacy of class counsel’s representational efforts and reinforces the moral authority of binding absentees to the result” (cursiva mía).

<sup>50</sup> R23(c)(2)(B)(v) y R 23(e)(1).

<sup>51</sup> Sobre la *notice*, y como antecedentes jurisprudenciales relevantes antes de la prescripción de la R23(c)(2)(A) y (B) en el 2003, ver *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) y, sobre todo, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985).

<sup>52</sup> “The notice requirement in rule 23 is only a component of the requirement of adequate representation [...]” en COMMENT OF EDITORS, en *University of Pennsylvania Law Review*, 123, 1974-1975, p. 1219. Sin embargo, ver O. FISS, *The Political Theory of the Class Action*, en *Washington & Lee Law Review*, 21, 1996, p. 28, quien considera —en consonancia con su modelo justificativo de la CA según el cual este instrumento procesal existe para garantizar la tutela de (lo que se considera sea) el *public interest*— que la *notice* no tiene relación funcional con el derecho al *opt-out*: “[n]otice is not a proxy for consent, but only an instrument for making certain that the named plaintiff will be a strong and effective advocate for the class”.

<sup>53</sup> (R23(c)(2)(A): “for any class certified under R23(b)(1) or (2) the court may direct appropriate notice to the class” (cursiva mía). Sin embargo, es necesario precisar que en el

y los jueces) *funcional* (y casi que suficiente) para el ejercicio del derecho de auto-exclusión y, entonces, *funcional* (entre otros) para la tutela del ámbito de libertad garantizado al miembro ausente en este tipo de CA.

En concreto, según los términos de la R23(c)(2)(B), mediante la *notice*, en el caso de la CA prescrita por la R23(b)(3), se debe comunicar de la mejor manera posible e, incluso, de manera individual, y con un esfuerzo razonable, a cada uno de los miembros identificables: la naturaleza de la acción; la "definición" de la *class*; las pretensiones y las excepciones; la posibilidad de presenciar el proceso mediante un abogado; el derecho a ejercer el *opt-out* y la consecuente extensión de los efectos de cosa juzgada a todos aquellos miembros de la *class* que no ejerzan el derecho subjetivo de auto-exclusión<sup>54</sup>.

En relación particular con los derechos subjetivos potencialmente objeto de tutela por vía de la CA prescrita en la R23(b)(3), la razón por la que el legislador consideró que la CA *no* debería ser prescrita como *mandatory*, responde al hecho de que (en ese entonces, y aún ahora, salvo a nivel de alguna importante doctrina<sup>55</sup>) no se encontró una justificación de orden normativo lo suficientemente relevante para impedir que cada miembro ausente pudiese iniciar un proceso de forma individual, mientras sí se identificaron razones para poder *presumir* que los miembros del grupo harían parte de la *class*.

Así, se afirma que en atención al tipos de derechos subjetivos cuya justiciabilidad normalmente se pretende por vía de la R23(b)(3) (como se verá a continuación: derechos subjetivos *TipoB* y/o *TipoC*) difícilmente, porque puede ser irracional, el titular *pedirá* de forma individual a la jurisdicción la tutela del propio derecho; mientras que, ante la eventualidad de poder compartir (minimizar) con varios sujetos los costos del proceso y constituir una fuerza colectiva que logre un cierto grado de intimidación (o, al menos, un equilibrio de fuerzas) frente a la parte demandada, el titular del derecho subjetivo tendencialmente preferirá<sup>56</sup> la opción de permanecer en la *class*, no obstante deba asumir el riesgo de perder en un proceso que no inició, ni controló. Y, en relación con este último aspecto, preferirá permanecer ya que se trataría de una pérdida que, dado el tipo de derecho subjetivo objeto de justiciabilidad, no es significativa y/o era previsible y/o tiene un costo inferior o igual a aquel que se habría generado si hubiese iniciado la acción de forma individual<sup>57</sup>.

debate sobre las *Hybrid CA* (ver *infra* § 6) se discute sobre la obligatoriedad de la *notice* en algunas CA *certified* como *non-mandatory*.

<sup>54</sup> R23(c)(2)(B).

<sup>55</sup> Ver *infra* § 7-8.

<sup>56</sup> Sin embargo ver C. LESLIE, *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, en *Florida Law Review*, 59, 2007, p. 134, quien elabora un estudio dirigido a señalar que el "silence" no es un "endorsement" y, entonces, "[i]f rational class members would remain silent when confronted with either an adequate or inadequate settlement, then a judge should read nothing into their silence. Class member silence is rational, interpreting this silence as endorsement of a proposed settlement is not".

<sup>57</sup> Es necesario precisar que según varios estudiosos, en el caso de las *negative value claims*, perder el litigio puede generar, de todas formas, costos altos (individuales y colectivos) en

En efecto, los derechos subjetivos tradicionalmente tutelados por vía de este tipo de CA corresponden principalmente (pero no necesariamente<sup>58</sup>) a derechos subjetivos respecto de los cuales se puede predicar (al menos) una de las dos siguientes características: que se trata de derechos subjetivos (que llamaré) *TipoB* y/o derechos subjetivos (que llamaré) *TipoC*.

Los derechos subjetivos *TipoB*, son aquellos derechos subjetivos vulnerados, cuya tutela jurisdiccional, mediante el ejercicio individual del derecho subjetivo de acción, está condicionada por desigualdades estructurales entre el titular del derecho y el sujeto demandado (desigualdad probablemente también determinada por la contraposición entre parte ocasional o *one shotter vs.* parte habitual o *repeat player*<sup>59</sup>). En otras palabras, aún cuando el titular del derecho subjetivo vulnerado quisiera ejercer el derecho de acción de forma individual y su pretensión tuviese un valor considerable, el proceso judicial parecerá, de todas formas, casi que (pre) condicionado a un fallo negativo, es decir, a un fallo que, debido a la desigualdad de "armas" (recursos) entre las partes en contienda, difícilmente podrá finalizar con una decisión, o un acuerdo favorable al titular del derecho subjetivo en cuestión<sup>60</sup>.

Los derechos subjetivos *TipoC*, son derechos cuya tutela está condicionada por una falta evidente de incentivos para iniciar la acción de forma individual. En concreto, se trata de derechos subjetivos cuyos (potenciales) beneficios derivados de su garantía o tutela, tiene un valor inferior al costo del ejercicio del derecho de acción: se trata, en pocas palabras, de pretensiones negativas (sean, o

el escenario extra-procesal, en cuanto constituiría: (i) la pérdida de (la futura) oportunidad para cosechar los frutos derivados del efecto disuasivo de un fallo favorable a la *class* (ver texto que sigue e *infra* § 7); (ii) la pérdida de la posibilidad (ya ella, en sí misma, un beneficio) de garantizar el cumplimiento, el *enforcement*, de los deberes correlativos a los derechos subjetivos objeto de justiciabilidad, es decir, garantizar el cumplimiento de las normas.

<sup>58</sup> Nada impide imaginar derechos subjetivos que se puedan tutelar por vía de la R23(b)(3) y que, sin embargo, no cumplan con ninguna de las dos características que mencionaré a continuación. Sin embargo, la práctica judicial indicaría casi lo contrario.

<sup>59</sup> M. GALANDER, *Why the "haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, en *Law & Society Review*, 96, 1973-1974, *passim*. En relación con este tipo de derechos, el autor señala, por ejemplo, que el ejercicio de la acción colectiva favorecería la posibilidad de obtener la justiciabilidad del propio derecho en cuanto: "The class action is a device to raise the stakes for an [repet player], reducing his strategic position to that of an [one shotter] by making the stakes more than he can afford to play the odds on, while moving the claimants into a position in which they enjoy the [repeat players] advantages without having to undergo the outlay for organizing" (p. 143).

<sup>60</sup> En relación con la justiciabilidad de este tipo de derechos, la justificación del empleo de la CA se construye con base en la función de la CA como mecanismo procesal apto para garantizar el acceso a la justicia mediante la minimización de los costos y mediante la garantía del equilibrio entre las partes. Por este motivo, aquello que permite presumir que el titular del derecho tendencialmente preferirá *no* actuar de forma individual y, entonces, en el caso de una acción colectiva, tendencialmente (si efectivamente sabe de su existencia) preferirá permanecer en ella, es la posibilidad de disminuir los altos costos del ejercicio del derecho de acción de forma individual y la posibilidad de mitigar el poder intimidatorio de la parte demandada.



no, *small claims*)<sup>61</sup>. En estos términos, resulta irracional iniciar el proceso de forma individual<sup>62</sup>.

##### 5. ALCANCE Y ÁMBITO APLICATIVO DEL DERECHO SUBJETIVO A LA ADECUADA REPRESENTACIÓN Y LA "HOMOGENEIDAD" COMO PROPIEDAD CONTINGENTE

Como ya precisé, para que opere la extensión de los efectos de cosa juzgada a los miembros ausentes de la *class*, no es suficiente que el sujeto haga parte del grupo en los términos indicados por el juez, y tampoco es suficiente que el sujeto no sea titular del (o, si titular, no ejerza el) derecho de *opt-out*. Es necesario, sobre todo, que el juez considere que los miembros ausentes están siendo (o, dependiendo el caso, serán o fueron) adecuadamente representados.

Desde un punto de vista más general, para los prácticos del derecho, las ya mencionadas excepciones a la garantía del derecho subjetivo al *day in court* en función de la *virtual representation*, es decir, los casos es los que opera excepcionalmente la *nonparty preclusión* (que actualmente la *Supreme Court* federal circunscribe a seis casos<sup>63</sup>), giran todas alrededor de una necesaria garantía de (lo que se

<sup>61</sup> No todas las *negative value claims* son *small claims*. La calificación de una pretensión como negativa no indica necesariamente que el monto del resarcimiento sea muy bajo. El adjetivo 'negativo' indica sólo que el ejercicio del derecho subjetivo de acción de forma individual (en el escenario jurídico estadounidense, particularmente en razón de los costos del sistema judicial: práctica de pruebas, honorarios de los abogados, etc.) requiere una inversión de recursos superior al monto del resarcimiento que se pretende. En estos términos, no es un error afirmar que en el escenario jurídico estadounidense toda *small claim* es una pretensión negativa; pero sí es un error afirmar que toda pretensión negativa es una *small claim*. En el contexto de la CA (R23(b)(3)), esta distinción adquiere relevancia al momento de la justificación del empleo de la acción colectiva: como se verá más adelante (ver *infra* § 7) en el caso de las *negative value claims* que también sean *small claims*, la justificación de la CA se realiza con base exclusivamente en atención a la función de disuasión (*deterrence*) adscrita a la CA. En el caso de las *negative value claims* que no son *small claims*, el empleo de la CA es justificado también en razón de su potencial relevancia para garantizar el eventual resarcimiento y, entonces, en atención también a la función de garantizar el acceso a la justicia. Al respecto S. BURBANK, S. FARHANG, H. KRITZER, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, cit., p. 26, afirman, en relación con las pretensiones negativas que no son *small claims*, que "class treatment might be justified for the purpose of compensation, or for the dual purposes of compensation and deterrence, with aggregate treatment lowering the unit cost of litigation sufficiently to make the effort worthwhile"; y, en relación con las *small claims*, afirman que "[...] only deterrence would seem to justify priming the heavy artillery of a class suit".

<sup>62</sup> Como indica S. BURBANK, *The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2007-2008, p. 1487: "[...] Seeking to ensure that members of a class would be bound by an adverse judgment as benefit from one that favorable, the drafters recognized that Rule 23(b)(3) would enable those with small claims for whom individual litigation would be economically irrational to band together in group litigation against a common adversary".

<sup>63</sup> Ver *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 851, cit. Particularmente, en lo que aquí interesa, se precisa que operar la extensión de los efectos de cosa juzgada en el siguiente caso: "Third, we have confirmed that, "in certain limited circumstances", a nonparty may be bound by a judgment because she was "adequately represented by someone with the same interests who

considera sea) el derecho a una adecuada representación del miembro ausente, como garantía ineludible del derecho subjetivo al *due process*: me refiero al empleo indicado<sup>64</sup> de la locución 'adecuada representación', mediante el uso del lenguaje de los derechos, como justificación para la restricción del (contenido de libertad y autonomía propias del) derecho subjetivo al *day in court* y, en general, del tradicional contenido adscrito al derecho subjetivo de acción en la cultura jurídica *adversarial*<sup>65</sup>.

En el caso específico de la CA, a partir de la reforma a la R23 de 1966, la estructura normativa de la CA prescribe una restricción a la libertad y autonomía del miembro ausente (si bien no de forma absoluta, como en efecto muestran algunas de las normas prescritas por la R23<sup>66</sup>), en proporción al aumento de la relevancia adscrita al derecho a la adecuada representación. En efecto, el *Advisory Committee*, sirviéndose de los aportes interpretativos de (principalmente, pero no sólo) *Hansberry v. Lee*<sup>67</sup>, y seguramente yendo más allá de la simple mención de la (hasta entonces poco usada) locución 'adecuada representación', como la empleada en la versión original de la R23<sup>68</sup>, construye una estructura normativa *compleja*, es

[wa]s a party to the suit". [...] Representative suits with preclusive effect on nonparties include properly conducted class actions".

<sup>64</sup> Ver, sobre todo, *supra* § 1 e *infra* § 7-8.

<sup>65</sup> Con base en el ya sedimentado *Test* elaborado en *Mathews v. Aldridge*, 424 U.S. 319 (1976) y reforzado en *Connecticut v. Doehr*, 501 U.S. 1 (1991) –empleado, por ejemplo, en *Mamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004)– se considera que la adecuada representación existe y, entonces, se puede justificar la limitación al *adversarial procedure*, sólo previa aceptación (en cuanto justificada) de la limitación al *Due Process* en consideración de "[i] the private interest that will be affected [...] [(ii) the risk of an erroneous deprivation [...] and the probable value [...] of additional or substitute procedural safeguards [...] [(iii) the government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail". Se trata de un *test* que, según J. TIDMARSH, *Rethinking Adequacy of Representation*, en *Texas Law Review*, 87, 2008-2009, pp. 1137-1203, puede ser expresado en los siguientes términos: "departures from adversarial process must have expected benefits that equal or exceed the costs to an individual from the loss of traditional adversarial process" (p. 1182) y que, por cierto, M. REDISH, *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit., pp. 138 ss., ha criticado por no tomar en consideración el derecho a la *self-determination*, según lo prescrito por la primera enmienda de la Constitución estadounidense.

<sup>66</sup> Como ya resulta claro, en la versión de la Rule 23 de 1966, como en la versión actual, se busca no revocar de forma integral el contenido de libertad y autonomía propios de la tradicional interpretación del derecho de acción. En efecto, no sólo se prescribe el derecho a la *notice* (de forma menos radical para las *Mandatory CA*), sino que también se reconoce, pero solo para las *non-mandatory CA* (Rule 23(b)(3)) (i) un derecho a intervenir en el proceso (R23(c)(2)(B)(iv): la *notice* debe informar "that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires") y (ii) el derecho de auto-exclusión, *opt-out* (R23(c)(2)(B)(v): "that the court will exclude from the class any member who requests exclusion"). Además, cuando se proponga un *Settlement*, o una *Voluntary Dismissal* o un *Compromise*, se prescribe (iii) (también para las *mandatory CA*) el derecho a una segunda *notice* (Rule 23(e)(1)); (iv) (también para las *mandatory CA*) el derecho a oponerse o objetar la propuesta (Rule 23(e)(5)) y, en fin, (v) una segunda oportunidad para ejercer el derecho de *opt-out*.

<sup>67</sup> *Hansberry v. Lee*, cit.

<sup>68</sup> "R23 (a) Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it

decir, el derecho subjetivo a la adecuada representación<sup>69</sup> y, entonces, construye el andamiaje normativo que será empleado para justificar la limitación del alcance del derecho subjetivo al *day in court*.

Para este fin, entre otras disposiciones<sup>70</sup>, prescribe cuatro requisitos generales (considerados como) irrenunciables en el camino hacia la *certification* de una CA. Se trata de los requisitos de *Numerosity*<sup>71</sup>, *Commonality*<sup>72</sup>,

impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought to be enforced for or against the class is [...]" (cursiva mía).

<sup>69</sup> El derecho a la adecuada representación, así como lo ya indicado en relación con el derecho subjetivo de acción, también puede ser caracterizado como un macro(meta)derecho subjetivo en cuanto se trata de un derecho subjetivo compuesto –y en esa medida complejo– por varios micro-derechos, todos funcionales a la justiciabilidad colectiva de derechos subjetivos cuyos deberes correlativos han sido (o están siendo, o serán) patológicamente incumplidos (ver n. 5).

<sup>70</sup> En este punto, es necesario precisar que el macro(meta)derecho subjetivo a la adecuada representación ha sido construido por parte de los jueces, no sólo mediante la interpretación del específico enunciado normativo que emplea la locución 'adecuada representación' (R23(a)(4)), sino, también, con base en la articulación de varias, por no decir la mayoría, de las disposiciones normativas de la R23.

<sup>71</sup> "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable [...]" R23(a)(1). En relación particular con el adjetivo 'impracticable' se precisa en *Patrycus v. Gomilla*, 121 F.R.D. 357 (N.D.III. 1988), que "the individual circumstances of a case must be considered in determining whether joinder is impracticable. A relatively small group may form a class if other considerations make joinder impracticable". Sobre el mismo adjetivo la doctrina precisa que "Thus, it is not necessary that the joining of all class members as named parties in a single action should be impossible in order to satisfy this pre-requisite, only that it be extremely difficult or inconvenient": R. MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2004, p. 129. Es necesario señalar que el requisito de la *numerosity* encarna el carácter excepcionalidad de la CA, frente a la regla general que exige la presencia en el proceso del titular del derecho subjetivo objeto de justiciabilidad: R. NAGAREDA, *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, Foundation Press, New York, 2009, p. 67: "When the would-be absent members of the class can readily be joined in the ordinary fashion of Rules 19-20 –in practical terms, identified by name and served with legal process to participate in the action– there is no particular need for their legal rights to be adjudicated by way of a procedure for non-contractual aggregation. Instead, procedural law prefers that each person should litigate on her own behalf".

<sup>72</sup> "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if [...](2) there are questions of law or fact common to the class [...]" R23(a)(2). Este requisito tiene que ver necesariamente con la identificación de la propiedad "homogeneidad" atribuida a los derechos subjetivos objeto de tutela. Respecto de este requisito, la incertidumbre es grande porque, como se verá más adelante (*infra* § 6, en relación con la reciente sentencia *Wal-Mart Stores, INC vs. Dukes et al.*, 564 U.S. (2001), junio 20 de 2011) la adscripción de esta propiedad no depende exclusivamente de un análisis, por parte del juez, de la similitud entre los derechos subjetivos de los potenciales miembros de la *class*.

*Typicality*<sup>73</sup> y *Adequate Representation*<sup>74</sup>; los tres primeros funcionales al último<sup>75</sup>, y todos ellos instrumentos idóneos para que el juez determine, con amplio grado de discrecionalidad, la posibilidad de proferir, o no, una *certification*.

Los tres primeros requisitos condesan la síntesis de las situaciones normativas que el juez debe constatar –declarar– para admitir el excepcional (o, tal vez mejor, la excepcional normalidad<sup>76</sup> del uso de la CA; es decir, aquellas situaciones en las que, según el juez, la restricción al derecho subjetivo al *day in court* resulta justificada en razón de la función adscrita a la CA: en un principio, además de la economía procesal, el acceso la justicia y, ahora, sobre todo, la disuasión (*deterrence*) de las conductas potencialmente vulneradoras de los derechos subjetivos y el *private enforcement* de las políticas públicas<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if [...] (3) the claims or defenses or the representative parties are typical of the claims or defenses or the class [...]” R23(a)(3). Aunque este requisito ha sido considerado como redundante (ver *Reyes v. Walt Disney World Co.*, 176 FRD 654 (MD Fla. 1998) o *Harriss v. Pan American World Airways Inc.*, 74 FRD 24 (ND Cal 1977)) y su definición ha sido poco unánime (como, en efecto, comprueba en su análisis R. MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal System. A Comparative Perspective*, cit. p. 312), lo cierto es que su relevancia radica en enfatizar la necesaria ausencia de conflictos de interés entre el representante de la *class* y los miembros ausentes (“the typicality requirement is intended to preclude certification of those cases where the legal theories conflict with those of the absentees and to assure that the absentees’ interests will be fairly represented”, *Reilly v. Gould Inc.*, 965 F. Supp. 588 (M.D. Pa. 1998); o, como afirmó en su momento B. KAPLAN, *Continuing Work of The Civil Committee: 1966 Amendments of The Federal Rules of Civil Procedure (I)*, cit., n. 120, “Clause (3) of subdivision (a) emphasizes that the representatives ought to be squarely aligned in interest with the represented group”). La relevancia de este requisito, entonces, determina el juicio sobre la adscripción, por parte del juez, de la propiedad “homogeneidad” a los derechos subjetivos de los miembros de la *class* (ver a continuación e *infra* § 6, en relación con la reciente sentencia *Randall et al. v. Rolls-Royce Corporation*, et al., U.S. 7th Circuit, No. 10-3446, Marzo 30 de 2011).

<sup>74</sup> “The representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class”:R23(a)(4).

<sup>75</sup> H. KLONOFF, *The Judiciary’s Flawed Application of Rule 23’s “Adequacy of Representation” Requirement*, en *Michigan State Law Review*, 2004, pp. 671-702, donde se precisa, no sólo que (p. 671) “[o]f all the requirements for class certification, none is more important than the requirement that “the representative parties” including class counsel, “fairly and adequately protect the interests of the class.””, sino que (p. 687) “[c]onsistent with *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, and *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, both of which stressed the need for client-free representation in class actions, courts have frequently excluded class representatives who had serious conflicts. Indeed, this is by far the most common basis for finding representatives inadequate”.

<sup>76</sup> La CA, aunque presentada como una excepción en el mundo del litigio estadounidense, en realidad es empleada con evidente normalidad. Por esto, no es un error afirmar con R. EPSTEIN, *Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 476, 2003, p. 475, que “[t]he class action represents, without question, one of the most ubiquitous topics in modern civil law. It is only a small exaggeration to say that virtually every major innovation in liability, if brought about litigation, will either be created by or reflected in the class action”.

<sup>77</sup> Para algunos comentarios en relación con las funciones adscritas a la CA ver *infra* § 6-7-8.

Ahora bien, cuando el juez (en su sentir) constata el cumplimiento de los requisitos de la *commonality* y la *typicality*, constata (en su sentir) la "homogeneidad" entre los derechos subjetivos de cada uno de los miembros de la *class*, cuyos deberes correlativos (se alega) han sido, o serán<sup>78</sup>, potencialmente incumplidos.

La propiedad "homogeneidad" adscrita a los derechos subjetivos opera al nivel de la justiciabilidad de los derechos y, entonces, se trata de una propiedad que denota una relación entre derechos del todo contingente, dirigida a favorecer la tutela jurisdiccional. Es una propiedad cuya declaratoria compete al juez, al ejercicio de una amplia discrecionalidad que, a su vez, se acentúa, no sólo por la ambigüedad de los términos empleados en los respectivos enunciados normativos contentivos de los requisitos previstos en la R23(a), sino, y sobre todo, porque la "homogeneidad" resulta ser una propiedad, a su vez, dependiente de un razonamiento del juez dirigido a evaluar la viabilidad de la tutela del derecho subjetivo a una adecuada representación<sup>79</sup>.

En efecto, la *numerosity*, *commonality* y la *typicality* son requisitos cuya aplicación en concreto (si, sólo en hipótesis, se considera que sea posible un acuerdo sobre uno de sus posibles y respectivos significados) necesariamente se mide en grados: los derechos subjetivos de la *class* pueden ser más o menos *numerosity*, más o menos *commonality*, más o menos *typicality*. Y, precisamente, en razón de esta vaguedad, "gracias" a esta vaguedad, el juez cuenta con los instrumentos discrecionales para condicionar la declaratoria del grado suficientemente satisfactorio de cada uno de los requisitos mediante un razonamiento paralelo sobre la viabilidad de la garantía de la adecuada representación: la "homogeneidad" entre los derechos de los (potenciales) miembros de la *class* llega sólo hasta donde el juez considere que en ese caso específico los derechos de los miembros ausentes serán (o están siendo o fueron) adecuadamente representados.

<sup>78</sup> Sobre la justiciabilidad de *future claims* ver *Manual for Complex Litigation*, cit, pp. 393 ss. Para algunos comentarios sobre su justificación, ver *infra* § 7, con particular atención a la R23(b) (3) y, entonces, con referencias a pretensiones de contenido resarcitorio. Por ahora, es suficiente precisar que se trata de un fenómeno que ha generado una discusión muy profunda en relación con la tutela del derecho a la adecuada representación de los miembros ausentes de la *class* respecto de los cuales, además, aún no se ha verificado el daño (y, entonces, aún no se puede identificar el derecho subjetivo objeto de justiciabilidad). El debate cobra importancia a raíz de las *settlement CA* (ver *infra* n. 128) en el caso de la llamada '*Agent Orange litigation*' referida a la reparación de los veteranos de la guerra de Vietnam por la exposición a dicho agente tóxico (ver *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 597 Supp. 740 (E.D.N.Y. 1984), *aff'd* 818 F.2d 145 (2d Cir. 1987)) y la llamada '*Asbestos litigation*' y sus trascendentales pronunciamientos: *Amchem Prod., Inc v. Windsor*, cit. y *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1998). La importancia de este controvertido fenómeno radica en la potencialidad de la operatividad de la CA. En efecto, como afirma J. COFFEE, *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, en *Columbia Law Review*, 95, 1995, p. 1350, la justiciabilidad de las *future claims* mediante la CA implica una transformación con un significado histórico: "once a sword for plaintiffs, the modern class action is in some contexts increasingly becoming a shield for defendants [...] the mass tort class action now often provides a means by which unsuspecting future claimants suffer the extinction of their claims even before they learn of their injury".

<sup>79</sup> Sobre el punto también ver *infra* § 6.

Además, el condicionamiento de la declaratoria de "homogeneidad" frente al razonamiento (ampliamente discrecional) del juez sobre la viabilidad de la garantía de la adecuada representación de los miembros ausentes permea cualquiera de los tipos de CA y, entonces, se presenta sin importar (aunque con variaciones condicionadas por) el tipo de derecho subjetivo cuya justiciabilidad se pretenda garantizar (derechos subjetivos *TipoA* o *TipoB* o *TipoC*).

En efecto, aunque la estructura normativa de cada una de las formas de CA está condicionada por las características de los respectivos derechos subjetivos, al mismo tiempo el discurso sobre la elección de algún tipo de CA busca enfatizar que se trata de eventualidades donde la justiciabilidad requiere, sea porque es inevitable<sup>80</sup>, sea porque está racionalmente justificada<sup>81</sup>, la excepcional restricción del derecho al *day in court* por vía de la agrupación, *agregation*, de pretensiones, siempre sin perjuicio de la garantía de (lo que se considera sea) el *right to representation* de los miembros ausentes. En pocas palabras, los usos muestran que la identificación del tipo de derecho subjetivo no es condición suficiente para justificar la restricción al contenido tradicional (de libertad y autonomía) adscrito al derecho subjetivo de acción.

Así, la elección por parte del juez de un tipo específico de CA (R23(b)(1); R23(b)(2); R23(b)(3)) dependerá, en primera instancia, del tipo de derecho, pero su razonamiento estará condicionado, al menos en el lenguaje que emplea, por un estudio relativo a la garantía de los derechos procesales de los miembros ausentes; es decir, un razonamiento donde la "homogeneidad" entre los derechos (presentada como un dato que se constataría empíricamente<sup>82</sup>), e incluso la elección del tipo de CA adecuada para el caso concreto (elección igualmente presentada como una consecuencia irremediable y bien definida) resultan condicionadas por un análisis –muchas veces amplio y favorable a la *certification*, y otras tantas restrictivo y contrario– que sigue la senda trazada por específicas interpretaciones de los diferentes enunciados de la R23 que prescriben posiciones jurídicas de ventaja a favor del miembro ausente y que constituyen, todas ellas, la *compleja* configuración del derecho subjetivo a la adecuada representación en la R23: (entre otros) (i) el análisis sobre los conflictos de interés entre abogado y/o el representante

<sup>80</sup> Derechos subjetivos *TipoA*.

<sup>81</sup> Derechos subjetivos *TipoB* y *TipoC*.

<sup>82</sup> Por ejemplo, las pruebas estadísticas son presentadas como prueba empírica de "homogeneidad" (es decir como prueba del cumplimiento de los requisitos de *commonality* y *typicality*). Sin embargo, como recientemente sucedió en el curso del proceso que culminó con la ya citada sentencia *Wal-Mart*, estas pruebas están lejos de generar en quien las valora la sensación de certeza, también porque, en el caso de la CA, su efectividad está condicionada, además, por el análisis sobre la garantía de (lo que se considera sea, según la relevancia que se dé a determinadas funciones adscritas a la CA) el derecho a la adecuada representación. En el caso de las *future claims* también resulta evidente el contraste entre las aserciones sobre la "homogeneidad" y la comprobación de la misma, dado que, de nuevo, las pruebas se construyen con base en hipótesis sujetas, sin duda, e igualmente, a interpretaciones contrastantes (ver *infra* § 5-6).

de la *class* y/o los miembros de la *class*; (ii) la garantía del derecho a la *notice*; (iii) la garantía del derecho (cuando está permitido) de exclusión de la *class*; (iv) el derecho a intervenir en el proceso; (v) el derecho a la aprobación por parte del juez de cualquier terminación "anormal" de la *litis* y, cuando está permitido, el derecho a una nueva oportunidad de exclusión de la *class*; (vi) el análisis, cuando está requerido (es decir, en las *non-mandatory CA*), sobre la *predominancia* de las cuestiones comunes a los miembros de la *class* y sobre la *superioridad* de la *CA* frente a la acción individual.

#### 6. (SIGUE) LA CIRCULARIDAD DEL CONTROL SOBRE LA GARANTÍA DEL DERECHO SUBJETIVO A LA ADECUADA REPRESENTACIÓN

La extensión de los efectos de cosa juzgada a los miembros ausentes de la *class* debe superar, entonces, una prueba poco superflua: un control (un *test*) sobre la adecuada representación de los miembros ausentes que permea todo el proceso y que, incluso (si bien no es la regla general), se puede extender, en el contexto de un, así llamado, *collateral attack*, a momentos procesales posteriores a la decisión final de la respectiva *CA* y desencadenar una especie de "liberación" *a posteriori*, frente a los efectos de cosa juzgada, de algunos (o, incluso, todos) los miembros *ausentes*<sup>83</sup>.

De este modo, el uso de la *CA*, si bien refleja una operatividad considerable, lejos está de generar una sensación de certidumbre en los actores jurídicos, tanto en relación con el significado que se adscriba al (complejo) derecho a la adecuada representación, como en relación con la previsibilidad de la extensión de los efectos de cosa juzgada. Por el contrario, el ámbito aplicativo del derecho a la adecuada representación, y su función como "sustituto" del tradicional significado adscrito al derecho subjetivo de acción, permea a tal punto el proceso judicial, que resultan incluso parcialmente imprevisibles: (i) no sólo el momento preciso para desarrollar las diferentes etapas procesales —me refiero, por ejemplo, al debate probatorio sobre las pretensiones de la *class*<sup>84</sup> o al momento (¿antes o después de la *certification*?)

<sup>83</sup> Sobre el *collateral attack* en el contexto normativo de la *CA*, ver, por ejemplo, M. KAHAN, L. SILBERMAN, *The Inadequate Search for "Adequacy" in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc.*, en *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 765-792; W. ALLEN, *Finality of Judgments in Class Actions: A Comment on Epstein v. MCA, Inc.*, en *New York University Law Review*, 73, 1998, pp. 1149-1166; P. WOOLLEY, *Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class suits for Money Damages*, en *University of Kansas Law Review*, 58, 2009-2010, pp. 917-977; ID., *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, en *Texas Law Review*, 79, 2000-2001, pp. 383-446; S. ISSACHAROFF, R. NAGAREDA, *Class Settlements Under Attack*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 2008, pp. 1649 ss.; L. MULLENIX, *Apocalypse Forever: Revisiting the Adequacy of the Agent Orange Settlement, Twenty-Five Years Later*, en *Preview U.S. Sup. Ct. Cas.* 2002-2003, pp. 274-280.

<sup>84</sup> No me referí específicamente a las sentencias *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550, U.S. 544 (2007) y *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. (2009), No. 07-1015, y sus respectivas consecuencias en el régimen normativo del *pleading* en la legislación procesal federal (al respecto ver el exhaustivo artículo de A. MILLER, *From Conley to Twombly to Iqbal: a Double Play on the Federal*

para determinar si el representante de la *class* está legitimado (si tiene *standing*) para actuar<sup>85</sup>; sino, incluso (ii) el ámbito aplicativo de los requisitos generales prescritos por la R23(a) –y, entonces, la determinación de la “homogeneidad” entre los derechos subjetivos–; (iii) la elección del tipo de CA –me refiero, en términos generales, a la elección entre *mandatory* CA y *non-mandatory* CA<sup>86</sup>–.

Es tal vez por este motivo que la CA no debe ser entendida como una secuencia cristalina de etapas procesales con un orden estricto de precedencia. Por el contrario, el *test* sobre la adecuada representación opera de forma *circular* y genera usos jurisprudenciales particulares en razón del alcance (expansivo o restrictivo) que se le quiera dar a este derecho y, entonces, a los criterios (sólo aparentemente pacíficos) para determinar: la “homogeneidad” entre los derechos subjetivos objeto de tutela; la “definición” de la *class*, la elección del tipo de CA idóneo; la relevancia justificativa que se le quiera dar, en el caso concreto, a cada uno de los *micro*-derechos procesales que componen el (complejo) derecho subjetivo a la adecuada representación.

Recientemente una decisión (desde ahora *Wal-Mart*) proferida por la *Supreme Court* federal estadounidense con ponencia del *Justice* Scalia (y con salvamento de voto parcial del *Justice* Ginsburg, apoyado por los *Justices* Breyer, Sotomayor y Kagan)<sup>87</sup> y una decisión (desde ahora *Rolls-Royce*) de la *Court of Appeals* del séptimo circuito federal<sup>88</sup>, con ponencia del juez Posner, resultan útiles para ilustrar (apenas) esta circularidad.

*Rules of Civil Procedure*, en *Duke Law Journal*, 60, 2010, pp. 1-130). Me refiero, en general, a las decisiones por parte de los jueces de la CA de abordar el análisis previo de las pruebas aportadas como sustento de las pretensiones para el estudio de la *certification*, a la luz (o, mejor, no obstante) la regla de *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, *cit.*, p. 177, según la cual nada en la R23 “gives a courts any authority to conduct a preliminary inquire into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action”. En concreto, el análisis del fondo de la controversia para determinar, por ejemplo, el cumplimiento de los requisitos previstos por la R23(a): ver al respecto *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982), cuando se prescribe que “with the same concerns in mind, we reiterate today that a Title VII class action, like any other class action, may only be certified if the trial court is satisfied, after a rigorous analysis, that the prerequisites of Rule 23(a) have been satisfied”. Al respecto, en doctrina, ver, por ejemplo, R. BONE, D. EVANS, *Class Certification and the Substantive Merits*, *cit.*, pp.1265 ss. y, sin duda, R. NAGAREDA, *Class Certification in The Age of Aggregate proof*, en *New York University Law Review*, 84, 2009, pp. 97-173.

<sup>85</sup> Sobre este punto ver L. MULLENIX, *Standing and Other Dispositive Motions After Amchem and Ortiz: The Problem of “Logically antecedent” inquires*, en *Michigan State Law Review*, 2004, pp. 703-734. Se refiere a la discusión que se generó a raíz de la afirmación en *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, *cit.* según la cual “the class certification issues are... logically antecedent to Article III concerns, and themselves pertain to statutory standing, which may properly be treated before article III standing. Thus the issue about Rule 23 certification should be treated first” ¿Primero *certification* (y, entonces, análisis sobre la adecuada representación) y después análisis del *standing*, o al contrario?

<sup>86</sup> Sobre este punto ver *infra* § 7-8.

<sup>87</sup> *Wal-Mart Stores, INC vs. Dukes et al.*, *cit.*

<sup>88</sup> *Randall et al. v. Rolls-Royce Corporation, et al.*, *cit.*



Ambas sentencias se sitúan en el contexto de un debate sobre la *certification* de dos controversias por discriminación laboral por razones de género (título VII del *Civil Rights Act* de 1964, como reformado en 1991<sup>89</sup>).

Ambas sentencias se sitúan, también, al interior del debate sobre las llamadas *Hybrid CA*<sup>90</sup>, es decir, (en el área de las *CA litigation*) aquel tipo de controversia respecto de la cual el representante de la *class* pretende que se profiera una *certification* como *mandatory CA* (particularmente el tipo de *CA* prescrito por la R23(b) (2)), pero formulando, también, pretensiones monetarias (por ejemplo, *compensatory damages*, *punitive damages*, *back-pay claims*, etc.) tradicionalmente *certified* (o que según los usos debería ser *certified*) como *non-mandatory CA* (R23(b)(3))<sup>91</sup>.

En el escenario de las *hybrid CA*, si *certified* como *mandatory CA*, las dificultades identificadas por los actores jurídicos son (al menos) dos y conciernen, en diferentes grados, la garantía del derecho a la adecuada representación.

i. Dado que en las *non-mandatory CA*, a diferencia de las *mandatory CA*, generalmente se persigue la justiciabilidad de derechos subjetivos *TipoB* y/o *TipoC*, —es decir, derechos subjetivos respecto de los cuales, con específicas concepciones sobre "el justo", se considera, en principio, que la justiciabilidad del derecho no requiere imprescindiblemente, sino sólo racionalmente, la acción colectiva— la *certification* de la *CA* impone al juez un análisis previo que justifique, en el caso concreto, la limitación al derecho subjetivo al *day in court*: en concreto, un análisis que "compruebe", no sólo que las cuestiones comunes *predominan* sobre las cuestiones individuales, sino también que la *CA*, como mecanismo procesal dirigido a la justiciabilidad de los derechos subjetivos de los miembros ausentes es más idónea, es *superior*, frente a la acción individual<sup>92</sup>. Pues bien, aceptar una *hybrid CA*

<sup>89</sup> 42, U.S.C. 2000e-5.; 42 U.S.C. 1981(a).

<sup>90</sup> En relación con el debate sobre las *hybrid CA* ver, a favor, con una propuesta al respecto y resaltando la superioridad de las *mandatory CA*, J. ROMBERG, *The Hybrid Class Action as Judicial Spork: Managing Individual Rights in a Stew of Common Wrong*, en *Journal Marshall Law Review*, 39, 2005-2006, pp. 231-297. En contra, particularmente en el contexto de las *CA* por discriminación laboral, M. PERRY, R. BRASS, *Rule 23(b)(2) Certification of Employment Class Actions: A Return to first Principles*, en *New York University Survey of American Law*, 65, 2009-2010, pp. 681-704; partic. por ejemplo, (p. 703) "[t]he modern incarnation of employment class actions, which seek monetary damages, including back pay, compensatory damages and punitive damages, falls well outside the historical antecedents to Rule 23(b)(2)"; (p. 704) "[...] like the companion provisions in Rule 23(b)(1), the mandatory certification authorized by Rule 23(b)(2) should be confined to cases fitting within the historical antecedents to that provision [...] Modern employment discrimination cases [...] do not be certified under Rule 23(b)(2); they should proceed as a class action, if at all, under the more rigorous and protective requirements of Rule 23(b)(3)" (p. 704).

<sup>91</sup> Es necesario señalar que en los usos de los operadores jurídicos, el debate sobre las *hybrid CA* se presenta con mayor énfasis en los casos de discriminación laboral. En efecto, es allí donde ha tenido lugar la evolución jurisprudencial al respecto. Ver, por ejemplo, N. JORDAN, *Allison v. Citgo Petroleum: The Death Knell for the Title VII Class Action?*, en *Alabama Law Review* 51, 2000, pp. 847-881 y, además de *Wal-Mart* y *Rolls-Royce*, por ejemplo, *Allison v. Citgo Petroleum Corp.*, 151 F.3d. 402 (5th Cir. 1998).

<sup>92</sup> R23(b)(2) "[...]The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution [...] of separate actions; (B) the extent

implica privar a los miembros ausentes de este análisis (al menos en relación con las pretensiones que habrían podido ser *certified* bajo el tipo de CA prescrito por la R23(b)(3)) y, entonces, en última instancia, privar a los miembros ausentes del análisis justificativo sobre la limitación del derecho al *day in court*.

ii. Precisamente, por los mismos motivos que se prescribe el análisis previo a la *certification* apenas mencionado, en el caso de las *non-mandatory* CA, y a diferencia de las *mandatory* CA, los miembros ausentes son, también, titulares de derechos subjetivos particulares, como el derecho subjetivo al *opt-out* y el derecho subjetivo a la *notice*. Pues bien, aceptar una *hybrid* CA implica, entonces, privar a los miembros ausentes del ejercicio de estos derechos (al menos en relación con las pretensiones que habrían podido ser *certified* bajo el tipo de CA prescrito por la R23(b)(3)).

En esta ocasión dejaré a un lado las discusiones de fondo sobre la discriminación por razones de género<sup>93</sup> y me concentraré brevemente en el análisis de las argumentaciones relativas a la *certification* de la CA, con el fin de resaltar cómo este juicio resulta fuertemente (para bien o para mal) condicionado, no exclusivamente por la propiedad (contingente) de la "homogeneidad" entre los derechos, sino, sobre todo, por el juicio sobre la garantía de (lo que se considera sea) el derecho subjetivo a la adecuada representación de los miembros ausentes.

Hecha esta aclaración, y a pesar de algunas importantes diferencias, también ideológicas, entre la decisión mayoritaria de la *Supreme Court* en *Wal-Mart* (que condensa su argumentación en negar el cumplimiento del requisito de *commonality*<sup>94</sup> y precisa que la CA en sus pretensiones monetarias no podía ser *certified* como *mandatory*<sup>95</sup>), el respectivo salvamento de voto parcial (que no niega el cumplimiento del requisito de la *commonality*<sup>96</sup>, sino sólo argumenta que la CA no podía ser *certified*

and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action".

<sup>93</sup> Para un análisis profundo sobre la discriminación laboral, con particular atención al tópico del *private enforcement*, ver recientemente (también para referencias bibliográficas) S. BURBANK, S. FARHANG, H. KRITZER, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, cit., pp. 63 ss.

<sup>94</sup> *Wal-Mart*: "[...] we have concluded that they have not established the existence of any common question [n. 10: [...] Here also there is nothing to unite all of the plaintiffs' claims, since (contrary to the dissent's contention [...]), the same employment practices do not "touch and concern all members of the class"] [...] "They [los miembros de la class] have little in common but their sex and this lawsuit"]".

<sup>95</sup> *Wal-Mart*: "We also conclude that respondents' claims for backpay were improperly certified under Federal Rule of civil Procedure 23(b)(2). Our opinion in *Ticor Title Ins. Co. v. Brown*, 511 U.S. 117, 121 (1994) (*per curiam*) expressed serious doubt about whether claims for monetary relief may be certified under that provision. We now hold that they may not, at least where (as here) the monetary relief is not incidental to the injunctive or declaratory relief".

<sup>96</sup> *Wal-Mart (Dissenting Opinion)*: "The Court, however, disqualifies the class at the starting gate, holding that the plaintiffs cannot cross the "commonality" line set by Rule(a)(2). In so ruling, the Court imports into the Rule 23(a) determination concerns properly addressed in a Rule 23(b)(3)".

como *mandatory*<sup>97</sup>) y la decisión *Rolls-Royce* (que en su caso particular, niega el cumplimiento del requisito de *typicality*<sup>98</sup> para resaltar conflictos de interés entre los representantes de la *class* y los miembros de ésta<sup>99</sup>; al tiempo que precisa que la CA debió haber sido *certified* como *non-mandatory* CA<sup>100</sup>), lo cierto es que, tanto en *Wal-Mart*, como en *Rolls-Royce*, son claras, al menos, las siguientes dos tendencias generales (ya corroboradas por usos jurisprudenciales anteriores):

i. El análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de la R23(a)(2) y R23(a)(3) justifica el análisis del mérito del proceso: en ambas decisiones, y en línea con las tendencias jurisprudenciales y doctrinales, el juez no duda en legitimar el análisis sobre el fondo del proceso (análisis que se podría pensar debería realizarse una vez (i) se ha proferido la *certification*; (ii) se ha entrado a discutir sobre las pretensiones en la etapa del *trial*; (iii) se está frente al jurado para discutir sobre los hechos del caso y no sobre las doctrinas jurídicas que lo sustentan<sup>101</sup>) para argumentar que no se cumple el requisito de la *commonality* (en *Wal-Mart*)<sup>102</sup> y de la *typicality* (en *Rolls-Royce*)<sup>103</sup>. Se trata de una valoración que se realiza durante la etapa del *pre-*

<sup>97</sup> *Wal-Mart (Dissenting Opinion)*: "The class in this case, I agree with the Court, should not have been certified under Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(2). The plaintiffs, alleging discrimination in violation of Title VII [...] seek monetary relief that is not merely incidental to any injunctive or declaratory relief that might be available".

<sup>98</sup> *Rolls-Royce*: "Their claims [de los representantes] are, as we just noted, significantly weaker than those of some (perhaps many), other class members; and as explained in *CE Design Limited v. King Architectural Merits, Inc.* [...] named plaintiffs who are subject to a defense that would not defeat unnamed class members are not adequate class representatives, and adequacy of representation is one of the requirements for class certification)".

<sup>99</sup> "The adequacy of the plaintiffs' representation is further undetermined by existence of a conflict of interest beyond that implicit in their having weaker claims than some of the unnamed class members, between them and unnamed class members [...] The plaintiffs have authority within the company with regard to the compensation of some, maybe many, of the unnamed class members and, as worrisome, over male employees in the same job categories as the class members [...] There is even evidence that the plaintiffs participated in decisions concerning female employees' compensation that, on their theory of the case, were discriminatory".

<sup>100</sup> *Rolls-Royce*: "The proper approach in this case would thus have been for the plaintiffs to seek class certification under Rule 23(b)(3)—which requires full notice so that class members can opt out if they want to bring an independent suit for damages or other monetary relief— but to ask for injunctive as well as monetary relief".

<sup>101</sup> Sin embargo, afirma R. NAGAREDA, *Class Certification in The Age of Aggregate proof, cit.*, p. 173, que la valoración probatoria (habitualmente estadística y sociológica) sobre la viabilidad de la *certification* en la etapa del *pretrial* "frequently offers not so much a contested view of the fact but, more fundamentally, a contested account of governing law—one eminently suited for judicial resolution and appellate correction de novo, without concern about possible intrusion into the role of the factfinder". Es por este motivo que en este escenario el autor identifica una relación-tensión entre el poder judicial y el poder legislativo (ver *infra* n. 105).

<sup>102</sup> *Wal-Mart*: "[n]or is there anything unusual about that consequence: The necessity of touching aspects of the merits in order to resolve preliminary matters [...]".

<sup>103</sup> *Rolls-Royce*, cuando afirma que "[c]ertification and merits cannot always be separated. For example, certification may be denied because the named plaintiff's claim is atypical of the claims of the other members of the class, and it may be atypical because of a possibly complete defense to his claim that may not apply to claims of the other class members".

*trial*<sup>104</sup> y que comporta el análisis de las pruebas para determinar la posibilidad, o no, de proferir la *certification* mediante un análisis específico sobre el cumplimiento de los requisitos prescritos por la R23(a)<sup>105</sup>.

ii. La renuencia casi total por parte de los jueces a la *certification* de una *Hybrid CA*<sup>106</sup> no está condicionada únicamente por el contenido monetario de algunas de las pretensiones de la *class*, sino, también, por la consideración de la garantía de los derechos a la *notice* y al *opt-out*<sup>107</sup>: en ambas decisiones (*Wal-Mart*<sup>108</sup> y *Rolls-*

<sup>104</sup> La importancia progresiva de la etapa del *pretrial* es inversamente proporcional al declive paulatino de la etapa del *trial*: no es raro que se hable de un desvanecimiento de este último o que, incluso, se afirme que "the pretrial phase effectively is the trial": últimamente R. NAGAREDA, *Class Certification in The Age of Aggregate proof*, *cit.*, p. 109.

<sup>105</sup> Más allá de las posiciones que apoyan o, en cambio, critican la valoración de las pruebas en la etapa del *pretrial*, lo cierto es que los estudios de concentran en las siguientes dicotomías: cuestiones de hechos/cuestiones de derecho; *pretrial/trial*; juez/jurado. Sin embargo, una posición seguramente original al respecto es presentada por R. NAGAREDA, *Class Certification in The Age of Aggregate proof*, *cit.*, *passim*, en su análisis sobre las consecuencias de la *aggregate proof* (es decir, p. 115, "evidence that presupposes the proposed class as a unit and, from that vantage point, seeks to trigger an inference concerning the situation of each class member individually under applicable law") en el análisis que el juez realiza al momento de decidir sobre la *certification*, durante la etapa del *pretrial* y mediante la valoración de pruebas estadísticas y sociológicas. Particularmente, para el autor, la dicotomía existente es, en realidad, entre juez-legislador, particularmente en lo relacionado con la interpretación dominante de la norma sustancial aplicable al caso concreto que, a su vez, debería gobernar la identificación del daño común y, por ende, la justificación (y, entonces, *certification*) del trato colectivo de la respectiva controversia. El autor hace entonces un llamado al juez para identificar (según las voces de *Marbury v. Madison*, 5, U.S. 137 (1803)) "what de law is", antes de decidir si en el caso concreto es posible identificar las condiciones que justifiquen la justiciabilidad colectiva: "[w]hen class certification is not a mere judicial way station on the path to trial [...] it is all the more crucial for courts to 'say what the law is' when a dispute over its meaning will determine whether disabling dissimilarities exist within the proposed class" (p. 172).

<sup>106</sup> *Wal-Mart*: "Permitting the combination of individualized and class-wide relief in a (b) (2) class is also inconsistent with the structure of Rule 23(b)". *Rolls-Royce*: "Class actions lawyers like to sue under that provision [R23(b)(2)] because it is less demanding, in a variety of ways, than Rule 23(b)(3) suits, which usually are the only available alternative".

<sup>107</sup> *Wal-Mart*: "[...] we think it clear that individualized monetary claims belong in Rule 23(b) (3). The procedural protections attending the (b)(3) class—predominance, superiority, mandatory notice, and the right to opt out—are missing from (b)(2) not because the Rule considers them unnecessary, but because it considers them unnecessary to a (b)(2) class". *Rolls-Royce*: "plaintiffs may attempt to shoehorn damages actions into the Rule 23(b)(2) framework, depriving class members of notice and opt-out protections".

<sup>108</sup> *Wal-Mart*: "The mere 'predominance' of proper (b)(2) injunctive claim does nothing to justify elimination of Rule 23(b)(3)'s procedural protections: It neither establishes the superiority of the class adjudication over individual adjudication nor cures the notice and opt-out problems. We fail to see why the rule should be read to nullify these protections whenever a plaintiff class, at its opinion, combines its monetary claims with a request—even a 'predominating request'—for an injunction". Precisa, en cambio, que excepcionalmente esta situación se puede presentar, como se indica en *Allison v. Citgo Petroleum Corp.*, *cit.*, solo cuando la pretensión resarcitoria "is 'incidental to requested injunctive or declaratory relief,' which it defined as 'damages that flow directly from liability to class as a whole on the claims forming the basis of the injunctive or declaratory relief'". In that court's view, such "incidental damage should not require additional hearings to resolve the disparate merits of each individual's case: it should neither introduce new substantial

Royce<sup>109</sup>) se reconoce, siguiendo una específica línea jurisprudencial, la excepcional posibilidad de las *hybrid CA* solo en el evento en que las pretensiones monetarias sean accidentales y, entonces, calculables mecánicamente o, en otras palabras, sólo en aquellas situaciones en las que el juez considere que la no garantía de los derechos subjetivos al *opt-out* y a la *notice*, así como la no realización del análisis sobre la predominancia (de las cuestiones comunes) y la superioridad (de la *CA* frente a la acción individual), no implica una violación al derecho subjetivo a la adecuada representación.

De esta forma, el empleo de la *CA* y las respectivas decisiones jurisprudenciales, no sólo demuestran un uso expansivo del derecho a la adecuada representación que condiciona (y, a su vez, es condicionado por) el significado adscrito a casi todos los enunciados normativos de la R23; sino que, y sobre todo, demuestra una "frágil" estabilidad de las decisiones, particularmente en lo relacionado con la previsión de los efectos de cosa juzgada.

Si por algún motivo los actores jurídicos tendencialmente interpretan la R23 como una normativa que de manera relativamente diáfana prescribe normas claras sobre los alcances del fallo (o, al menos, eso se podría afirmar con base en un análisis sobre lo que los actores jurídicos dicen que es la *CA*), lo cierto es que un análisis de los discursos en el mundo práctico, es decir, el mundo donde los actores jurídicos interpretan la *CA* en el contexto de una contienda procesal, puede conducir a conclusiones diferentes<sup>110</sup>.

En efecto –sumado a la indeterminación que abraza el derecho a la adecuada representación (me refiero, tanto a la ambigüedad de los términos empleados, como a la vaguedad de sus significados<sup>111</sup>) y a la consecuente inestabilidad a raíz

legal or factual issues, nor entail complex individualized determinations." [...]. En estos términos, sólo se podría presentar la *hybrid CA* cuando el derecho al *opt-out* y a la *notice* parecen inocuos.

<sup>109</sup> *Rolls-Royce*: "True, the only monetary relief sought is back pay; true, too –contrary to the common but erroneous notion that so if equity can't award monetary relief– they can do so if the award is merely incidental to the grant of an injunction or declaratory relief: "incidental" in the sense of requiring only a mechanical computation. That is the "clean-up" doctrine of equity". Sin embargo, en el caso concreto, la *court of appeal* consideró que no se presentaba esta situación: "[a]s this case illustrates: calculating the amount of back pay to which the members of the class would be entitled if the plaintiffs prevailed would require 500 separate hearing [...] An injunction is not a final remedy if it would merely lay an evidentiary foundation for subsequent determinations of liability".

<sup>110</sup> Conclusiones que tal vez no deben sorprender si se considera como verdadera la descripción de la *CA* como un mecanismo procesal que, en su versión de 1966, es el resultado de una técnica legislativa pragmática y funcionalista. En efecto, afirman R. BONE, D. EVANS, *Class Certification and the Substantive Merits*, cit. p. 1260-1261: "The 1966 revision of Rule 23 eliminated the focus on rights and adopted a more pragmatic approach. The new rule recognized four functional reasons for class treatment: to prevent serious litigation-related unfairness to the defendant or class members, to assure remedial efficacy, to aid in substantive law enforcement, a to promote litigation efficiency. *The shift to a pragmatic approach opened up new possibilities for the class action and led to greatly expanded use of the device*" (cursiva mía).

<sup>111</sup> Significados que dependen de la función adscrita a la *CA* y que siempre han tenido el papel

del posible éxito de un eventual *collateral attack*— los usos muestran una especie de incomodidad por parte de los actores jurídicos al momento de resolver casos concretos, si ello implica, siempre, la imperativa garantía de los derechos subjetivos al *opt-out* y a la *notice* (micro-derechos subjetivos que, entre otros, configuran el derecho subjetivo a la adecuada representación de los miembros ausentes en las CA *certified* bajo la R23(b)(3)). Una incomodidad que (para bien o para mal) agudiza la imprevisibilidad de los efectos de cosa juzgada en cuanto conduce a ejercicios interpretativos dirigidos a interpretar de forma restrictiva, pero no uniforme, el alcance y la relevancia de los derechos subjetivos al *opt-out* y a la *notice*.

Pues bien, el fenómeno de las *hybrid CA* es un ejemplo claro de ello y es, también, un ejemplo de un desvanecimiento, por vía jurisprudencial, de la distinción entre *mandatory* y *non-mandatory CA*, mediante una ulterior interpretación del derecho a la adecuada representación, con el objetivo, también, de desbordar la configuración normativa de la R23 y, entonces, fuera del ámbito de acción del poder legislativo, configura nuevos tipos de CA no previstos expresamente por la R23<sup>112</sup>.

Se trata de una tendencia que no se detiene a este nivel. Por el contrario, es posible identificar propuestas doctrinales, con sus respectivas consecuencias en el plano de la previsibilidad de la extensión de los efectos de cosa juzgada, que auspician la eliminación de la distinción *non-mandatory/mandatory*, proponiendo que sea, esta última, la única forma de CA. En otras palabras, propuestas doctrinales que sugieren la necesaria eliminación de los derechos subjetivos al *opt-out* y a la *notice*, si no en todas, al menos en algunas de las, hasta ahora, *non-mandatory CA*.

## 7. SOBRE LA DISOLUCIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE MANDATORY Y NON-MANDATORY CLASS ACTION

Con particular atención al tema de la extensión de los efectos de cosa juzgada y al papel conciliador (entre operatividad y legitimidad constitucional de la CA) de los usos de la locución 'adecuada representación', resulta evidente que entre *mandatory* y *non-mandatory CA* existe una distinción normativa cuyos efectos prácticos no pueden ser menospreciados; efectos que se constatan, como ya precisé, tanto en el contenido del derecho subjetivo a la adecuada representación, como en las reglas relativas al alcance potencial de los efectos de cosa juzgada de la sentencia o del *settlement*<sup>113</sup>.

de proteger al mecanismo procesal frente a las acusaciones de inconstitucionalidad.

<sup>112</sup> Sobre este punto, y con particular atención a la propuesta sobre la disolución de la distinción entre *mandatory* y *non-mandatory CA*, ver *infra* § 8.

<sup>113</sup> La razón ya ha sido varias veces señalada. Ver, por ejemplo, *In Re Dennis Greenman Sec. Litig.*, 829 F2d 1539 (1987) "we note that the propriety of certification under the various subsections is quite controversial and not well defined. At stake are the nature of the notice to be given to class members and their right to opt out from or refuse to be part of the class".

Pues bien, esta distinción, que bajo ciertas visiones ético-normativas sobre "el justo", resulta necesaria e incontrovertible (en cuanto garantía de específicas concepciones sobre el *due process*), bajo otras visiones ético-normativas más utilitaristas<sup>114</sup> dicha distinción, al parecer, podría y debería ser, parcial o totalmente, suprimida.

En realidad –y esta es sólo una posible lectura de este enfrentamiento– se trata de dos "bandos", de dos enfoques normativos, que abanderan justificaciones relativamente diferentes sobre la CA y, entonces, que adscriben diferentes grados de importancia y diferentes límites a las funciones adscritas al mecanismo procesal.

En efecto, como ya ha sido señalado, en relación con los defensores de la distinción entre *mandatory* y *non-mandatory* CA, los discursos justificativos de la CA operan principalmente (aunque no exclusivamente) en atención a la función de garantizar (lo que se considera sea) el acceso a la justicia. Al mismo tiempo, sin embargo, se trata de discursos justificativos auto-limitados, es decir, discursos que *a priori* fijan límites inquebrantables en relación con la posibilidad de restringir de forma

<sup>114</sup> Las doctrinas ético-normativas utilitaristas, en términos muy generales, están caracterizadas por dos elementos comunes: (i) el consecuencialismo, es decir, una perspectiva que justifica las elecciones normativas en razón de sus consecuencias (en efecto, por consecuencialismo se entiende el conjunto de doctrinas éticas que consideran, en oposición a las doctrinas éticas llamadas 'deontológicas', que "el valor de una acción consiste siempre en sus consecuencias, y es por medio de la referencia a las consecuencias que las acciones, y también las instituciones, las leyes, las costumbres, deben ser justificadas, si se pueden en algún modo justificar": B. WILLIAMS, *Una crítica del utilitarismo*, en *Utilitarismo: un confronto*, J. SMART, B. WILLIAMS (ED.), Bibliopolis, Napoli, 1985, p. 107, versión traducida del inglés: *A critique of Utilitarianism*) y (ii) el *welferim*, es decir, una perspectiva que juzga dichas consecuencias en términos de su aptitud para lograr la maximización de la felicidad, el placer, la utilidad o, en términos generales, el bienestar. Entre la variada y extensa literatura sobre el utilitarismo, remito, también para ulteriores referencias bibliográficas, a A. SEN, B. WILLIAMS (EDS.), *Utilitarismo e oltre*, Il Saggiatore, Milano, 1982 (trad. de la versión en inglés: *Utilitarianism and beyond*, Cambridge University Press, 1982); F. BIONDO, *Benessere, giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen*, Giappichelli, Torino, 2003; P. COMANDUCCI, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie*, Giappichelli, Torino, 1991; M. RIPOLI, *Itinerari della felicità. La filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, Jhon Stuart Mill*, Giappichelli, Torino, 2001.

Para una adopción de un enfoque utilitarista dentro de los estudios sobre la CA, aunque no necesariamente favorable a la disolución entre *mandatory* y *non-mandatory* CA, ver J. TIDMARSH, *Rethinking Adequacy of Representation*, *cit.*, pp. 1137-1203 quien afirma que "[...] in the vocabulary of ethics, the class action is a consequentialist—specifically, a utilitarian—device, which is principally concerned with preventing certain harms to potential class members, to the defendant, or to society" (p. 1156). Con base en este enfoque, afirma que "[a]n individual plaintiff's autonomy to choose not to join with other plaintiffs stops when that choice threatens harm to others". De esta forma, la adecuada representación del miembro ausente prescinde del contenido tradicional y se "viste" con un traje diferente: "[v]iewed consequentially, representation should be deemed inadequate only when the marginal cost of a more imperfect representation, when added to other costs of class treatment, exceeds the costs to similarly situated claimants, to the defendant, or to society that non-class litigation would impose" (p. 1158) o, en lenguaje correlativo, "the representation provided to a class member is adequate if and only if the actions of the class representative and class counsel can reasonably be expected to place that class member in no worse a position than that class member would have enjoyed had she retained control of her own case. More simply, the principle might be stated: *Do no harm*" (p. 1176).

absoluta (aunque sí de forma parcial: la misma CA es un claro ejemplo restrictivo) el contenido de libertad y autonomía propios del tradicional contenido adscrito al derecho subjetivo de acción, particularmente cuando *no* se trata de derechos subjetivos *TipoA*. Bajo esta premisa, la distinción entre *mandatory* y *non-mandatory* CA, es entendida (no como conveniente sino) como inevitable (en cuanto "justa") y, entonces, el derecho al *opt-out* y a la *notice* como derechos indisponibles.

En cambio, la posición que aboga por una disolución de la distinción entre *mandatory* y *non-mandatory* CA, justifica la CA (también y sobre todo) en razón de sus efectos más allá de los límites (presentes) del proceso, es decir, también, más allá del patrimonio de los miembros actuales de la *class*. En efecto, sin dejar de adscribir a la CA la función de garantía del acceso a la justicia, combina, ulteriormente, dos funciones que conciernen: (i) la limitación *ex ante*, o disuasión (*deterrence*), de las vulneraciones de los derechos subjetivos<sup>115</sup> y (ii) el *enforcement* de las políticas públicas<sup>116</sup>.

En particular, respecto a la función disuasiva (*deterrence*) adscrita a la CA –cuya relevancia en el discurso de los juristas se activó a raíz de la influencia de las doctrinas y teorías sobre el análisis económico del derecho<sup>117</sup> y sus "comproba-

<sup>115</sup> M. GILLES, G. FRIEDMAN, *Exploding the Class Action agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 2006, p. 107: "we will advance the argument that, in assessing the efficacy or desirability of [CA] practices and reform proposals, any goal of class member compensation must be utterly disregarded in favor of a separate and often competing objective: forcing companies to internalize the social costs of undesirable behavior".

<sup>116</sup> Esta función no será objeto de análisis en el presente escrito. Sin embargo, solo a manera de ejemplo, ver J. BRONSTEEN, O. FISS, *The Class Action Rule*, en *Notre Dame Law Review*, 78, 2003, pp. 1419-1454, *passim* y partic. p. 1421, cuando afirman que la "Rule 23 recognizes the value of the class action. It aims to permit class actions in order to redress significant public wrongs, and for that reason it accepts the concept of interest representation".

<sup>117</sup> Sobre la influencia de las doctrinas y las teorías del análisis económico en el mundo del derecho con una visión comparatista ver, por ejemplo, U. MATTEI, *The Rise and Fall of Law and Economics: An Essay for Judge Guido Calabresi*, en *Meryland Law Review*, 64, 2005, *passim*, partic. pp. 229 ss. En relación con el tema de la valoración de la función disuasiva adscrita a la CA, es suficiente precisar que David Rosenberg, primer defensor de la *Mandatory* CA para los *mass tort litigation*, desde siempre evidenció la influencia del análisis económico del derecho en sus propuestas normativas (ya en ROSENBERG D., *Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means*, en *Indiana Law Journal*, 62, 1986-1987, pp. 561 ss). Particularmente, por ejemplo, en ROSENBERG D., *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, en *Harvard Law Review*, 115, 2001, pp. 831, n. 1., afirma que: "My work has also built upon major contributions by others. I acknowledge general reliance on theories of deterrence insurance, law enforcement, rational choice analysis, and welfare economics as developed and applied in GUIDO CALABRESI, *The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis* (1970); A. MICHELL POLINSKY, *An Introduction to Law and Economic Analysis* (1970); RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law* (5<sup>th</sup> ed. 1998); STEVEN SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* (1987); and LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *Fairness, Versus Welfare*, 114 Harv. L. Rev. 961 (2001)". Otro autor (canadiense) que se formó, en parte, en las aulas de Harvard bajo la dirección de DAVID ROSENBERG y que defiende igualmente la eliminación de la distinción entre *mandatory* y *non-mandatory* CA con base en una valoración del efecto disuasivo, afirma en C. JONES, *The Theory of ClassActions*, Irwin Law, Toronto, 2003, p. 13 que "[...] my discussion in this book builds upon the work of GUIDO CALABRESI, RICHARD POSNER, A. MITCHELL POLINSKY, LOUIS KAPLOW and STEVEN SHAVELL. Much



ciones" relativas a la conveniencia de limitar el daño *ex ante*, a cambio de (sólo, o en primera medida) repararlo<sup>118</sup>—, la propuesta de disolver la distinción entre *mandatory* o *non-mandatory* CA se concentra, al menos, en la sugerencia de restringir ulteriormente el derecho subjetivo de acción mediante la supresión (parcial o total) del derecho subjetivo al *opt-out*, prescrito en relación con la CA *certified* bajo la R23(b)(3) y fortalecido por la R23(e)(3)<sup>119</sup>.

En pocas palabras, y con particular referencia a las *mass torts* CA, bajo estas doctrinas se considera que la función más relevante de la CA, es decir, la *deterrence*, debería operar, obviamente, y también, antes de que se verifique el daño<sup>120</sup> y, en esa medida, la *class* debería involucrar (además de los titulares de daños actuales), no sólo a las víctimas identificables como titulares de daños futuros, es decir, probables pero aún no causados, sino también a la globalidad de sujetos que ni siquiera (en ese momento) pueden ser identificados como posibles receptores de un daño<sup>121</sup>. Además, condicionan el nivel óptimo de disuasión a la "presencia" de todos los miembros de la *class* en el proceso; miembros que, en consecuencia, no deberían (y probablemente, tras el "velo de la ignorancia", en esa posición originaria, tampoco querrían<sup>122</sup>) gozar del

of the theory I present here is also derived from the "functionalist" models of mass tort litigation developed in a series of articles by American scholars, and particularly those of by Harvard professor David Rosenberg".

<sup>118</sup> La prioridad dada a la *deterrence* como función más relevante de la CA no deja a un lado la necesaria compensación por los daños ocasionados. En efecto, el objetivo que gobierna este proceso es la búsqueda de un principio concreto: 'la minimización del costo de los accidentes' (G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970, pp. 24-33) que incluye la suma de los costos de precaución dirigidos a evitar los accidentes, los costos de los daños causados (cuando no se logra prevenirlos) y los costos de litigio en razón del daño sufrido. En otras palabras, la valoración dada a la función disuasiva no supone, a los ojos de esa específica doctrina, y en el escenario de las *monetary* CA, que no sea también una prioridad la reparación de los perjuicios causados, sino que, con base en otras premisas teóricas (particularmente económicas) parte de la doctrina considera que la reparación es sólo el residuo por una ineficiente disuasión.

<sup>119</sup> En concreto, por ejemplo, D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, *cit.*, p. 862 afirma que "mandatory-litigation class action provides the most effective means of resolving the collective action problems and litigating the costs that prevent mass tort liability from achieving optimal deterrence and insurance. Allowing plaintiffs to exit exposes litigation class action to market forces and thereby threatens to unravel the class and to undetermined collective action. Making litigation class action mandatory eliminates this problem [...]".

<sup>120</sup> D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, *cit.*: "therefore, the need exists to "optimal tort deterrence" to prevent unreasonable risk of accident and for "optimal tort insurance" to cover residual reasonable risk" con base en la premisa según la cual "[...] everyone rationally prefers *ex ante* to maximize individual welfare by securing optimal deterrence and insurance through mass tort liability. *Ex ante*, everyone also understands that for mass tort liability to achieve optimal deterrence and insurance, individuals must act collectively [...]" (p. 832).

<sup>121</sup> La reparación de daños futuros no corresponde, ciertamente, al escenario de la *deterrence*, sino al de la indemnización. En efecto, la *deterrence* óptima "can be achieved without knowing the identify of future claimants, or perhaps even the true extent of the harm": C. JONES, *The Theory of ClassActions*, *cit.*, p. 85.

<sup>122</sup> El argumento sobre la necesaria adjudicación *ex ante* de la posible reparación de un eventual

derecho al *opt-out*<sup>123</sup>, en cuanto las *consecuencias* de su ejercicio ocasionarían un daño mayor a un número plural de personas, en cuanto disminuiría el efecto disuasivo de la decisión<sup>124</sup>.

Sin embargo, esta propuesta no ha sido aceptada a nivel legislativo ni (salvo en el movedido terreno de las *hybrid CA*) jurisprudencial. De hecho, en la academia ha generado un intenso debate<sup>125</sup> que confrontó, y confronta, las dos posiciones hasta el momento descritas. De este modo, opositores a la eliminación del *opt-out* critican esta iniciativa en cuanto la consideran, no sólo contraria al contenido "intocable" del derecho al *due process*, sino, también, excesivamente paternalista<sup>126</sup> y contrastante con la ideología que inspiró la formación de la cultura jurídica estadounidense<sup>127</sup>.

daño futuro (por vía, por ejemplo, de la aseguración) se construye (extrañamente) a nivel doctrinal con base en reflexiones de matriz consecuencialista-utilitarista combinadas con la idea rawlsiana del *velo de la ignorancia* (J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 136-142), afirmando que cualquier sujeto racional, privado de información sobre su condición de titular, o no, de un daño, seguramente preferiría asegurar para todos y *ex ante* un posible beneficio, en cambio de esperar a que se verifique el daño. Con este enfoque ver, por ejemplo, B. HAY, *Procedural Justice: Ex Ante vs. Ex Post*, en *University of California Law Review*, 44, pp. 1803-1850 part. N. 117-118; C. JONES, *The Theory of Class Actions*, cit. pp. 67 ss. y, especialmente, D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, cit., p.840: "I adopt and justify the "ex ante" perspective, which places individuals "behind a veil of ignorance" without information about their particular situations in the "ex post" world-to-come of accident risk and scarce resources".

<sup>123</sup> "litigation class action provides the most effective basis for aggregating and averaging all claims, thereby ensuring maximum deterrence and insurance benefit from mass tort liability. But this result is possible only if the class action is mandatory and bars opt-out": D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, cit., p. 861)).

<sup>124</sup> En efecto, con una visión claramente consecuencialista, D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, cit. p. 863, afirma que "[s]ome opponents of mandatory class action, however, seem to attribute supervening value to class action opt-out, suggesting that plaintiff autonomy is a good in itself. They fail to consider that the choice between exit and no-exit class action should, like any choice among competing designs of legal system, depend on their relative effects on individual welfare ex ante".

<sup>125</sup> Contra David Rosenberg, L. MULLENIX, *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, cit., p. 200, afirma que "Professor Rosenberg is seemingly the anti-democrat: he envisions a universe of mandatory-only class actions, with no opt-out option, whether voluntary or not [...] Rosenberg's vision is a top-down autocratic view of justice. It posits on actor who seemingly knows what is best for society, and what wrongs require punishment or redress".

<sup>126</sup> Ver, por ejemplo, R. EPSTEIN, *Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion*, cit., p.494, cuando afirma que "[t]his position presupposes that the judgment should be collective and not individual, such that a person who objected to the strategies pursued by the class would be required to remain a class member on the ground that the economies of scale in running the class action would leave him better off than before. There is obviously a powerful paternalistic streak in this argument. [...] It may well be too expressive to try to recruit individuals into de class, but the transaction costs do not preclude a default position that preserves the individual right to opt-out receipt of notice, specially if they wish to join smaller, more cohesive classes".

<sup>127</sup> R. REDISH, *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit., p. 30: "[f]rom the perspective of liberal theory, then, individuals should be able to

En relación con este debate académico, y en el marco más amplio de las llamadas *settlements CA*<sup>128</sup> (es decir, *CA certified* con el único propósito de aprobar una transacción previamente determinada por las partes<sup>129</sup>), el enfrentamiento más interesante se concentró en la defensa, o no, del reconocimiento de una segunda oportunidad para excluirse de la *class* antes de la aprobación, por parte del juez, de un *settlement* que debería poner fin a una controversia *certified* como *non-mandatory CA*<sup>130</sup>. Pues bien, y por ahora, a partir de la reforma a la R23 de 2003, que siguió la senda trazada por las prescripciones que la *Supreme Court* hizo en *Amchem*<sup>131</sup> y *Ortiz*<sup>132</sup>, el legislador dio la razón a los defensores de la segunda oportunidad de *opt-out*, aunque no logró opacar las críticas formuladas por defensores de la *mandatory CA* como única opción para la *mass tort litigation*<sup>133</sup>.

En cambio, con un enfoque moderado, esta propuesta encuentra mayor consenso (por ahora sólo al nivel de la doctrina) cuando se restringe exclusivamente a *CA* que pretendan la justiciabilidad de derechos subjetivos *TipoC*, particularmente *small claims*: derechos subjetivos cuyos (potenciales) beneficios derivados de su garantía ante el patológico incumplimiento de los deberes correlativos, no sólo son (si individualmente considerados) casi irrisorios, sino que tiene un valor inferior

register their dissent from the ideological ends being pursued. Thus, an individual should be able to register that dissent through self-removal from the class".

<sup>128</sup> Forma de *CA* ya abordada en *In re A.H. Robins Co.*, 880 *F2d* 709 (4<sup>o</sup> Cir. 1989) y estudiada con mayor atención en la famosa sentencia *Amchem Prod., Inc v. Windsor*, *cit.* que se refiere expresamente a las "settlement-only" *CA* y precisa, respecto a este tipo de *CA*, la obligación al juez de "demand undiluted, or even heightened, attention in the settlement context" puesto que a la *Court* "will lack the opportunity, present when a case is litigated, to adjust the class, informed by the proceeding as they unfold". Sobre el punto ver, por ejemplo, *Manual For Complex Litigation*, *cit.*, p. 252, donde se precisa que "in a certification for settlement, the court must examine adequacy of representation and predominance of common issues to be sure that the settlement does not mask either conflicts within classes or the overwhelming presence of individual issues" (todo dentro del marco interpretativo de la R23(g)(C)(ii): "any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class"). Para un brillante análisis de este argumento, ver R. NAGAREDA, *Mass Torts in a World of Settlement*, University of Chicago Press, Chicago, 2009, *passim*, partic. pp. 71 ss. y 114 ss.

<sup>129</sup> Con una crítica abierta a las *settlements CA* en cuanto (según el autor) contrarias al art. III de la Constitución estadounidense, ver M. REDISH, *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, *cit.* "[...] one should be able to conclude without much difficulty that the settlement class violates the case-or-controversy requirement of article III [...] the inherent non-adverseness of the settlement class—whether the underlying claims involve state or federal law—renders it no-justiciable" (p.206), al tiempo que precisa que "the plain meaning of Article III, strongly supported by the *Court's* case-or-controversy jurisprudence, conclusively establishes the inherent unconstitutionality of the settlement class" (p. 213).

<sup>130</sup> R. NAGAREDA, *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions*, en *Harvard Law Review*, 115, 2002, pp. 747-830 enfrentado con D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, *cit.* Ver también L. MULLENIX, *No Exit: Mandatory Class Actions in the New Millennium and the Blurring of Categorical Imperatives*, *cit.*

<sup>131</sup> *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, *cit.*

<sup>132</sup> *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, *cit.*

<sup>133</sup> D. ROSENBERG, *Adding A Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, en *The University of Chicago Legal Forum*, 2003, pp. 19-69.

al costo del ejercicio del derecho de acción y de todo el consecuente proceso (es decir, tiene un valor negativo)<sup>134</sup>.

En efecto, algunos discursos de la doctrina buscan demostrar que, en el caso de las *small claims* CA<sup>135</sup>, el derecho subjetivo al *opt-out* no está justificado, al menos (i) porque muy probablemente (salvo que decida actuar irracionalmente) el miembro de la *class* jamás iniciará el proceso de forma individual<sup>136</sup>; (ii) porque muy probablemente jamás ejercería el derecho de *opt-out*<sup>137</sup>; (iii) porque muy probablemente no se enterará de la existencia del proceso<sup>138</sup>; (iv) porque en caso de que la CA no sea favorable a las pretensiones de la *class* el miembro ausente no sufrirá una pérdida considerable o, al menos, el costo de la pérdida será inferior a aquel que se habría generado si hubiese iniciado el proceso de forma solitaria<sup>139</sup>.

Pero, además, y sobre todo, el derecho al *opt-out* no estaría justificado —y aquí se adopta la razón central esgrimida ya a favor de la adopción de un esquema *mandatory* para todo el escenario de la *mass tort litigation*— (v) porque en este tipo de controversias las *consecuencias* de la auto-exclusión generarían un daño mayor frente al (considerado como) casi irrelevante daño que se generaría como consecuencia de la limitación al derecho de interponer, previo ejercicio del derecho de auto-exclusión, la acción de forma individual. Es decir, el derecho subjetivo al *opt-out*

<sup>134</sup> Ver *supra* § 4.

<sup>135</sup> Recientemente ver S. BURBANK, S. FARHANG, H. KRITZER, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, cit., p. 48: "In the scenario in which statutory violations produce a large number of small injuries, compensation may not be a plausible goal, but the absence of representative litigation can render the violator, as a practical matter, immune from suit by private parties. Class actions thus can deter unlawful conduct of would-be violators by eliminating a structural economic impediment to private enforcement".

<sup>136</sup> Entre tantos, además de la literatura ya citada, ver D. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, en *Notre Dame Law Review*, 73, 1997-1998, p. 923: "'small claim' class action [...] an action defined here to embrace those cases in which the claim of any individual class member for harm done is too small to provide any rational justification to the individual for incurring the costs of litigation".

<sup>137</sup> Además de lo ya mencionado en relación con los estudios empíricos sobre la inoperatividad del derecho subjetivo al *opt-out*, ver, por ejemplo, J. MACEY, G. MILLER, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, en *The University of Chicago Law Review*, 58, 1991, p. 28 quien afirma que el titular de la *small claim* "has a choice between two courses of action. She can do nothing, in which case she will receive a check in the mail if the suit is successful and will incur no costs if the suit fails. Or she can go to the trouble of opting out of the action, in which case she will receive nothing whether or not the suit is successful. Such a decision is not hard to make. Nearly everyone who understands the nature of this choice will elect to do nothing and thereby remain part of the class action". Ver también D. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, cit., p. 937: "the interest of the individual in the case is relatively low, as is the corresponding likelihood that any member of the class will wish to spend the time and energy to monitor the action or will object to the very idea of class treatment".

<sup>138</sup> Más allá de la formal realización de la *notice*, sin duda es posible concebir escenarios donde la misma no llega a su destino, más aún en el caso de los *unnamed class members*.

<sup>139</sup> Esto precisamente porque se trata de *small claims* que, en consecuencia, son pretensiones de valor negativo (ver *supra* § 4).

no estaría justificado, sobre todo, porque se considera que la presencia de todos los miembros de la *class* es imprescindible para garantizar una maximización de los beneficios (me refiero al efecto disuasivo que opera frente al potencial sujeto que, a raíz del resultado del proceso, considerará irracional –salvo que se presente un caso de *over deterrence*– incumplir en un futuro sus deberes), es decir, una maximización del bienestar del mayor número de sujetos, no sólo los miembros de la *class*, sino, en potencia, de todo el conglomerado social que podría verse afectado por un eventual daño futuro<sup>140</sup>.

#### 8. (SIGUE) LA LOCUCIÓN 'ADECUADA REPRESENTACIÓN' SE VISTE CON UN NUEVO TRAJE

Pues bien, bajo las anteriores premisas normativas formuladas a la luz de la función disuasiva adscrita a la CA, los efectos serían evidentes: la eliminación del derecho al *opt-out* implicaría una modificación trascendental en la configuración normativa de la CA, particularmente en relación con las reglas relativas a la extensión de los efectos de cosa juzgada en las *damages CA*.

En efecto, todos los potenciales miembros de la *class*, es decir –y a la luz de (lo que los actores jurídicos consideren sea) la función disuasiva– todos aquellos sujetos titulares de un daño actual, de una *future claim* e, incluso, todos los (aunque no identificados) potenciales víctimas del daño, obligatoriamente deberían estar sujetos a los efectos de cosa juzgada y, en estos términos, no deberían contar con el derecho de actuar individualmente ante la jurisdicción. De esta forma, la previsibilidad de los efectos de cosa juzgada se ampliaría de forma importante (aunque no definitiva, puesto que nada excluye un eventual *collateral attack* por violación al derecho a la adecuada representación) con consecuencias relevantes en relación con la operatividad de la acción procesal colectiva: desde la óptica disuasiva, la CA constituiría la acción procesal más idónea para garantizar el más alto grado de bienestar al mayor número de personas, mediante la constitución de un cuerpo agregado con capacidad, no sólo de reducir sustancialmente los elevados costos del proceso, sino también de equilibrar las desigualdades estructurales entre la parte habitual y la parte ocasional; al tiempo que el demandado (quien para algunos resultaría ser el verdadero beneficiado de la adopción del carácter *mandatory*

<sup>140</sup> D. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, cit, p. 923, cuando afirma que "the small claim class action strikes me as one that serves the purpose not of compensating those harmed [...] but rather, and perhaps entirely, the purpose of allowing a private attorney general to contribute to social welfare [...]"; D. ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases*, cit., pp. 407-408, "The benefits of optimal deterrence necessarily accrue to all individuals –in fact, to everyone who might be exposed to tortuous risk– and not merely the relatively small fraction suffering actualized tortuous harm. At the most basic level, optimal deterrence benefits every individual because reducing accident costs through reasonable precautions means more welfare to distribute and that makes everyone better off".

para las *damages* CA<sup>141</sup>) vería en la CA y, con mayor razón, en una *Settlement* CA, la posibilidad de reducir a *uno* el número de conflictos y, de esta forma, poder prever y negociar los costos globales de su masivo incumplimiento.

Ahora bien, desde siempre, como ya ha sido precisado, en la cultura jurídica estadounidense la operatividad de la CA ha estado condicionada por la necesidad de un discurso justificativo que, a la luz de la ideología *adversarial*, permita presentar como constitucional (particularmente en relación con la garantía del *due process*) cualquier tipo de restricción al derecho subjetivo al *day in court* y, en sentido más amplio, cualquier tipo de restricción al contenido tradicionalmente adscrito al derecho subjetivo de acción. Y, desde siempre, como también ya ha sido precisado, esta operación interpretativa se ha realizado por medio del uso de la locución 'adecuada representación' o, mejor, mediante la atribución de significados específicos al derechos subjetivo a la adecuada representación. En pocas palabras, y a la luz del razonamiento según el cual la constitución garantizaría el *right to representation*, y no el *right to participation*, se asume como cierta la siguiente relación: si se garantiza la adecuada representación de los miembros ausentes de la *class*, entonces la restricción al derecho subjetivo al *day in court* (y, entonces, a la gestión autónoma de la propia controversia) es constitucional.

A la luz de este razonamiento, surge, sin embargo, un problema. La sugerencia de extender la extensión del carácter *mandatory* a las *damages* CA o, aún sólo, a las *small claims* CA, pareciera contrastar con el significado adscrito al derecho subjetivo a la adecuada representación: se propone precisamente la eliminación del derecho subjetivo al *opt-out* que los actores jurídicos han justificado (y ya han asimilado) en cuanto elemento constitutivo (micro-derecho) del derecho subjetivo a la adecuada representación.

Ante esta situación, la "elección" doctrinal de los defensores de la supresión del derecho al *opt-out* no podía ser otra que tratar de desvirtuar la conexión entre el derecho subjetivo al *opt-out* y el derecho subjetivo a la adecuada representación<sup>142</sup> e, incluso, tratar de desvirtuar la conexión entre el derecho subjetivo al *day in court* y la garantía del *due process*. En pocas palabras, la elección no podía ser otra que vestir con un nuevo traje a la locución 'adecuada representación' para poder argumentar la constitucionalidad de la propia propuesta.

Con este objetivo, se afirma que mediante la extensión del carácter *mandatory* a las (al menos) *small claims* CA se lograría eliminar aquel escombros, aquel obstáculo, que perturba (para usar una expresión con cargado contenido utilitarista empleada en la constitución estadounidense) "la búsqueda de la felicidad", si se la entiende como la posibilidad de maximizar el bienestar del mayor número de sujetos

<sup>141</sup> R. NAGAREDA, *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions*, cit., p. 751.

<sup>142</sup> D. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, cit, p. 937: "[...] the notion of the representative quality of the class action [...] suggested that the key to the satisfaction of due process requirements was only the adequacy of representation; notice to class members was not a prerequisite, and a fortiori, neither the opportunity to opt-out".

mediante la optimización de la *deterrence*. En concreto, se refieren a un obstáculo caracterizado por una excesiva retórica construida con base en una hiper-valoración del derecho a la adecuada representación, cuando entendido con un enfoque formalista y moralista inspirado en un (según David Rosenberg) "*myopic "proceduralist" way of thinking*"<sup>143</sup>. Se refieren, por ejemplo, entre otros aspectos, a: (i) considerar, sólo por razones ideológicas y deontológicas, que el derecho subjetivo al *opt-out* es un derecho irrenunciable y, con base en él, forzar una correspondencia entre el *day in court* y el *right to representation*<sup>144</sup>; (ii) tratar de identificar en la CA, particularmente (pero no sólo) en el *opt-out*, manifestaciones de autonomía, libertad y control individual dentro del proceso<sup>145</sup>; (iii) valorizar excesivamente el derecho subjetivo a la *notice*, cuando su efectividad es casi irrelevante<sup>146</sup>.

Eliminación de un obstáculo que, según esta propuesta normativa, permitiría concentrar la actividad legislativa y judicial en uno de los nudos más problemáticos de la *class action litigation*: el control de la (in)corrección del *class counsel*, mediante una regulación de sus incentivos y sus posibles conflictos de interés con la *class*. Es decir, eliminación de un escombros que permitiría concentrar la actividad legislativa y judicial en la necesaria consideración de aquellos aspectos

<sup>143</sup> Como crítica a la reforma de 2003 que prescribió un segundo derecho de *opt-out* cuando se aprueba un *settlement* de una R23(b)(3) CA, D. ROSENBERG, *Adding A Second Opt-Out To Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, *cit.*, p. 19, consideró dicha norma como el resultado de un triunfo del "*myopic "proceduralist" way of thinking*": "the approach that ignores deterrence and compensation objectives and related individual welfare effects of the substantive law in evaluating the operation and potential redesign of the civil liability system. In this case involving class action opt-out, as in many, the basic deficiency of the proceduralist mode is compounded by shoddy cost-benefit analysis, general disregard or pre-suit, ex ante conditions, and resort to deontological and even ontological claims, usually asserted in the form of vacuous and question-begging moralisms, hackneyed slogans, pseudo-traditions, and other conceptual shell games like "plaintiff autonomy," "day in court," and "process values"" (cursiva mía).

<sup>144</sup> Con una visión que busca desmitificar (lo que se considera) una exagerada consideración del derecho subjetivo al *opt-out* y del derecho subjetivo al *day in court*, S. KOINAK, *How like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, en *Notre Dame Law Review*, 79, 2004, p. 1855, considera que "[v]irtual representation in a class action, along with other similarly situated, is simply not equivalent to one's day in court. *That's fine with me*" (cursivas mías); al tiempo que, en la n. 341, precisa que "I agree with Professor Shapiro that the "day in court" model only distorts analysis in this area" (cursivas mías).

<sup>145</sup> J. COFFEE, *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Action*, en *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, p.905: "[small claims] class actions are those in which no claim would be independently marketable. "Opting out" is by definition infeasible. Here, client control is illusory; probably, few clients have large enough stake to justify monitoring the attorney. The risk of attorney opportunism is substantial, although "fluid recoveries" and no-pecuniary settlements may mask such opportunism".

<sup>146</sup> Ya en contra de *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, *cit.*, particularmente en relación con la obligación del representante de la *class* de expedir una *notice* de forma individual a quien fuese identificable con un razonable esfuerzo (actualmente R23(c)(2)(B)). Ver J. MACEY, G. MILLER, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, *cit.*, quienes afirman que "[t]he high cost of notifying absent class members when potential recovery is very small deters entrepreneurial attorneys from bringing meritorious suits. Thus, the rule harms, rather than protects, absent class members" (p.4); "The analysis suggests that due process should not require individualized notice of small claimants prior to judgment or settlement in this specialized class action context" (p.58).

que deben ser regulados de manera tal que se asegure el cumplimiento del deber, no tanto a cargo del *representative plaintiff* (cuya función es considerada, por algunos, como innecesaria, en cuanto se trataría de una figura que actualmente actuaría como un simple títere del *class counsel*<sup>147</sup>), sino a cargo del abogado (de la *law firm*), de garantizar, en sentido práctico, la adecuada representación de los miembros ausentes; un deber correlativo al derecho subjetivo a la adecuada representación, cuyo contenido, entonces, desbordaría la garantía formal del (considerado como irrelevante) derecho subjetivo al *opt-out*.

De este modo, la locución 'adecuada representación' se vestiría con su nuevo traje para justificar, una vez más<sup>148</sup>, la constitucionalidad de una propuesta normativa que limita ulteriormente el campo de autonomía y libertad concedido (de forma residual) a los miembros ausentes en el caso de las CA prescritas por la R23(b)(3). Un traje que se elaboraría mediante la configuración de un "nuevo" derecho subjetivo a la adecuada representación que, prescindiendo de la consideración del derecho a la auto-exclusión, constituiría el instrumento normativo idóneo para favorecer la manejabilidad del proceso por parte de un juez que, al momento de la *certification*, se debe confrontar, no sólo con sutiles tendencias a la disolución del miembro ausente de la *class*<sup>149</sup> y a la abstracta homogenización de sus derechos<sup>150</sup>, sino con el creciente poder adquirido por el *class counsel*, de-

<sup>147</sup> J. BURNS, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, en *Hastings Law Journal*, 42, 1990-1991, p. 202: "the time has come to think about the unthinkable: eliminating the class representative. He serves no function in the actual prosecution of the class action. Yet his presence engenders confusion and the proliferation of phantom issues in class action jurisprudence"; J. MACEY, G. MILLER, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, cit., p. 61: "We conclude that named plaintiffs are—or should be—largely irrelevant in large-scale small-claim cases and should be eliminated".

<sup>148</sup> Irónicamente, en su momento, la locución 'adecuada representación' fue empleada, como ya precisé, para justificar la constitucionalidad de la CA mediante una exaltación de derecho subjetivo al *opt-out* en el caso de las *non-mandatory* CA.

<sup>149</sup> No siendo esta la sede para profundizar sobre este aspecto, me limito a dos indicaciones. De una parte, piénsese, por ejemplo, en el *public right model* (v. *supra* n. 12) y sus sugerencias —también con el propósito de superar los límites de la interpretación dominante del artículo III de la constitución— sobre la necesaria adscripción a la CA de la función de garantizar (lo que se considera sea) el *public interest* (así, ver, por ejemplo, J. BRONSTEEN, O. FISS, *The Class Action Rule*, cit.). De otra parte, piénsese en el llamado *entity model* (popularizado por D. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, cit, *passim*. y aceptado por varios estudiosos, entre ellos S. ISSACHAROFF, *Preclusion, Due Process, and The Right to Opt Out of Class Actions*, en *Notre Dame Law Review*, 77, 2001-2002, pp. 1057-1082), según el cual la *class* debería ser considerada como una entidad diferente a la suma de sus miembros.

<sup>150</sup> En efecto, el empleo por parte de los actores jurídicos de '*Hybrid CA*', '*future Claims*', '*public interest*', '*mandatory damages CA*', '*settlements CA*', '*aggregate proof*', entre otras, sugiere una especie de inconformidad, especialmente en cabeza del *class counsel*, frente a los criterios normativos prescritos para proferir la declaratoria de "homogeneidad" entre los derechos subjetivos de los miembros ausentes de la *class*. La tendencia a considerar, cada vez más, que la función de la CA se cumple fuera de los confines del proceso concreto y fuera de los confines del tiempo presente, ha activado un progresivo relajamiento en los criterios para determinar la adscripción de la propiedad "homogeneidad". Por este motivo, los estudiosos sobre la CA y, en general, sobre la *group litigation*, tal vez deben comenzar a considerar entre las



finido muchas veces (incluso con su eventual rostro de *private attorney general*<sup>151</sup>) no como "llanero solitario"<sup>152</sup>, ni *ideological plaintiff*<sup>153</sup>, sino, más bien, como "caza recompensas"<sup>154</sup> y/o como *free rider* de las investigaciones gubernativas<sup>155</sup>, que persigue, para bien o para mal, incentivos para "iniciar"<sup>156</sup> una CA, financiarla y siempre controlarla<sup>157</sup>.

variables de sus propios análisis una eventual consecuencia: la CA posiblemente terminará por tratar de diluir, también, los confines entre el poder judicial y el poder legislativo, de una parte, y el poder judicial y el poder ejecutivo, de otra parte, mediante una extensión, cada vez más generalizada e indiferenciada, de la propiedad "homogeneidad". En este sentido, la siguiente afirmación de R. NAGAREDA, *The Preexistence Principle and The Structure of the Class Action*, cit. p. 152 puede ser útil: "[e]ven more significantly, the class action—with its tendency toward settlement at the behest of self-appointed agents for the class—has emerged not simply as a procedural supplement to preexisting law but, rather, as an institutional rival to the ordinary process of lawmaking itself".

<sup>151</sup> Sobre el argumento ver, por ejemplo, J. RABKIN, *The Secret Life on The Private Attorney General*, en *Law and Contemporary Problems*, 61, 1998, pp. 179-203; P. KARLAN, *Disarming the Private Attorney General*, en *University of Illinois Law Review*, 6, 2003, 183-209.

<sup>152</sup> M. REDISH, *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Law Suit*, cit. p. 33 quien precisa que "[t]he lone Ranger refers to the private litigant who is motivated in his attempt to serve the public interest primarily, if not exclusively, by idealistic or communitarian concerns".

<sup>153</sup> Ver L. JAFFE, *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hobfeldian or Ideological plaintiff*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 116, 1967-1968, pp. 1033-1045.

<sup>154</sup> J. COFFEE, *Rescuing The Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, en *Maryland Law Review*, 42, 1983, pp. 215-288.

<sup>155</sup> Son las así llamadas las 'coattail CA'. Al respecto, ver, por ejemplo, M. ERICHSON, *Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco, and The Mixing of Public and Private Lawyering in Mass Litigation*, en *U. C. David Law Review*, 34, 2000, *passim.*, partic. pp 17-18, 35-40 y J. BEISNER, M. SHORS, J. DAVIDSON MILLER, *Class Action "Cops": Public Servants or Private Entrepreneurs?*, en *Stanford Law Review*, 57, 2004-2005, p. 1453: "The principal problem with this contention is that, in most cases, class action lawyers do not fill such enforcement gap. Empirical data show that, far from filling gaps, class action lawyers predominantly file "copycat" or "coattail" lawsuits that follow on the heels of *government investigations*".

<sup>156</sup> El *class counsel*, según la interpretación dominante del art. III de la Constitución —particularmente en relación con la interpretación de los términos '*case*' y '*controversy*' respecto de los requisitos para obtener la legitimación (*standing*) para actuar ante las cortes federales (ver n.12)— no podría ser el representante de la *class*, salvo que sea, también, titular de uno de los derechos subjetivos objeto de justiciabilidad (titular, en pocas palabras, de un *injury in fact*). Sin embargo, esto no ha sido un impedimento para que la *law firm* logre "iniciar" una CA respecto de una controversia con incentivos económicos relevantes. En efecto, aunque sujeta a (taxativas) restricciones importantes, existe una tendencia al reclutamiento (*solicitation*) del *representative plaintiff*. Al respecto ver J.E. FISH, *Class Action Reform, qui tam, and the Role of the Plaintiff*, en *Law and Contemporary Problems*, 60, 1997, p. 171, cuando afirma, por ejemplo, que: "As a practical matter, class suits are often initiated by lawyers who identify a cause of action and then search for a suitable individual to meet the requirements of Rule 23".

<sup>157</sup> En primera medida, es importante señalar que el control que ejerce el abogado de la *class* sobre la estrategia del proceso, así como su decisión de asumir (sea por motivos altruistas, sea con pretensiones empresariales) el riesgo de patrocinar algunas CA, ha sido determinante para adelantar y concluir importantes CA que han marcado la historia estadounidense (fuera del contexto de la *mass tort litigation*, particularmente en el área de la discriminación racial, piénsese ya en *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)). Sin embargo, el amplio poder que ha asumido el *class counsel* también ha sido objeto de importantes análisis críticos, bajo la consideración de que (como afirma J. COFFEE, *The*

*regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, cit., pp. 882-883) es más adecuado describir al *class counsel* como "independent entrepreneur than as a agent of the client" y que (J. MACEY, G. MILLER, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, cit. p. 8) "these attorneys are not subject to monitoring by their putative clients, operate largely according to their own self-interest, subject only to whatever constraints might be imposed by bar discipline, judicial oversight, and their own sense of ethics and fiduciary responsibilities".