

La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley n° 25.675

Francisco Verbic

1. El proyecto y la delimitación del tema en estudio.

A mediados del mes de marzo del año 2007 fue presentado en el Honorable Senado de la Nación un proyecto de reformas a los aspectos procesales de la Ley General del Ambiente 25.675 (en adelante "L.G.A.").¹ El nuevo diagrama propuesto en dicha iniciativa abarca distintos institutos del proceso colectivo ambiental, entre los cuales se cuentan: (i) la aptitud de los legitimados extraordinarios para demandar la reparación de daños individuales homogéneos; (ii) el establecimiento de límites al ámbito de actuación de este tipo de tutela; (iii) la exigencia de control del requisito de la representatividad adecuada; (iv) la posibilidad de dictar una condena genérica de responsabilidad; (v) la aclaración y redefinición de los alcances de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia; y (vi) la habilitación al juez para crear fondos de compensación *ad hoc*.

La modificación propugnada para mejorar el sistema procesal de la L.G.A. hunde sus raíces en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual –a su turno– se presenta como el resultado de la unión de las soluciones conferidas al asunto por el sistema norteamericano de las *class actions* y el Código de Defensa del Consumidor brasileño². En las líneas que siguen abordaré específicamente los alcances subjetivos que se pretenden conferir a la cosa juzgada en el proceso colectivo ambiental, asumiendo como hipótesis de trabajo la doctrina de la cosa juzgada en el sistema procesal civil norteamericano, ya que me permitirá analizar el grado de influencia que ésta produjo (y puede llegar a producir a través de la tarea interpretativa, en el supuesto de sancionarse la reforma) con relación al tema.

Diversas razones me llevan a encarar el estudio del tema desde esta perspectiva. La primera de ellas descansa en el hecho que los aportes doctrinarios con respecto a los alcances de la cosa juzgada en el sistema colectivo brasileño son numerosos entre nosotros, mientras no puede decirse lo mismo con relación al papel del instituto en el sistema de las *class actions*, y menos aún en el proceso civil ordinario estadounidense. La segunda razón responde a una cuestión de espacio. Teniendo en cuenta que gran parte de los estudios dedicados al análisis del sistema colectivo brasileño reconocen explícitamente la fuerte influencia que sobre el tema de la cosa juzgada produjo la escuela italiana, y en atención a que ésta también ha sido determinante en el desarrollo de los estudios procesales en la Argentina, la audiencia especializada a la cual es dirigido el discurso me permite optar por no profundizar al respecto y aprovechar de la mejor manera el limitado lugar disponible para expresarme³.

¹ Según surge de la exposición de motivos, esta iniciativa recoge la sugerencia de la Asociación Argentina de Derecho Procesal que, a su turno, tuvo origen en una propuesta elaborada por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Cabe destacar que el mérito por la redacción del anteproyecto en este último escenario corresponde a los Dres. Leandro J. Giannini y Leandro K. Saffi. El texto completo del proyecto fue publicado en La Ley Actualidad del 26/12/06 e ingresado a la Cámara Alta por los Senadores Gómez Díez y Salvatori en fecha 13/03/07, expediente N° 225/07. Actualmente cuenta con estado legislativo y se encuentra en estudio de comisión desde el 20/03/07).

² El anteproyecto fue originalmente redactado por una comisión integrada por los juristas brasileños Ada PELLEGRINI GRINOVER, Kazuo WATANABE y Antonio GIDI. La versión definitiva del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica fue aprobado en la reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebrada en Caracas (Venezuela) el 28 de Octubre de 2004. Un análisis de las previsiones del Código Modelo con respecto a otros institutos del proceso colectivo puede consultarse en GIANINNI, Leandro J. "La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos", Librería Editora Platense, La Plata, 2007, cap. V; y en VERBIC, Francisco "Procesos Colectivos", Ed. Astrea, Bs. As., 2007, en especial capítulo IV.

³ Sobre el desarrollo del tema en la doctrina italiana puede consultarse, entre otros, CHIOVENDA, Giuseppe "Sulla cosa giudicata", en "Saggi di diritto processuale (1894-1937)", Volume secondo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 399 y

Finalmente, entiendo resulta útil concentrar la atención en el proceso norteamericano por tratarse de un sistema cuyo sentido pragmático frente al conflicto (tanto individual como colectivo) acuerda al tema particulares perfiles que no se dimensionan claramente en su versión de tipo *continental*.

2. La doctrina de la *former adjudication* y el principio de finalidad.

En el sistema norteamericano las reglas y principios que gobiernan los efectos producidos sobre eventuales procesos por la sentencia recaída en una causa previa son enmarcados en lo que algunos autores denominan *doctrine of former adjudication* (doctrina de la adjudicación previa)⁴. Se trata de una noción sumamente amplia que impuso la necesidad –tanto a la doctrina como a la jurisprudencia- de utilizar terminologías específicas para describir cómo se aplica su contenido en determinados contextos. Habiéndose alcanzado un alto grado de consenso al respecto, comenzaré a desandar el camino formulando algunas precisiones fundamentales para el análisis.

En primer término es importantes distinguir la doctrina de la *res judicata* en sentido estricto (también denominada *claim preclusion*) de la doctrina del *estoppel by judgment* (conocida más modernamente como *issue preclusion*). Ambas constituyen las dos caras principales de la *doctrine of former adjudication*. La primera de ellas impide al actor demandar nuevamente con fundamento en una causa sobre la cual ya ha recaído resolución definitiva en sede judicial, así como también impide al demandado presentar cualquier defensa nueva que no hubiera introducido en tal oportunidad. La segunda, en cambio, precluye la posibilidad de litigar cualquier cuestión (*issue*) discutida y efectivamente decidida en el primero proceso, resultando indiferente al efecto que la segunda demanda sea promovida con fundamento en la misma causa que diera lugar a aquel⁵.

Sentada esta primera distinción, cabe apuntar que cada una de dichas doctrinas puede –a su turno- ser subdividida en dos nuevas nociones. Con respecto a la *claim preclusion* es posible identificar dos conceptos operativos según el efecto que causan con respecto a la segunda acción propuesta: *merger* (fusión) o *bar* (impedimento, prohibición). Ambos difieren sólo en que el primero se aplica

ss; del mismo autor “Cosa giudicata e preclusione”, en “Saggi di diritto processuale (1894-1937)”, Volume terzo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 231 y ss.; LIEBMAN, Enrico T. “Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)”, Nueva reimpression de la 1era. edición, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983; SATTA, Salvatore “Gli effetti secondari della sentenza”, Riv. Dir. Proc., 1934, pp. 251 y ss.; CARNELUTTI, Francesco “Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”, Riv. Dir. Proc., 1935, pp. 205 y ss.; ALLORIO, Enrico “Natura de la cosa giudicata”, Riv. Dir. Proc., 1935, pp. 215 y ss.; LIEBMAN, Enrico T. “Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata”, Riv. Dir. Proc., 1936, pp. 237 y ss. CARNELUTTI, Francesco “Bilancio di una polemica”, Riv. Dir. Proc., 1937, pp. 78 y ss; PROTO PISANI, Andrea “Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1971, pp. 1216 y ss.; LIEBMAN, Enrico T. “Effetti della sentenza e cosa giudicata”, Riv. Dir. Proc., 1979, pp. 1 y ss; LIEBMAN, Enrico T. “Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche”, Riv. Dir. Proc., 1980, pp. 1 y ss; FAZZALARI, Elio “Il cammino della sentenza e della ‘cosa giudicata’”, Riv. Dir. Proc., 1988, pp. 589 y ss.; CARPI, Federico “L’efficacia ‘ultra partes’ della sentenza civile”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974; ALLORIO, Enrico “La cosa giudicata rispetto ai terzi”, Ristampa, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992; PUGLIESE, Giovanni “Giudicato civile (diritto vigente)”, voz en “Enciclopedia del diritto”, XVIII, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969, pp. 785 y ss.; MENCHINI, Sergio “Regiudicata civile”, voz en “Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile”, XVI, UTET, Torino, 1997.

⁴ Conf. FRIEDHENTAL, Jack H. – KANE, Mary K. – MILLER, Arthur R. “Civil Procedure”, Ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1985, pp. 606 y ss; COUND, John J. - FRIEDHENTAL, Jack H. - MILLER, Arthur R. – SEXTON, John E. “Civil Procedure”, Eight edition, West Group, St. Paul. Minn., 2001, pp. 1223 y ss.; YEAZELL, Stephen C. “Civil Procedure”, Fifth edition, Aspen Law & Bussines, New York, pp. 797-798. Utilizaremos esta terminología para evitar las ambigüedades y confusiones que se presentan cuando se recurre a la de *res judicata en sentido amplio*. Dejando a un lado el término *former adjudication* y asumiendo la de *res judicata en sentido amplio*, HAZARD, Geoffrey. C. – TAIT, Colin C. – FLETCHER, William A. “Pleading and procedure. State and Federal”, Eight edition, Foundation Press, New York, 1999, p. 1285; FIELD, Richard H. – KAPLAN, Benjamin – CLERMONT, Kevin M. “Materials for a basic course in civil procedure”, Eighth edition, Foundation Press – Thomson West, New York, 2003, p. 652; FLEMING, James – HAZARD, Geoffrey C. – LEUBSDORF, John “Civil Procedure”, Fifth edition, Foundation Press, New York, 2001; p. 673; CLERMONT, Kevin M. “Civil Procedure”, West Group, St. Paul. Minn., 1999. En igual sentido, refiriéndose al conjunto de reglas que se aplican en este ámbito como *finality rules*, TEPLY, Larry. L. – WHITTEN, Ralph U. “Civil Procedure”, Second edition, Foundation Press, New York, 2000, pp. 897-898. Reconociendo la ambigüedad del término *res judicata* pero utilizándolo por razones estilísticas, CASAD, Robert C. “Res judicata in a nutshell”, West. Publishing Co., St. Paul. Minn., 1976, pp. 5-6; VOLPINO, Diego “L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana”, CEDAM, Padova, 2007, pp. 1-3.

⁵ Ver por todos, FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “Civil Procedure”, op. cit. nota 4, pp. 607.

cuando el actor ha vencido en el primer proceso, y por ello se considera que su segunda acción ha resultado “fundida en” o “absorbida por” la primera; mientras que el segundo concepto se utiliza cuando el actor ha sido derrotado, y por tanto se dice que tal resultado “impide” o “prohíbe” la posibilidad de seguir adelante con el nuevo proceso⁶.

En cuanto hace a la doctrina de la *issue preclusion*, admite una distinción que -según veremos más adelante- deriva en consecuencias prácticas de mayor importancia. En este orden puede identificarse por un lado el *direct estoppel* (impedimento directo) y por otro el *collateral estoppel* (impedimento colateral). El *direct estoppel* se produce cuando la decisión que se invoca como impedimento frente a la acción del actor ha sido dictada en un proceso previo originado en la misma *cause of action*; mientras que el *collateral estoppel* se presenta cuando la decisión que se invoca para impedir la discusión en la segunda causa ha recaído en un litigio previo con diversa *cause of action*⁷.

Más allá de las variables que pueden presentarse en la aplicación de todos estos conceptos, cabe adelantar que ellos encuentran apoyo fundamental en el principio de finalidad (*principle of finality*) que rige en el sistema procesal norteamericano. El mismo tiene por objetivo poner fin a los litigios, respondiendo a la exigencia de proteger los distintos intereses (públicos y privados) que se presentan en disputa con mayor o menor intensidad dependiendo del caso concreto. En términos generales, dichos intereses giran en torno a: (i) optimizar la economía del sistema, tanto en tiempo como en dinero; (ii) evitar adjudicaciones inconsistentes; y (iii) conjurar el potencial riesgo de inestabilidad e incertidumbre que se derivaría de la posibilidad de volver a discutir indefinidamente sobre asuntos ya juzgados⁸.

En este orden, también resulta importante subrayar dos cuestiones que serán de utilidad para los desarrollos que siguen. La primera de ellas es que mientras entre nosotros se tiende en general a discutir sobre la doctrina de la cosa juzgada en términos negativos (esto es, como barrera a la proposición de nuevas demandas por quien resultó perdedor en el primer proceso), en el derecho estadounidense -como veremos- la doctrina de la *former adjudication* adquiere un significado mucho más amplio⁹. La segunda cuestión es que en el sistema procesal civil norteamericano las normas jurídicas resultan aplicadas con especial consideración a las circunstancias particulares del caso concreto. Una consideración mucho más estricta que aquella a la cual estamos acostumbrados en la Argentina. Sucede que en aquel escenario el derecho es concebido como un fenómeno histórico en permanente evolución, lo que implica caracterizarlo como dinámico, incompleto y dependiente del contexto cultural en el cual se encuentra inserto. En función de ello, el principal problema que se plantea al juez gira en torno al modo de enunciar y justificar sus conclusiones de modo que resulten aceptables para los litigantes y la sociedad. Y en el ejercicio de dicha tarea su razonamiento es prevalentemente práctico. Esta última premisa -planteadas por cierto en términos muy generales¹⁰-

⁶ Conf. VIGORITI, Vincenzo “*Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.*”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970, pp. 126-127; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 900-901; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 244.

⁷ Conf. TARUFFO, Michele “*Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*”, voz en “*Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*”, UTET, Torino, 1990, Tomo VI, pp. 324 y ss., en especial pp. 379-380; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 122; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 245. Sobre la noción de *cause of action* ver *infra* apartado 3.-b). Según veremos el *collateral estoppel* admite a su vez una nueva sub distinción según qué uso se pretenda hacer del mismo (defensivo u ofensivo). Ver al respecto *infra* apartado 5.

⁸ Conf. TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 897-898; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 1-3; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 246-247; SUBRIN, Stephen N – MINOW, Martha L. – BRODIN, Mark S. – MAIN, Thomas O. “*Civil Procedure. Doctrine, practice, and Context*”, Aspen Law & Bussines, New York, 2000, p. 886; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 656-657; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. Cit. nota 4, pp. 81-85.

⁹ SUBRIN – MINOW – BRODIN – MAIN “*Civil Procedure...*”, op. cit. nota 8, pp. 883-884.

¹⁰ Para ampliar puede consultarse, entre otros, SUMMERS, Robert S. “*Lo strumentalismo pragmatico e la teoria americana del diritto. Una sintesi*”, Riv. Dir. Proc. 1983, pp. 1083 y ss.; DAMASKA, Mirjan R. “*The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*”, Yale University Press, New Haven and London, 1986, en especial pp. 57-65 y 133-142; HAZARD, Geoffrey C – TARUFFO, Michele “*La giustizia civile negli Stati Uniti*”, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 85-100. Sobre la importancia de tomar en consideración el contexto social y político en que se incardina cualquier instituto jurídico que se pretenda trasladar a otro ordenamiento, especialmente si se trata de materia procesal, ver KHAN-FREUND, Otto “*Sull’uso ed abuso del diritto comparato*”, Riv. Dir. Proc., 1975, pp. 785 y ss.

resulta de particular utilidad para comprender el por qué de la importante casuística y de las innumerables dificultades que se presentan en torno al tema¹¹.

3. La *res judicata* o claim preclusion.

a. Orígenes, finalidades y alcance general de la noción

La doctrina de la *claim preclusion* ingresó al sistema anglosajón desde el derecho romano, principalmente a través de la influencia ejercida por el derecho canónico y el derecho normando. En dicha transición la doctrina portó consigo todo el peso que la tradición romanista confería a la decisión del magistrado en el marco del proceso, entendiendo que era el hecho del *juicio* lo que impedía la posibilidad de plantear posteriores acciones con respecto al mismo conflicto. Para comienzos del siglo XII la doctrina se encontraba ya establecida en Inglaterra¹². Con respecto a sus alcances, por ese entonces el principio tradicional del *common law* establecía que solo debían considerarse abarcadas en la *res judicata* las cuestiones específicamente tratadas en el curso del primer proceso. Esta concepción –que fue trasladada a las colonias de los Estados Unidos de América, donde imperó durante largo tiempo– era reflejo de las restricciones presentes en el sistema de *writs*, caracterizado por una limitada posibilidad de discusión que impuso –siguiendo un sano criterio lógico– la consecuente limitación de los efectos de su resultado en un juicio posterior. En este escenario las partes quedaban habilitadas a proponer una nueva demanda en caso de disponer de pruebas diversas que les permitieran presentar sus pretensiones bajo otra calificación jurídica¹³.

Con el correr de los años dicho criterio restrictivo fue modificado, abriendo paso a una importante extensión de la *res judicata*. La causa de esta evolución puede identificarse en la ampliación de las posibilidades de discusión sobre el objeto de la controversia, producida a su vez con motivo de los nuevos contornos que asumieron diversos institutos procesales¹⁴. Tal desarrollo refleja, en definitiva, la misma lógica que en su momento justificaba el criterio restrictivo antes apuntado¹⁵. En este orden de ideas, cabe subrayar que las reglas actuales en materia de *pleadings* permiten al actor hacer valer en un sólo proceso todas las razones jurídicas que pueda esgrimir en sostén de su pretensión, e incluso modificar sus escritos iniciales. Por otro lado, las disposiciones atinentes al proceso con pluralidad de partes consienten al actor accionar contra todos los posibles demandados, sin importar de que modo éstos hubieran contribuido a causar el conflicto que dispara la promoción de la demanda. Finalmente, la actual regulación del *discovery* (instituto inexistente en el sistema de *writs*) permite al actor indagar sobre todas las posibles pruebas idóneas a fin de sostener su pretensión, e incluso proponer nuevas demandas cuya causa hubiera sido descubierta en dicha etapa procesal¹⁶. Como el demandado cuenta con análogas facultades con relación a sus defensas, excepciones y

¹¹ Señalando que se trata de un campo del derecho sorprendentemente incierto y discutido con relación al cual existe un alto grado de insatisfacción en cuanto a las soluciones conferidas a ciertos aspectos, FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, p. 652.

¹² Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 611-612. Por su parte, PUGLIESE se refiere a un precedente inglés del 1.591 en el cual se invoca el *giudicato* específicamente como un *estoppel* (impedimento), considerándolo como un medio para impedir la duración indefinida de los pleitos y caracterizándolo con las máximas romanas clásicas (PUGLIESE “*Giudicato civile...*”, op. Cit. nota 3, en especial pp. 797-798).

¹³ Conf. HAZARD – TARUFFO “*La giustizia civile...*”, op. Cit. nota 10, pp. 224-225; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 674; SUBRIN – MINOW – BRODIN – MAIN “*Civil Procedure...*”, op. Cit. nota 8, p. 886; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. Cit. nota 4, pp. 137-145. Destacando que aún en estos casos la posibilidad de plantear el segundo proceso solo quedaba habilitada para quien hubiera perdido en el primero (ya que en términos generales el sistema no permitía obtener una doble indemnización por los mismos hechos), CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 19-20.

¹⁴ Conf. TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 898; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 798-799.

¹⁵ Conf. FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 674-675.

¹⁶ Para una portada general sobre el funcionamiento del sistema de *pleadings* y del *discovery* en el sistema estadounidense puede consultarse en general HAZARD – TARUFFO “*La giustizia civile...*”, op. Cit. 10, pp. 125-143. Para una visión comparada con el sistema Inglés y ulteriores referencias bibliográficas, TARUFFO, “*Diritto processuale civile...*” op. Cit. nota 7, pp. 346-360.

pretensiones reconconvencionales, la causa puede ser discutida –al menos hipotéticamente- desde todos sus perfiles posibles¹⁷.

Así las cosas, el principio fundamental se asienta hoy en considerar como garantía suficiente para las partes la posibilidad de discutir sobre el asunto por una sola vez¹⁸; lo cual deriva -a su turno- en el hecho de considerar comprendido en los alcances preclusivos de la *res judicata* no sólo aquello efectivamente tratado y juzgado en la primera discusión, sino también lo que hubiera podido ser materia de debate durante su desarrollo. En tal entendimiento, la doctrina ya no abarca la específica acción propuesta (como ocurría originalmente en el sistema de *writs*) sino la *fattispecie* que ha dado origen al objeto de la discusión¹⁹.

El instituto de la *res judicata* o *claim preclusion* es entendido actualmente en un sentido relativamente simple y su aplicación no crea mayores complicaciones, al menos en línea de principio²⁰. Se considera que su vigencia resguarda tanto el interés público presente en la necesidad de poner fin a las controversias, como el interés privado de no someter a una persona dos veces a una misma pretensión. La finalidad “pública” del instituto cobra especial importancia, en tanto evita el dictado de decisiones inconsistentes, protege los recursos judiciales -que sabiamente se reconocen como un bien finito- y promueve la eficiencia del sistema en beneficio de la sociedad²¹. Tales objetivos se logran a través de la aplicación de la doctrina ignorando resueltamente la justicia sustancial de la decisión que cobija, lo cual refleja una concepción que considera la estabilidad del decisorio más importante que su corrección²².

El rol conferido a esta doctrina resulta fundamental en un escenario drásticamente pragmático como el del proceso civil norteamericano, respondiendo en gran medida al modo de concebir la finalidad del proceso judicial y al papel que se acuerda a éste en el marco de la sociedad: resolver conflictos para mantener la paz social. Por lo demás, la influencia de tales características del sistema de administración de justicia también puede verse manifestada en el ya señalado hecho de considerar comprendido en la noción de *res judicata* no sólo lo discutido en el primer proceso sino también aquello que hubiera podido serlo. Es que tal rigurosa aplicación del instituto impide a las partes fragmentar su caso para promover diversas pretensiones separadas e incentiva la formación del litisconsorcio entre todos los sujetos involucrados en el conflicto.

¹⁷ En razón de ello la doctrina actúa precluyendo incluso la posibilidad del demandado de utilizar en el futuro –con el objeto de atacar la validez del fallo- hechos que en el primer proceso debió haber planteado como fundamentos de una defensa (conf. FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 698-699). En lo relativo a las demandas reconconvencionales (*counterclaims*) la determinación de los alcances preclusivos depende en primer término de la existencia en la jurisdicción de reglas que exijan su planteo bajo pena de perder el derecho de hacerlo en el futuro (se trata de las denominadas *compulsory counterclaims rules*, presentes en la mayoría de las jurisdicciones). En general puede advertirse que tales normas se aplican cuando la reconvencción encuentra causa en los mismos hechos esgrimidos por el actor como fundamento de su pretensión. Más allá de ello, algunos tribunales han considerado precluido el derecho de plantear la reconvencción en situaciones del género aún en ausencia de norma positiva que lo exigiera, siempre con fundamento en las razones de economía procesal y definitividad que informan la materia que nos ocupa. En virtud de estas variables, algunos autores aconsejan efectuar una cuidadosa revisión de los precedentes que rigen el tema en la jurisdicción donde se pretenda actuar (TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 911-915. Sobre el argumento en general, CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 255-256; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 810-817; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 700-701; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, p. 685-686; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. Cit. nota 4, pp. 258-274).

¹⁸ Conf. HAZARD – TARUFFO “*La giustizia civile...*”, op. Cit. nota 10, pp. 226.

¹⁹ Conf. TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. Nota 7, en especial p. 379. En este aspecto se hace referencia a una *rule against splitting a cause of action* (CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, p. 18). Tal regla se aplica también con respecto a los terceros que intervienen en el proceso, imponiéndoles la carga de hacer valer todas sus *claims* bajo pena que ellas resulten precluidas (conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1305-1306).

²⁰ Conf. HAZARD – TARUFFO “*La giustizia civile...*”, op. Cit. nota 10, pp. 224 y ss.

²¹ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 615-616; HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1285.

²² Sobre el argumento, SUBRIN – MINOW – BRODIN – MAIN “*Civil Procedure...*”, op. Cit. nota 8, pp. 885-886.

b. Algunas especificaciones sobre su aplicación en concreto

Las reglas de la *res judicata* han sido formuladas en su gran mayoría por los tribunales, en el marco de un sistema donde escasos estatutos legales o previsiones constitucionales proveen alguna guía específica al respecto²³. Tales reglas fueron desarrolladas para casos específicos y no responden a un esquema conceptual general. Sin perjuicio de ello, un análisis de conjunto puede arrojar algunas conclusiones de principio sobre las cuales la jurisprudencia ha alcanzado un alto grado de consenso. Intentaré presentar dichas líneas de tendencia, advirtiendo que una respuesta definitiva sobre su aplicación en un supuesto en particular exige un análisis más específico y de tipo contingente que no resulta posible efectuar aquí. Enfrentar el problema de este modo puede resultar un tanto incómodo desde estas latitudes. No obstante, la doctrina estadounidense ha señalado que tal concepción implica sacrificar la elegancia doctrinal en pos de incrementar la previsibilidad y certeza del resultado del proceso²⁴.

En concreto, los principios establecidos sobre la cuestión pueden agruparse en referencia a dos grandes temas: (i) la definición de los alcances de la noción tradicional de *cause of action*, utilizada modernamente en modo intercambiable con la de *claim*; y (ii) las características que debe reunir la primera decisión para poder ser utilizada a fin de precluir la posibilidad de proponer el segundo proceso²⁵.

La determinación de qué se entiende comprendido en el concepto de *cause of action* resulta fundamental toda vez que -según ya señalé- la *res judicata* sólo puede invocarse para detener una acción fundada en la misma causa sobre la cual recayó una adjudicación previa. Dicha tarea (que era relativamente sencilla en el sistema tradicional del *common law*, ya que por entonces cada acción se correspondía exclusivamente con una *cause of action*), comenzó a complicarse con la fusión entre las jurisdicciones *at law* y *equity*, así como también con motivo de la consecuente ampliación que dicho fenómeno produjo en los posibles objetos de la acción y en los tipos de remedio que podían solicitarse a los jueces. Tal es así que ninguna definición precisa del concepto de *cause of action* ha ganado aceptación universal,²⁶ aún cuando se estima que su delimitación es el aspecto más crítico que presenta la doctrina²⁷.

En términos generales, las propuestas de la doctrina y la jurisprudencia para aproximarse al núcleo del concepto pueden distinguirse como integrantes de dos escuelas de pensamiento. La primera de ellas sostiene el denominado *transactional approach*. La clave de esta concepción se encontraría en determinar si la eventual segunda sentencia puede entrar en contradicción con lo resuelto en el proceso anterior, haciendo depender de tal circunstancia la posibilidad de oponer la doctrina de la *claim preclusion* para evitar la prosecución de la acción. La segunda escuela propone un acercamiento más estrecho a la noción de *cause of action*, poniendo énfasis en la necesidad de identificar si el derecho o tipo de daño es igual en ambas acciones, sin importar la eventual falta de consistencia entre la primera y la segunda sentencia. La postura transaccional es la que se ha impuesto con el paso del tiempo, aunque no en todas las jurisdicciones²⁸.

²³ Conf. FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, p. 652. No obstante, cabe dejar en claro que la jurisprudencia ha reconocido expresamente la posibilidad que ciertos estatutos califiquen o abroguen la aplicación de las reglas de la *claim preclusion* en orden a las específicas finalidades perseguidas a través de su dictado. Ver al respecto *infra* apartado 6.

²⁴ Lo cual resultaría justificado por la razón de que en ningún dominio del derecho tales valores son más importantes que en el de la *res judicata* (conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 629).

²⁵ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 616.

²⁶ Para ilustrar tal dificultad se ha sostenido que determinar *lo que hubiera podido litigarse* en el primer proceso implica “abandonar el mundo del trabajo cotidiano para embarcarse en el maravilloso reino de las palabras” (conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 620-621).

²⁷ Conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, pp. 1304-1305.

²⁸ Conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, pp. 1286-1305; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 902-904. Señalando en su oportunidad la tendencia hacia la primacía de la primera de las escuelas, TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. nota 7, p. 379. Para ampliar sobre la evolución del concepto ver FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 621-629; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 21 y ss.; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 252-253; SUBRIN – MINOW – BRODIN – MAIN “*Civil Procedure...*”, op. Cit. nota 8, pp. 887-889; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 806-809; FLEMING – HAZARD –

Debido a la importante casuística generada en torno al tema, y a fin de no circunscribir los límites de la doctrina en estudio a una definición que de todos modos no podría abarcar su entero significado, en lugar de intentar una conceptualización de *cause of action* resulta de mayor utilidad tener presente que sus alcances dependen fundamentalmente de dos factores: (i) el nivel de amplitud de las reglas procesales; y (ii) el grado de compromiso que pueda tener el tribunal que actúa en el caso concreto con el objetivo general de promover la economía procesal²⁹. En virtud de la actual diagramación del proceso federal norteamericano (y del modo de entender el rol del sistema de justicia en el marco de la sociedad), la jurisprudencia tiende en general a definir el concepto de *claim* o *cause of action* del modo más amplio posible. Esto permite a los jueces, si se me permite la expresión, considerar incluida *la mayor cantidad de conflicto posible* como objeto del primer proceso y, por tanto, evitar la reproducción de litigios cuando se ha dejado pasar la ocasión oportuna para discutir sobre el asunto.

En cuanto al segundo de los grandes temas que han sido abordados por la doctrina y la jurisprudencia para determinar los alcances de la *res judicata* (esto es, las particulares características que debe reunir la primera decisión), se entiende necesario que el proceso original provea una justa y completa posibilidad de litigar sobre las pretensiones que van a ser precluidas. A tal fin se pone el centro de atención sobre el aspecto formal de los procedimientos, exigiendo que aquella primera decisión resulte válida, final y recaiga sobre el mérito. La *validez* de la primera sentencia se refiere fundamentalmente a la jurisdicción y competencia de la corte que la dictó, tanto con relación al objeto de la pretensión como a las personas involucradas. Con relación a este aspecto cabe señalar que resulta indiferente la existencia de vicios que hubieran podido ser subsanados en el proceso por intermedio de las vías habilitadas al efecto (recursivas o de otro tipo, agrupadas bajo el rótulo de *direct attack*)³⁰. El carácter *final* de la decisión se asienta en el hecho que nada más quede por resolver sobre las pretensiones de las partes, resultando indiferente que la sentencia se encuentre firme o reste aún la posibilidad de apelarla³¹. Por último, el requisito de que la sentencia recaiga *sobre el mérito* se considera cumplido cuando ella resuelve el proceso con fundamento en el grado de atendibilidad de las pretensiones de las partes y no en cuestiones técnicas procesales³². No obstante, cabe subrayar que en ciertas ocasiones se ha considerado aplicable la doctrina aún cuando la decisión que pone fin al pleito hubiera recaído sobre cuestiones procesales, siempre que la parte hubiera tenido adecuada oportunidad de defenderse sobre el mérito del asunto³³.

Finalmente, cabe señalar que la *res judicata* opera en el proceso como una defensa afirmativa (*affirmative defense*) y, en cuanto tal, debe ser planteada oportunamente por la parte que intenta

LEUBSDORF "Civil Procedure", op. Cit. nota 4, pp. 684 y 686-698; FIELD – KAPLAN – CLERMONT "Materials...", op. Cit. nota 4, pp. 673-674; VOLPINO "L'oggetto del giudicato...", op. Cit. nota 4, pp. 145-179.

²⁹ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 621.

³⁰ De este modo, incluso una sentencia dictada por un tribunal incompetente puede resultar *válida* a los efectos de precluir eventuales procesos si la parte perjudicada contaba con vías adecuadas para subsanar el defecto y omitió actuar oportunamente (conf. FIELD – KAPLAN – CLERMONT "Materials...", op. Cit. nota 4, pp. 654-655).

³¹ Conf. al respecto YEAZELL "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 827-828; PUGLIESE "Giudicato civile...", op. Cit. nota 3, p. 798. Cabe advertir que en el ámbito estadual la jurisprudencia no es conteste, lo cual hace posible la configuración de particulares complicaciones cuando la sentencia que se invoca para fundar la *claim preclusion* es efectivamente apelada (conf. FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF "Civil Procedure", op. Cit. nota 4, p. 678). De cualquier manera, se trata de una importante diferencia con los alcances que la doctrina adquiere entre nosotros (ver también TEPLY – WHITTEN "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 899-900; FIELD – KAPLAN – CLERMONT "Materials...", op. Cit. nota 4, p. 655).

³² Para ampliar sobre los perfiles que estos requisitos han adquirido en la jurisprudencia puede consultarse en general FRIEDHENTAL – KANE – MILLER "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 641-655; CLERMONT "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 248-250 y 254; YEAZELL "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 827-834; FIELD – KAPLAN – CLERMONT "Materials...", op. Cit. nota 4, p. 674-685. Señalando que el último de los mencionados factores ha perdido gran parte de su importancia al resultar difícil que una sentencia de contenido procesal quite a las partes la posibilidad de hacer valer sus derechos, TARUFFO "Diritto processuale civile...", op. Cit. nota 7, p. 379. En igual sentido, criticando su justificación frente al actual diagrama del proceso civil que habilita una amplia posibilidad de corregir los *pleadings*, TEPLY – WHITTEN "Civil Procedure", op. cit. nota 4, pp. 905-907.

³³ Conf. TARUFFO "Diritto processuale civile...", op. Cit. nota 7, p. 379. Según algunos autores este requisito debería descartarse actualmente como configurativo de la *claim preclusion* (FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF "Civil Procedure", op. Cit. nota 4, p. 702).

servirse de ella bajo pena de considerarse renunciada y abrir paso a la oportunidad de discutir nuevamente sobre el asunto. Sin embargo también en este aspecto del tema encontramos las excepciones que confirman la regla, ya que en algunos casos los tribunales han dispuesto de oficio la aplicación de la doctrina con fundamento en razones de economía procesal³⁴.

4. El collateral estoppel o issue preclusion

a. Orígenes, finalidades y alcance actual de la noción

A diferencia de lo ocurrido con la *claim preclusion*, la doctrina de la *issue preclusion* ingresó al sistema legal inglés desde el ordenamiento germánico. En el marco de este último los procesos eran antiguamente caracterizados por el hecho de poner un fuerte énfasis en los procedimientos, los cuales eran controlados mayormente por las partes involucradas en el conflicto. En general, los juicios no eran concluidos por medio de los fallos de las cortes sino por las públicas, solemnes e irrevocables declaraciones de los propios litigantes. De allí que originariamente el *estoppel* prohibía a una persona contradecir lo que había afirmado previamente y también connotaba que una parte se encontraba limitada por sus propias admisiones³⁵.

Si bien la doctrina del *estoppel* convivió originalmente en el derecho inglés con la de la *res judicata*, su evolución resultó mucho más accidentada. En primer término, fue transformada para devenir en la noción de *estoppel by record*, entendiendo por tal una presunción incontestable sobre la verdad de las afirmaciones contenidas en los registros de las Cortes del Rey. En su nuevo rol, la doctrina era utilizada para mantener la preeminencia de estos tribunales sobre los demás (que no contaban con tales registros formales). Sin embargo, en esta mutación el *estoppel* perdió justamente aquella nota que lo caracterizaba: el descansar sobre las declaraciones de las partes como productoras de la preclusión frente a eventuales procesos. El instituto pasó a ser utilizado como una herramienta más para proteger la “sacralidad” de los pronunciamientos judiciales -al igual que la doctrina de la *res judicata*-, lo cual llevó a considerar que se trata de dos brazos de una misma doctrina³⁶. Trasladada a las colonias norteamericanas, la *issue preclusion* encontró respaldo en la necesidad de preservar el carácter definitivo de los fallos judiciales y en el objetivo de optimizar la economía del sistema, evitando para ello la reproducción de litigios sobre una misma cuestión. Su aparición en escena con este perfil se remonta a un *leading case* del año 1.876³⁷.

Según veremos a continuación, aún cuando la doctrina no precluye el replanteo completo de una acción (papel reservado a la *claim preclusion*), actúa como instrumento simplificador en la tarea de resolución de disputas al considerar incontestable en un eventual proceso aquellas *issues* que hubieran sido efectivamente discutidas y resueltas en una causa previa donde, además, hubieran sido necesarias para la determinación de los derechos en juego. Lo más interesante es que ello ocurre independientemente de que la segunda acción sea promovida con motivo de la misma *cause of action* que sirvió de causa a la anterior, e incluso sin exigir que el segundo proceso se entable entre las mismas partes que concurrieron al primero. Dichas particularidades derivan en dos importantes consecuencias relativas a la aplicación de la *issue preclusion*. La primera es el mayor campo de actuación de la doctrina en comparación con la *res judicata*, toda vez -aún respondiendo a las mismas finalidades- puede ser invocada en contextos ajenos a esta última³⁸. La segunda consecuencia

³⁴ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 617-619; HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1307; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, p. 263-264; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 247.

³⁵ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 611-612, quienes destacan que en aquellos sistemas de *civil law* tributarios en modo casi exclusivo del derecho romano no aparece ninguna noción que se corresponda con la del *estoppel*. No obstante, TARUFFO identifica algunas situaciones similares en el derecho italiano (ver TARUFFO, Michele “*Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni (II)*”, Riv. Dir. Proc., 1972, pp. 272 y ss.).

³⁶ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 612-613.

³⁷ “*Cromwell v. County of Sac*”, 94 U.S. 351 (1876). Ver al respecto TARUFFO, Michele “*Collateral estoppel’ e giudicato sulle questioni*”, Riv. Dir. Proc., 1971, pp. 651 y ss., en especial p. 654; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. Cit. nota 4, pp. 289-300.

³⁸ Al respecto se ha señalado ilustrativamente que el *estoppel* tiene una mordida más angosta pero a la vez más profunda que la *res judicata* (“*a narrower but deeper bite*”, YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 834).

(estrechamente relacionada con la anterior y con la garantía de debido proceso legal) se advierte en el establecimiento de fuertes límites a su aplicación por parte de la jurisprudencia, la cual exige la configuración de ciertos requisitos que no son necesarios para que pueda operar la *res judicata*³⁹.

b. Algunas especificaciones sobre su aplicación en concreto

La aplicación de la doctrina impide una nueva discusión sobre cuestiones idénticas tratadas en una causa anterior. En virtud de ello (y así como en la doctrina de la *claim preclusion* el problema principal pasa por determinar la identidad de *claims* o *causes of action* entre ambos procesos), la doctrina de la *issue preclusion* exige determinar qué cosa se entiende por identidad de *issues*. Aún cuando no se trata de una tarea fácil, puede decirse que existe acuerdo en que la determinación del grado de coincidencia entre dos cuestiones depende típicamente de consideraciones coyunturales relativas a identidad fáctica, estándares legales y nivel de las cargas que se impongan sobre las partes en el marco de los dos procesos⁴⁰.

En cuanto al criterio de identidad fáctica, la aplicación de la doctrina se realiza en términos estrictos. Incluso el paso del tiempo y el cambio de circunstancias entre un proceso y otro pueden evitar el *estoppel* si el tribunal considera que la influencia de ambos factores sobre la cuestión torna necesario volver a discutir al respecto⁴¹. En este orden, se ha señalado la importancia de cotejar ambas acciones para evaluar si existe superposición de pruebas y/o argumentos jurídicos⁴². En un segundo nivel de análisis, aún cuando la cuestión se presente como fácticamente idéntica en ambos procesos, las diferencias en la distribución de la carga de la prueba y/o en los estándares previstos para su valoración pueden ser motivo suficiente para no aplicar la doctrina. Ello así en tanto el juego de tales factores influye en forma determinante sobre el resultado de la causa, habilitando potencialmente a las partes a obtener uno diverso en la nueva discusión⁴³.

Tradicionalmente el instituto de la *issue preclusion* también exigía como condición esencial de aplicación que la cuestión hubiera constituido un hecho principal en el primer proceso (*ultimate facts*)⁴⁴. Restrindiendo de este modo su aplicación se procuraba asegurar que las partes tuvieran plena conciencia de las eventuales consecuencias que podían derivarse de la sentencia que resuelve la cuestión en la causa primigenia. En virtud de que la distinción entre hechos principales y secundarios

³⁹ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 658-661; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 915; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 123-124. Sobre este punto algunos autores han sugerido que las causas de la aplicación estricta de la doctrina puede encontrarse en la concepción que se tiene en los Estados Unidos con respecto al proceso civil, el que es entendido como un instrumento de resolución de conflictos y control social al cual resulta indiferente el descubrimiento de la verdad de los hechos. En opinión del autor, esto explicaría por qué los magistrados se resisten a trasladar a una causa los descubrimientos efectuados sobre determinados hechos en el marco de otra (YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 839).

⁴⁰ FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 662. Brindando algunos parámetros de guía en torno a dichos factores, TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 916-917; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 258-259. Remarcando especialmente las dificultades presentes en la identificación de la *issue*, TARUFFO, Michele “*Collateral estoppel...*”, op. Cit. nota 37, en especial pp. 658-659.

⁴¹ Este criterio también resulta sujeto a las particularidades del caso. En efecto, no es lo mismo que en el primer proceso la cuestión determinada se refiera a un hecho duradero (la existencia del Monte Everest) o a uno que pueda cambiar con el transcurso del tiempo (la incapacidad transitoria para celebrar un contrato). En el primer supuesto se genera una presunción a favor de quien invoca el *estoppel* respecto a que la condición de identidad se mantiene en el presente, y por tanto será la parte frente a quien se opone la doctrina quien deberá demostrar cambios en las circunstancias de tal magnitud que le permitan enervar su aplicación (conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 663-664).

⁴² Conf. FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 696-697.

⁴³ TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 927-928. El ejemplo paradigmático se presenta con relación a las acciones civiles y penales. Con motivo del diverso estándar de valoración que rige en tales ámbitos (*preponderance of evidence* y *beyond any reasonable doubt*, respectivamente), el sistema norteamericano habilita -en línea de principio- la utilización de la *issue preclusion* en una causa civil para evitar la discusión sobre una cuestión resuelta en modo adverso al imputado en una causa penal; mientras que impide invocar tal doctrina en una causa penal con fundamento en una cuestión resuelta en modo adverso a los intereses del demandado en una causa civil (sobre el argumento ver YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 835-836).

⁴⁴ Conf. VIGORITI, Vincenzo “*Garanzie costituzionali del processo civile...*” op. Cit. nota 6, pp.129-130.

en muchas ocasiones no resultaba fácil, algunos autores y cierta jurisprudencia propugnaron el abandono de esta terminología⁴⁵.

En este orden, se sostuvo la conveniencia de apoyar la restricción sobre la base de la noción de previsibilidad (*foreseeability*), entendida como la posibilidad de la parte de prever que la cuestión puede ser invocada en futuros litigios⁴⁶. El razonamiento que subyace en esta postura puede plantearse en los siguientes términos: (i) una *issue* secundaria en un proceso determinado puede resultar descuidada por las partes al no influir en el resultado pretendido; (ii) no obstante, ella puede resultar esencial para la suerte de otra causa; (iii) si una resolución incidental sobre tal cuestión en el primer proceso pudiera invocarse en el segundo para precluir la discusión al respecto, se arribaría a un resultado injusto para quien descuidó su atención teniendo en cuenta la menor importancia que revestía en el contexto procesal donde originalmente fue planteada (falta de atención que puede deberse a razones de estrategia procesal o de costos, entre otras). Así, se considera que el requisito de previsibilidad confiere a las partes la posibilidad de prestar especial atención a la cuestión y -por tanto- evitar sorpresas indeseadas en futuros procesos, actuando al mismo tiempo como un incentivo para optimizar el nivel de la discusión. Este modo de enfrentar el problema cuenta actualmente con un nivel de aceptación generalizada en las cortes⁴⁷.

En otro orden, se ha planteado en términos generales que la doctrina sólo resulta aplicable cuando se trata de cuestiones de hecho (*issues of fact*) y no de derecho (*issues of law*)⁴⁸. Esta concepción -que no se presenta libre de ambigüedades debido a lo difícil que resulta distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho⁴⁹- se sustenta en la premisa que las cuestiones de derecho son generales por naturaleza, mientras que la doctrina de la *issue preclusion* tiene por finalidad aplicarse en términos restrictivos a decisiones muy específicas⁵⁰. El principal riesgo que se pretende evitar a través de este entendimiento es la producción de injusticias, sea con motivo de cambios legislativos o bien por la invocación del *estoppel* en el marco de una causa con hechos absolutamente diversos a aquellos en función de los cuales la cuestión de derecho fue resuelta. Respetando esta finalidad, el espíritu pragmático del sistema norteamericano ha permitido una evolución jurisprudencial que -relativizando tal estricta limitación- permite actualmente la utilización del *estoppel* -en términos bastante amplios- con fundamento en cuestiones de derecho⁵¹.

⁴⁵ En este orden, algunos han señalado que la supuesta diferencia entre *ultimate* y *mediate facts* puede hacerse aparecer o desaparecer dependiendo de cómo el hecho sea descripto (FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 708).

⁴⁶ FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, en especial pp. 667 y 675; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 926-927; TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. cit. Nota 7, p. 380; del mismo autor, “*Collateral estoppel...*”, op. cit. nota 37, en especial pp. 673-674.

⁴⁷ Conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1312.

⁴⁸ Conf. TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. cit. Nota 7, p. 380. Con relación a este aspecto de la cuestión resulta necesario diferenciar entre la doctrina de la *former adjudication* en general y las de *stare decisis*, *double jeopardy*, *law of the case* y *judicial stoppel*. Entiendo que reviste particular importancia la distinción del argumento que nos ocupa con relación a la doctrina del *stare decisis* toda vez que -a pesar de transitar ambas por carriles diversos- algunos autores han considerado entre nosotros que esta última genera influencia sobre los alcances del instituto de la cosa juzgada en el sistema anglosajón (ver KNAVS, Verónica – HERRÁN, Maité “*Problemas que suscita la legitimación y la cosa juzgada en los procesos colectivos*”, D.J. 28/03/07, pp. 780 y ss.). Al respecto puede consultarse FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 609-611; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 970-974; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 6-17. También se refieren al punto CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 245-246; SUBRIN – MINOW – BRODIN – MAIN “*Civil Procedure...*”, op. cit. nota 8, p. 886; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 679-680; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. cit. nota 4, pp. 3-42.

⁴⁹ La principal razón de esta dificultad es que las cortes norteamericanas no se preocupan por tales cuestiones aisladamente, sino sólo en la medida que las segundas se aplican en determinadas circunstancias que resultan determinadas por las primeras. Algunos han tildado esta distinción de “artificial” (FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 710).

⁵⁰ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 667. Los autores señalan que la afirmación de que las cuestiones de derecho (*issues of law*) merecen un tratamiento diverso a las cuestiones de hecho (*issues of fact*) presenta uno de los problemas más complejos en la tarea de delimitar los alcances de la doctrina en estudio.

⁵¹ El *leading case* que establecía la prohibición de aplicar el *collateral estoppel* a cuestiones de derecho era “*United States v. Moser*”, 266 U.S. 236 (1924). El quiebre con la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho entendida como barrera automática a la aplicación de la doctrina puede identificarse en “*United States v. Stauffer Chem. Co.*”, 464 U.S. 165

Presentadas las características que debe adquirir la *issue* para que pueda invocarse la doctrina del *collateral estoppel*, resulta necesario avanzar sobre otros dos requisitos que la jurisprudencia norteamericana ha exigido tradicionalmente para habilitar su aplicación⁵². Ellos implican la necesidad de que la persona que pretende utilizar el *estoppel* demuestre: (i) que la cuestión fue litigada y decidida en el proceso anterior (*actual litigation requirement*); y (ii) que ella era necesaria o esencial para la decisión de fondo en tal oportunidad.

La exigencia de efectiva discusión y resolución de la *issue* deriva del hecho que la doctrina no opera sobre cuestiones que hubieran podido ser litigadas pero no lo fueron. Esta premisa es una de las principales diferencias entre la doctrina en estudio y la *claim preclusion*. La consecuencia más importante que se deriva es dejar fuera del ámbito del *estoppel* las cuestiones que hubieran sido objeto de una transacción o de concesiones previas al juicio para evitar el contradictorio sobre ellas⁵³. Fuera de estos casos, la determinación de si la *issue* fue objeto de contradictorio y decisión en el primer proceso puede no exhibir mayores problemas si la lectura de la sentencia hace referencia a tales circunstancias o bien permite advertir claramente su configuración. Por el contrario, las mayores dificultades se presentan cuando una cuestión es planteada en los escritos postulatorios de las partes pero el fallo no hace referencia expresa a su discusión o decisión. En estos supuestos la carga de demostrar la presencia de ambos extremos recae sobre la parte que invoca la doctrina, quien para ello puede argumentar sobre las inferencias realizadas por el juez en la primera causa o bien –en caso de resultar imposible desandar el camino inferencial con motivo de la complejidad del caso- acudir a pruebas extrínsecas al registro formal de la corte⁵⁴.

El segundo de los requisitos mencionados exige al tribunal que debe juzgar sobre la aplicación de la doctrina corroborar que la cuestión era necesaria o esencial para el fallo definitivo recaído en el proceso anterior. Esto es, que sirvió de soporte al resultado final entonces obtenido⁵⁵. Como consecuencia de tal exigencia, las cuestiones incidentales y aquellas orientadas a proveer prueba para la decisión del objeto principal de la causa no producen efecto de *collateral estoppel*⁵⁶. Este recaudo

(1984). Sobre la postura tradicional, TARUFFO, Michele “*Collateral estoppel*’...”, op. Cit. nota 37, en especial pp. 660-661. Para la evolución y la situación actual, FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 668-671; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 925-926; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato*...”, op. Cit. nota 4, pp. 302-312; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 710-712). Sugiriendo que la moderna postura de frente al tema puede encontrar causa en la flexibilización del principio del *stare decisis*, HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure*...”, op. cit. nota 4, p. 1312.

⁵² Requisitos en referencia a los cuales se ha advertido que resultan más fáciles de exponer que de aplicar en concreto (FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 671). Al respecto, TARUFFO, Michele “*Collateral estoppel*’...”, op. Cit. nota 37, en especial pp. 662-669.

⁵³ En general, VOLPINO “*L’oggetto del giudicato*...”, op. Cit. nota 4, pp. 321-331 y 340-348. Por lo demás es importante señalar que la exigencia de este requisito da lugar al juego de importantes decisiones estratégicas: las partes pueden preferir *perder en lo chico para ganar en lo grande*, concediendo en un caso concreto la razón sobre la *issue* en disputa a través de alguno de tales medios alternativos de solución del conflicto con el objetivo de evitar una eventual utilización por parte de terceros a través de la invocación del *offensive collateral estoppel* en futuros procesos, aún a sabiendas que tal conducta los condena indefectiblemente a perder el pleito en concreto (sobre el argumento y las diversas consideraciones que se toman en cuenta para optar entre litigar o transigir sobre la *issue* puede verse HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure*...”, op. cit. nota 4, pp. 1313 y 1333-1334; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 917-918; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials*...”, op. Cit. nota 4, p. 699-701).

⁵⁴ No obstante que la posibilidad de acudir a prueba externa al registro de la corte se encuentra generalmente aceptada, su utilización deriva en problemas tales como el tipo de medios pueden utilizarse, si resulta posible presentar prueba en contrario y –aún en caso de admitirse la prueba testimonial- si los miembros del jurado o el juez de la primera causa pueden ser llamados a declarar en tal carácter (ver al respecto FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, en especial p. 674 y sus notas; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp 919-921; CASAD “*Res judicata*...”, op. cit. nota 4, pp. 269-271; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 839-840; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 705-707).

⁵⁵ Conf. TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 921.

⁵⁶ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 675-676; HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure*...”, op. cit. nota 4, p. 1314. En este campo se presentan particulares problemas frente a la presencia de *alternative determinations*. Esto es, cuando la decisión encuentra fundamento en dos cuestiones, cada una de las cuales puede sustentar por sí sola el resultado final. Frente a esta situación la tendencia es considerar que, en línea de principio, ninguna de las dos cuestiones puede dar lugar al *estoppel*. Los argumentos esgrimidos para sostener esta postura son principalmente dos: (i) la presunción que ninguna de ambas cuestiones ha merecido la misma atención y

descansa sobre las mismas preocupaciones que llevaban a exigir tradicionalmente que la *issue* configurara un hecho principal y que -según ya señalé- se apoya actualmente sobre la previsibilidad de su eventual utilización en otro proceso. Más aún, prácticamente pueden presentarse como exigencias superpuestas si no fuera por el hecho de que el requisito de *esencialidad para la decisión* parece orientado a exigir ya no sólo a las partes sino también al juez de los hechos (magistrado o jurado) un especial grado de atención sobre la *issue* en disputa⁵⁷.

Finalmente, cabe señalar que el *collateral estoppel* en su modalidad defensiva funciona -al igual de lo que ocurre con la doctrina de la *claim preclusion*- como una defensa afirmativa (*affirmative defense*) que debe ser planteada oportunamente por la parte que intenta servirse de ella, bajo pena de considerarse renunciada y habilitar una nueva discusión sobre el asunto. No obstante, esta doctrina no se limita a actuar como defensa sino que también puede ser utilizada para fundar una pretensión en contra de quien fue parte en el proceso anterior. Si bien de esta particularidad me ocuparé en el siguiente apartado, puede decirse en términos generales que el modo de operar resulta similar de aquel que adopta en su variante defensiva: si la parte no invoca el *estoppel* y demuestra todos los extremos necesarios para su aplicación, la posibilidad de valerse de la sentencia anterior se considera renunciada (claro que también en este ámbito las razones de economía procesal han llevado a las cortes, en ciertas ocasiones, a aplicar la doctrina aun de oficio como en el caso de la *res judicata*)⁵⁸.

5. Límites subjetivos de ambas doctrinas. La *rule of mutuality*.

En función del principio general que establece los límites subjetivos de la doctrina de la *former adjudication* en sus dos variantes analizadas hasta aquí (*claim preclusion* e *issue preclusion*), los efectos preclusivos propios de aquella se manifiestan cuando el segundo proceso tiene lugar entre las mismas partes que actuaron en el primero, o bien cuando la controversia se produce con quienes se encuentran *in privity* con aquellas. Esta regla encuentra fundamento en la garantía constitucional del *due process of law* (debido proceso legal), la cual impide obligar con una sentencia a quien no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa en el proceso donde ésta fue dictada⁵⁹.

Mientras que la determinación de quiénes han sido parte en el primer proceso resulta una tarea sencilla, no ocurre lo mismo cuando se intenta delimitar en abstracto quienes son los sujetos que se encuentra *in privity* con aquellas. Tan es así que algunos autores han sostenido que ésta última noción configura una mera etiqueta utilizada por los tribunales cuando consideran que existe suficiente identidad de interés entre la parte y el tercero para considerar a ambos ligados por la sentencia. En línea de principio, se sugiere abordar el tema considerando si los hechos que dieron lugar a la primera acción y las circunstancias en que ésta fue planteada permiten considerar que los intereses del tercero

cuidado que aquella que se le hubiera deferido en caso de tratarse de la única posible fundamentación del fallo; y (ii) el carácter disuasivo que una sentencia de este tipo produce en la parte perdedora al momento de apelar, ya que aún existiendo error en una de las cuestiones la obtención de un resultado favorable en la alzada dejaría al decisorio firme con fundamento en la otra (sobre la evolución de la doctrina hasta llegar a esta conclusión y las particulares excepciones que sufre en determinados casos concretos ver TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 922-924; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 842; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 709-710; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 702-704; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. Cit. nota 4, pp. 356-371. Sobre la diferencia entre las *alternative determinations* y las *ambiguous* o *cumulative determinations*, CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 250-251).

⁵⁷ TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. Nota 7, p. 380. A ello puede agregarse el argumento de que las cuestiones que no son esenciales para la decisión raramente pueden configurar objeto de apelación. Aún cuando la posibilidad de apelar la sentencia no configura un requisito *sine qua non* para poder invocarla como causa de *estoppel* en un eventual proceso, tal circunstancia puede impedir el juzgamiento acabado del asunto y -por tanto- torna preferible una nueva discusión en el segundo proceso (conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 675; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 174 y 225-226; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 841-843; VOLPINO “*L’oggetto del giudicato...*”, op. Cit. nota 4, pp. 348-356). En otra posición, considerando como requisito esencial para la configuración del *estoppel* la posibilidad de apelar la resolución originaria, TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 924-925.

⁵⁸ FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 661-662; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 265-269.

⁵⁹ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 682; TARUFFO, “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. Nota 7, p. 380; VIGORITI “*Garanzie costituzionali del processo civile...*” op. Cit. nota 6, pp.131-132.

fueron adecuadamente representados en el caso⁶⁰. Más allá de las complicaciones que se presentan para obtener una definición genérica, resulta posible identificar algunos supuestos paradigmáticos de *privies*. Ellos comprenden: (i) los sucesores en el derecho que fue objeto de discusión en el primer proceso; (ii) quienes fueron sustituidos o representados en éste; y (iii) quienes tenían poder de controlar su desenvolvimiento. La noción también encuentra aplicación en ciertas relaciones de tipo sustancial (fundamentalmente en materia contractual, comercial, de familia y derechos reales), dependiendo su alcance de la regulación de fondo conferida a éstas por los distintos Estados⁶¹.

Fuera del principio general según el cual solo las partes y sus *privies* resultan ligados por el decisorio, puede identificarse un supuesto excepcional que se presenta exclusivamente cuando la aplicación de la *issue preclusion* es solicitada por un tercero frente a quien fue parte en el primer proceso⁶². Tal circunstancia obliga al intérprete a determinar ya no quien resulta ligado (*bound*) por la sentencia, sino quien puede beneficiarse con su dictado. El principio tradicional en la materia se encontraba constituido por la *mutuality rule* (regla de reciprocidad) según la cual el *collateral estoppel* solo podía ser invocado por quienes hubieran podido ser perjudicados por la sentencia en caso de haber sido diverso su resultado. Puesto en otros términos, se consideraba que a menos que ambas partes se encontraran ligadas al resultado de la primera decisión, ninguna lo estaba⁶³.

El fundamento de esta regla descansaba principalmente sobre la directriz política de mantener el principio de igualdad entre las partes y no permitir beneficiarse de un decisorio a quien nada tenía que perder con su dictado⁶⁴. Su aplicación derivaba en que la doctrina del *estoppel* solo podía utilizarse en un segundo proceso cuando las partes fueran las mismas que en el primero⁶⁵. En este sentido, puede advertirse que la regla operaba claramente a favor de las partes originarias, toda vez que les abría la puerta a una segunda oportunidad para discutir sobre la cuestión y obtener un resultado diverso. En definitiva, el balance efectuado por los tribunales se inclinaba en ese entonces por sacrificar la economía del sistema en pos de proteger la garantía de igualdad.

La *mutuality rule* fue rechazada claramente por primera vez en el famoso precedente de la Suprema Corte “*Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav.*”, dictado en el año 1.942⁶⁶. A partir de entonces comenzó la lenta evolución de una doctrina que actualmente puede considerarse prevaleciente⁶⁷. Según ésta, se excluye que la *issue preclusion* pueda operar frente a quienes no han sido parte en el primer proceso debido a que no han tenido oportunidad de hacer valer sus razones; mientras que –como contracara– se admite la invocación de la doctrina por parte de terceros frente a quienes fueron parte en el primer proceso, toda vez que éstos contaron con la efectiva posibilidad de

⁶⁰ Sobre el argumento, FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 683. En igual sentido, HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1317; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 720-721.

⁶¹ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 684-686; TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. Nota 7, p. 380; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 939-945; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 176-202; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 817-827; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 681-683, 714 y 730-738; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 721-725.

⁶² El problema no se presenta en el ámbito de la *claim preclusion* ya que el solo hecho que las partes sean diversas en el segundo proceso determina la inexistencia de identidad entre las *causes of action* y, por tanto, la inaplicabilidad de la doctrina. Por el contrario, resulta perfectamente posible que idénticas *issues* puedan plantearse en procesos separados con diversos sujetos. Al respecto, TARUFFO, Michele “*Collateral estoppel...*”, op. Cit. nota 37, en especial pp. 674-687; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, p. 176; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 843.

⁶³ CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, p. 203.

⁶⁴ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 687. Destacando que esta supuesta injusticia siempre fue “asumida pero no explicada”, CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 202-203.

⁶⁵ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 686-688; TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. Nota 7, p. 380; VIGORITI “*Garanzie costituzionali del processo civile...*”, op. Cit. nota 6, pp.132-135.

⁶⁶ “*Bernhard v. Bank of America Nat. & Sav.*”, 122 P2d 892 (1942). En dicha oportunidad la Suprema Corte se ocupó de señalar con claridad meridiana que no existían razones satisfactorias para sostener la regla de reciprocidad (ver COUND – FRIEDHENTAL – MILLER – SEXTON “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 1284-1288).

⁶⁷ Conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1319; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 930-931; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 725-727.

defenderse⁶⁸. Esta última posibilidad es subrayada como la diferencia más trascendente que puede encontrarse entre la *issue preclusion* y la *res judicata*⁶⁹.

Cabe destacar que el *estoppel* puede utilizarse defensivamente por el demandado y también como fundamento de una pretensión dirigida contra quien fue parte en el primer proceso, si bien la evolución de la doctrina y la jurisprudencia no fue lineal en este aspecto. En un principio se distinguía entre el *defensive collateral estoppel* y el *offensive collateral estoppel*, desechando la aplicación de la *mutuality rule* con relación al primero pero manteniéndola firme como barrera a la utilización del segundo. El fundamento de esta diferenciación residía en evitar una actitud por parte del tercero del tipo “espero y veo que ocurre” (*wait and see attitude*), la cual se consideraba injusta. Otro argumento que se había esgrimido era la necesidad de evitar el peligro de decisiones inconsistentes frente a la existencia de múltiples reclamos, ya que un sólo resultado adverso podía ser utilizado por quienes aún no habían planteado su acción, no obstante la existencia de muchos casos anteriores resueltos en modo diverso⁷⁰. Al resolver la causa “*Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*” en el año 1.971, la Suprema Corte marcó el comienzo del fin de la vigencia de la *rule of mutuality* en la aplicación del *offensive collateral estoppel*⁷¹. Actualmente se considera que las cortes están bien predisuestas a seguir este precedente siempre que no derive en resultados manifiestamente injustos⁷².

Llegados hasta aquí cabe subrayar que para la aplicación del *collateral estoppel* (en cualquiera de sus variantes: ofensiva o defensiva) resulta indiferente la posición asumida en el primer pleito por el sujeto contra quien se invoca. Claro que este asunto también fue motivo de opiniones encontradas. En un primer momento se negaba en términos generales la posibilidad de utilizar el *estoppel* contra quien había sido demandado en el primer proceso, por presumir que ésta siempre se encuentra en desventaja ya que no elige el momento ni el lugar para litigar (téngase presente que los dos precedentes de la Suprema Corte señalados hace un momento involucraban situaciones en las cuales la sentencia primigenia había sido adversa a quienes actuaban como actores en el primer proceso). Más allá que tal limitación fue rechazada por algunos tribunales debido a su generalidad, el hito que receptó definitivamente la posibilidad de utilizar el *estoppel* en modo ofensivo -incluso contra quien había actuado como demandado en el primer proceso- recién puede identificarse en “*Parklane Hosiery Company v. Shore*”, resuelto por la Suprema Corte en el año 1.979⁷³.

En dicha oportunidad el máximo tribunal avaló el abandono definitivo de la *rule of mutuality* en las cortes federales, sustituyéndolo por un estándar discrecional que permite a éstas resolver en cada caso sobre la aplicabilidad de la doctrina en el contexto señalado. No es que las preocupaciones de orden general que otrora se utilizaban como argumentos para fundar su rechazo hubieran desaparecido de escena con el dictado del fallo. Lo que ocurrió es que a partir de tal acontecimiento

⁶⁸ Conf. FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 687-688; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 716; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 730-743.

⁶⁹ Conf. COUND - FRIEDHENTAL – MILLER – SEXTON “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 1225.

⁷⁰ A pesar de haberse superado tal argumento como impedimento absoluto para aplicar la doctrina, los casos de reclamos *en serie* se presentan como uno de los escenarios que mayores dificultades presentan a los jueces en la materia (conf. YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 854. Ver también sobre el punto FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. Cit. nota 4, pp. 704-708). Presentando el problema en términos de aumento del riesgo de derrota en cabeza del demandado, NOTE, “*A Probabilistic Analysis of the Doctrine of Mutuality of Collateral Estoppel*”, 76 Mich. L. Rev. (1978), pp. 612 y ss.

⁷¹ “*Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*”, 402 U.S. 313 (1971). Ver al respecto FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 689-693; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 716-718. El diferente tratamiento recibido por ambos tipos de *collateral estoppel* también fue criticado por considerarse carente de justificación en virtud de la simetría que ambas caras de la doctrina presentan desde el punto de vista económico (conf. POSNER, Richard A. “*Economic analysis of law*”, Sixth edition, Aspen Publishers, New York, 2003, pp. 593-595). Además, existía desde tiempo atrás una importante excepción en el campo de la responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente que, respondiendo al principio general adoptado actualmente, se había expandido sobre diversos campos, socavando en parte la vigencia de la regla (al respecto, CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 204-210).

⁷² Conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, pp. 1333-1334.

⁷³ “*Parklane Hosiery Company v. Shore*”, 439 U.S. 322 (1979).

los tribunales pasaron a ser libres para valorar si tales razones conducen a resultados intolerablemente injustos en cada supuesto particular. En orden a los estándares que deberían apreciarse para efectuar esta valoración axiológica el máximo tribunal señaló la importancia de considerar: (i) la posibilidad del tercero de haber participado en el primer proceso; (ii) si el segundo proceso era suficientemente previsible al momento de desarrollarse el primero, generando en el demandado incentivos suficientes para actuar vigorosamente en tal oportunidad; (iii) si la decisión recaída en el primer proceso es consistente con respecto a otras que pudieran haberse producido con anterioridad frente al mismo demandado⁷⁴; y (iv) si existen en el segundo proceso instrumentos que no hubieran estado disponibles en el primero, con aptitud para habilitar la posibilidad de que recaiga una decisión diversa con respecto a la *issue* cuya discusión se pretende precluir⁷⁵.

Recapitulando, podemos destacar que -de acuerdo a la tendencia actual- para determinar si la doctrina de la *issue preclusion* resulta utilizable en cualquiera de sus modalidades (defensiva u ofensiva) por un tercero frente a quien fue parte en el proceso originario, el punto central está en considerar en qué medida este último tuvo oportunidad de discutir sobre la cuestión en forma justa y completa durante el desarrollo de la primera causa⁷⁶.

A mi modo de ver, la actual postura frente a la *mutuality rule* traduce un correcto entendimiento de la garantía de igualdad, tratando de modo similar a quienes se encuentran en situación similar. Efectuando un análisis no superficial del problema, puede advertirse que la garantía no se violenta en lo más mínimo por el hecho de permitir al tercero valerse de la sentencia recaída en el primer proceso, aún cuando tal particularidad genere un cierto nivel de asimetría entre las partes. Sucede que las circunstancias del tercero y del sujeto que fue parte en el marco de la causa primigenia eran distintas: uno no pudo defender sus razones mientras que el otro sí. En razón de ello, resulta plenamente justificable el (también) diverso tratamiento que se confiere en el marco de una eventual segunda causa a los efectos del decisorio por entonces recaído⁷⁷.

6. Excepciones a la aplicación de ambas doctrinas

Aún cuando se encuentren reunidos en el caso los requisitos necesarios para que las doctrinas de la *claim preclusion* e *issue preclusion* desplieguen todos sus efectos, éstas resultan inaplicables frente a ciertas circunstancias particulares. Puesto en términos generales, las excepciones obedecen a la presencia de ciertas directrices políticas que justifican una nueva discusión sobre asuntos que han sido ya objeto de completa determinación. Ello sucede en la medida que tales directrices se estiman – en el caso concreto por los jueces, o bien previamente a través de alguna disposición estatutaria- más valiosas que aquellas a las cuales responden las doctrinas en estudio (configuradas, según vimos, por la necesidad de poner fin a las controversias, optimizar la economía procesal del sistema e impedir el dictado de decisiones inconsistentes)⁷⁸.

Las causas que dan lugar al desplazamiento la *doctrine of former adjudication* se han ido multiplicando con el correr del tiempo, así como también se ha producido una ampliación de los alcances conferidos a las excepciones reconocidas tradicionalmente⁷⁹.

⁷⁴ Esto supone básicamente la existencia de un tercer proceso en el cual surja la necesidad de discutir sobre una cuestión decidida de diverso modo en otras dos causas. La regla general tiende a dar preeminencia a la última solución (*last-in-time rule*). Al respecto, CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 222-225; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 810; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, p. 685.

⁷⁵ Ver al respecto FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 691-693 (quienes sostienen que sobre el tema no es posible ni recomendable formular reglas precisas); COUND - FRIEDHENTAL – MILLER – SEXTON “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 1288-1300; TARUFFO “*Diritto processuale civile...*”, op. Cit. Nota 7, pp. 380-381; HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1318-1333; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 212-222; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 844-854; FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. Cit. nota 4, pp. 719-721.

⁷⁶ Conf. TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 932; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, p. 216.

⁷⁷ Señalando lisa y llanamente la falta de sentido de la *rule of mutuality* no obstante el apoyo que encontró por parte de importantes comentaristas y tribunales, HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1318-1319.

⁷⁸ Por todos, FRIEDHENTAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 656 y 676-677.

⁷⁹ Conf. CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 247.

Con respecto a la aplicación de la *claim preclusion*, las excepciones encuentran fundamento en disposiciones estatutarias y en interpretaciones jurisprudenciales⁸⁰. Con relación a las primeras, la Suprema Corte ha reconocido expresamente la posibilidad que un estatuto se refiera a las reglas de la *res judicata* para impedir su aplicación o restringirla en función de los objetivos perseguidos con su dictado⁸¹. En cuanto a las segundas, y aún cuando los cambios en la legislación no resultan en principio suficientes para habilitar el replanteo de la acción, el paradigma se presenta cuando ha operado una modificación sustancial de los principios constitucionales aplicables a conductas de tipo continuado (por ejemplo, sistemas caracterizados por un perfil de discriminación o segregación racial)⁸². También debe mencionarse la posibilidad de evitar la aplicación de la doctrina mediante el ataque a la sentencia –incluso en el mismo proceso donde la *claim preclusion* es invocada– cuando resulta nula por haber sido dictada careciendo de competencia al efecto (*collateral attack*), o bien cuando hubiera sido producto de fraude (*equitable attack*)⁸³.

En cuanto a las excepciones que impiden invocar la *issue preclusion*, a modo de ejemplo pueden mencionarse los campos de la *antitrust litigation* y de los derechos civiles protegidos a través de estatutos federales. En ambos escenarios la aplicación del *collateral estoppel* fue limitada tradicionalmente con relación a fallos dictados por tribunales estatales, considerando que la interpretación última de tales leyes debía quedar en manos exclusivas de la jurisdicción federal⁸⁴. Otro ámbito de restricción se presenta en torno a las denominadas *limited jurisdictions*, destinadas a juzgar controversias menores en modo expedito y a bajo costo. En este caso, las directrices políticas subyacentes justifican la diagramación de un método de debate limitado en diversos aspectos, lo cual a su vez lleva a impedir la aplicación de la doctrina de la *issue preclusion* en procesos sucesivos debido a la falta de posibilidad de discutir ampliamente sobre las cuestiones en el marco de aquel⁸⁵. También puede mencionarse la importante prohibición a quienes no han sido parte en el proceso originario de utilizar ofensivamente la doctrina frente al Estado. Al establecer esta excepción la Suprema Corte norteamericana señaló que permitir la utilización del *offensive collateral estoppel* por parte de terceros sería contraproducente al propio objetivo de economía procesal que justifica la existencia de la doctrina. Ello así en la medida que tal eventualidad exigiría al Estado recurrir hasta la máxima instancia todas las sentencias adversas para evitar su invocación en procesos sucesivos. Finalmente, al igual que en el ámbito de la *claim preclusion*, un cambio significativo en la ley o en el modo de interpretarla (*change in legal climate*) puede evitar la aplicación del *estoppel*⁸⁶.

⁸⁰ Aunque no resulta común, cabe señalar que también las partes pueden convenir expresamente en la posibilidad de fraccionar sus pretensiones en el proceso, evitando la aplicación de la doctrina en el marco de la eventual segunda acción (al respecto puede verse TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 908-911; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, p. 253).

⁸¹ “*Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*”, 450 U.S. 728 (1981). Este fallo también reconoce la opción opuesta. Esto es, que el estatuto amplíe la portada de la *res judicata* para optimizar los objetivos perseguidos con su dictado (conf. HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, p. 1307). Claro que en este último caso el límite será siempre el respeto del *due process of law*.

⁸² Conf. FRIEDHENTHAL – KANE – MILLER “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 656-657.

⁸³ Ver al respecto CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 271-278; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 863-865.

⁸⁴ Esta limitación configura también una excepción al principio constitucional de *full faith and credit*, según el cual las cortes estatales y federales deben conferir plena vigencia y aplicabilidad en sus jurisdicciones a los fallos recaídos en otra. Principio que últimamente se ha flexibilizado en gran medida (al respecto, FLEMING – HAZARD – LEUBSDORF “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 676-677).

⁸⁵ Al respecto se ha destacado claramente que el principio de finalidad resulta desplazado en estos casos por faltar el presupuesto esencial que lo justifica: la posibilidad de las partes de acceder a una justa y completa discusión sobre la cuestión. No obstante, los propios autores ponen el acento en el peligro de establecer una excepción amplia que permita tal desplazamiento con causa en la injusticia o grave iniquidad que derivaría de la aplicación del principio, aún cuando reconocen la presencia de ciertos ejemplos aislados en los cuales se ha utilizado este argumento (conf. TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 924 y 928-929). En igual sentido, CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, p. 124.

⁸⁶ Para ampliar sobre los alcances de estas excepciones puede consultarse FRIEDHENTHAL – KANE – MILLER, op. cit. nota 4, pp. 676-681; TEPLY – WHITTEN “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 932-938; CASAD “*Res judicata...*”, op. cit. nota 4, pp. 227-232; CLERMONT “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 259-260; YEAZELL “*Civil Procedure*”, op. cit. nota 4, pp. 853-855 y 865-887; FIELD – KAPLAN – CLERMONT “*Materials...*”, op. cit. nota 4, pp. 708-719. Con particular atención a la situación del Estado demandado, HAZARD – TAIT – FLETCHER “*Pleading and procedure...*”, op. cit. nota 4, pp. 1336-1337.

7. La proyectada diagramación de la cosa juzgada en la Ley n° 25.675

El art. 3 del proyecto de reformas a la Ley n° 25.675 prevé modificar su art. 33 y agregar a éste dos nuevos párrafos. Por medio de las modificaciones introducidas al texto vigente, se deja en claro el ámbito de aplicación de la expansividad de la cosa juzgada y se precisa el alcance de la excepción prevista para los casos en que la demanda sea rechazada por insuficiencia probatoria⁸⁷. El nuevo tercer párrafo complementa otras previsiones del proyecto que habilitan la promoción de pretensiones colectivas tendientes a juzgar las cuestiones comunes del conflicto, dejando para una etapa posterior la liquidación y la eventual ejecución de la sentencia⁸⁸. Finalmente, el tercer párrafo que se programa agregar al art. 33 de la ley prevé que la sentencia adversa a los intereses del grupo en ningún modo puede perjudicar los derechos individuales de sus miembros, a quienes se deja abierta la posibilidad de promover la pertinente acción tradicional por daños y perjuicios⁸⁹. El objeto particular de mi análisis será, como había adelantado, éste último aspecto.

En primer término puede advertirse que -de adoptarse las previsiones del proyecto- el mecanismo procesal de la L.G.A. quedaría establecido de tal modo que si la demanda por daño ambiental (colectivo o individuales homogéneos) resulta rechazada por razones ajenas a una deficiente instrucción probatoria, la cualidad de cosa juzgada de la sentencia tendría efectos *erga omnes* sólo con respecto al resto de los legitimados extraordinarios. Esto implicaría la preclusión de eventuales pretensiones colectivas con causa en los mismos hechos, pero no impediría a los sujetos individuales promover sus propias demandas de acuerdo a las reglas tradicionales. Se trata de una novedad en el sistema argentino que causa cierta perplejidad, ya que sitúa al intérprete en la necesidad de analizar el fenómeno de la cosa juzgada desde una perspectiva positiva, ajena en línea de principio a nuestra concepción sobre el tema. Es por ello que propongo enfrentarla desde las premisas en que se sustenta la doctrina de la *issue preclusion* en su variable del *offensive collateral estoppel*⁹⁰, lo cual permite delimitar sus alcances y sortear las objeciones que pueden plantearse respecto a su aplicación.

⁸⁷ "ARTÍCULO 33. — (...) [Alcances de la sentencia – cosa juzgada] En los procesos colectivos previstos en esta ley, la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por *insuficiencia probatoria*." (la bastardilla indica las innovaciones). Sobre este último punto entiendo que el texto proyectado encierra un significado de gran relevancia, aún cuando a primera vista pueda parecer orientado a perfeccionar un mero defecto terminológico. En efecto, una cosa es decir que la cualidad *erga omnes* de los efectos de la sentencia no se configura cuando la demanda es rechazada por "cuestiones probatorias" (texto actual); y otra muy distinta sostener que no se configura cuando el rechazo tiene por causa "insuficiencia probatoria" (texto proyectado). Sucede que de seguirse una interpretación literal de la norma en su formulación actual, la cosa juzgada de los efectos de la sentencia no adquiriría prácticamente nunca carácter *erga omnes* ya que quedaría comprendido en la excepción el supuesto en que la pretensión resulta rechazada porque las pruebas efectivamente adquiridas en el proceso demuestran que el demandado no contaminó. En esta hipotética situación puede advertirse claramente que la demanda es rechazada con fundamento en cuestiones probatorias: evaluando todos los elementos de juicio el magistrado considera que el actor -aún cuando probó todo lo que podía probar- no tenía razón en su planteo. Aún cuando no creo que haya sido ésta la voluntad del legislador, lo cierto es que el texto vigente de la norma deja abierta la puerta a una interpretación literal de este tipo. Frente a este eventual problema interpretativo, el proyecto corrige los términos de la norma permitiendo llevar la excepción a su justo límite: la expansión *erga omnes* no se produce en aquellos casos en los cuales la pretensión es rechazada por defectos en el ofrecimiento y/o la producción de la prueba por parte del legitimado colectivo.

⁸⁸ "ARTÍCULO 33. — (...) Si la pretensión colectiva fuera acogida, los damnificados podrán solicitar la liquidación y ejecución de la sentencia a título personal."

⁸⁹ "ARTÍCULO 33. — (...) En ningún caso, la sentencia que rechace la acción colectiva perjudicará la posibilidad de promover las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado." El texto del art. 33 del Código Modelo establece en sus Par. 2° y 3° que "Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir acción de indemnización a título individual. /// Los efectos de la cosa juzgada en las acciones de defensa de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código..."

⁹⁰ En los países de tradición continental o del *civil law* generalmente se hace referencia a este fenómeno como cosa juzgada *in utilibus* o *secundum eventum litis*. En el sistema colectivo brasileño la regla se encuentra fijada en el art. 103 del Código de Defensa del Consumidor, el cual prescribe que una sentencia colectiva obliga a todos los miembros del grupo pero no puede perjudicar sus derechos individuales (al respecto ver GIDI, Antonio "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil", UNAM, México, 2004, pp.107-111).

8. Posibles objeciones al proyecto y algunas respuestas tentativas.

Las posibles objeciones frente a la opción legislativa del proyecto no son otras que algunas de las presentadas en torno al abandono de la *rule of mutuality* en el sistema norteamericano. Básicamente me refiero a la generación de una situación de injusticia para el demandado y al quiebre de la igualdad entre las partes⁹¹. En tal sentido podría argumentarse que: (i) si el demandado pierde lo hace a lo grande, ya que todos los miembros del grupo pueden aprovechar del resultado del pleito; mientras que en caso de triunfar ganaría muy poco, ya que resultaría aún expuesto a los planteos individuales de los sujetos afectados; y (ii) una norma del género rompería la igualdad entre las partes ya que permitiría a un sujeto beneficiarse del resultado de un proceso en el cual no tenía nada que perder. No obstante la aparente plausibilidad de ambas críticas, por diversos motivos considero que la norma proyectada puede escapar a ellas en modo aún más airoso que la regla jurisprudencial norteamericana del *estoppel*.

En primer lugar, puede advertirse que el sistema proyectado funciona cumpliendo los requisitos exigidos tradicionalmente para la configuración de la *issue preclusion*, en tanto permite a los miembros del grupo utilizar en un futuro proceso la sentencia recaída sobre: (i) una cuestión esencial e idéntica en ambas causas (la responsabilidad civil del demandado); (ii) efectivamente discutida y resuelta; y (iii) cuya posible invocación en eventuales pleitos es por demás previsible para el demandado ya que se plantea exclusivamente a tal fin. Esto es importante en la medida que –según hemos visto– todos los factores apuntados fueron valorados por la jurisprudencia norteamericana como requisitos necesarios para habilitar la aplicación de la doctrina de la *issue preclusion* sin generar graves injusticias⁹².

En segundo lugar, cabe subrayar que el mecanismo diagramado por el proyecto no permite la configuración del riesgo que se presenta en el sistema norteamericano frente a las conductas pluriofensivas, que dan lugar a procesos en serie y que fueron la causa de fuertes objeciones en contra de la doctrina del *estoppel*. En efecto, la directriz fundamental del sistema que se pretende implementar tiende justamente a evitar ese tipo de litigios, concentrando la discusión sobre la cuestión común y acordándole un tratamiento unitario en el marco del proceso colectivo. Esto implica también dejar a un lado la crítica que se formula al abandono de la *rule of mutuality* fundada en que tal circunstancia aumenta en términos probabilísticos las posibilidades que el demandado resulte vencido. Tal objeción no tiene espacio aquí, en la medida que el abandono de la regla sólo es autorizado en una oportunidad, a lo cual debe sumarse –insisto en esto ya que es fundamental– el hecho que la presencia en el texto de la ley de esta excepción a la regla tradicional de la cosa juzgada permite al demandado conocer de antemano perfectamente los alcances que tendrá el resultado del pleito (produciendo por tanto incentivos suficientes para que éste preste la atención que el asunto merece).

En tercer lugar, el mecanismo proyectado no se prevé en términos generales sino: (i) exclusivamente con relación a la causa promovida por el legitimado colectivo; y (ii) para ser invocado sólo por los miembros del grupo afectado. Esto implica, a su turno, dos consecuencias de importancia: (i) los resultados adversos que el demandado pueda sufrir en acciones individuales no podrán ser invocados en la causa colectiva ni en otras causas individuales, ya que fuera del caso excepcional previsto por el texto proyectado sigue rigiendo en nuestro sistema el principio tradicional de la cosa juzgada; y (ii) en el supuesto de ser derrotado en la causa colectiva, las cuestiones allí juzgadas no podrán ser invocadas contra el demandado como *offensive collateral estoppel* por sujetos que –aún pudiendo beneficiarse de tal resultado– no integren el grupo afectado por el daño ambiental. Ambos corolarios derivados de la especialidad del mecanismo desdibujan otra de las críticas a la doctrina del *estoppel*: su generalización e imprevisibilidad, manifestada principalmente en el hecho de “cristalizar” la cuestión frente a cualquier tercero que pretenda valerse de ella en el futuro.

En cuarto término se podría sostener que las particularidades señaladas hasta aquí en nada influyen sobre el argumento de que el demandado resulta expuesto a eventuales pretensiones individuales luego de haberse sometido al riesgo de perder contra todos ellos en una sola causa. No obstante, si bien el planteo de éstas nuevas y numerosas demandas resulta teóricamente posible, estimo que por diversas razones es en la práctica poco probable. Por un lado, se supone que el

⁹¹ Ver *supra* apartado 5.

⁹² Ver *supra* apartado 4.

representante en el proceso colectivo debe ser calificado como *adecuado* por el juez de la causa, quien además controla durante el desarrollo del trámite que tal cualidad se mantenga incólume (siempre según las previsiones del proyecto). Ello implica que la parte que llevó adelante el pleito debe ser idónea y competente, contar con experiencia en el ejercicio de la profesión y reunir antecedentes en la protección de los derechos de grupo. La derrota de un *campeón* de este tipo puede por sí sola desalentar planteos posteriores. Pero ello no es todo, ya que -siempre según el texto proyectado- debemos suponer que el rechazo de la demanda se produce luego de que el juez analizó todas las pruebas que el legitimado colectivo podía ofrecer y producir en el caso (porque de otro modo se aplicaría la excepción prevista expresamente por el segundo párrafo del art. 33 al principio de expansión *erga omnes*, portándonos fuera del argumento en análisis). De este modo, nos enfrentamos hipotéticamente con un representante sumamente cualificado que argumentó, ofreció y produjo toda la prueba disponible sobre el caso, no obstante lo cual se decidió que su pretensión no era atendible. Frente a este panorama, difícilmente encontremos alguien dispuesto a embarcarse en un proceso a título individual. Como si esto fuera poco, puede señalarse otro argumento que concurre contra eventuales planteos quijotescos: la influencia del precedente. Aún cuando la eficacia de las decisiones judiciales no resulta vinculante entre nosotros (como en rigor de verdad tampoco lo es en los sistemas del *common law*), la creciente importancia que ha asumido como fuente del derecho en los últimos tiempos debe sumarse al negro panorama que espera a quien intente la acción individual. Máxime cuando tal sentencia no recaerá en un escenario ordinario, sino en el marco de un proceso rodeado de especiales características, las cuales hacen presuponer que ambas partes jugarán allí todas sus cartas. Analizada la situación a la luz de estas premisas, entiendo que el argumento de la injusticia y/o desigualdad fundado en los eventuales procesos individuales que podrían plantearse contra el demandado resulta más formal que real.

9. ¿Falta de coherencia?

Llegados a este punto del trabajo podría sostenerse que equivoqué al escoger el camino para efectuar el análisis, toda vez que en el sistema estadounidense el abandono de la *mutuality rule* se produjo solamente en el área del proceso civil individual, mientras que en el sistema colectivo de las *class actions* rige un mecanismo de cosa juzgada *pro et contra*⁹³. En efecto, la cualidad de cosa

⁹³ Las *class actions* configuran uno de los aspectos del proceso civil norteamericano que mayor atención ha merecido por la doctrina, particularmente a partir de la reforma del año 1.966 que, en el orden federal, acordó a la *Rule 23* su fisonomía actual. En términos generales, puede decirse que el sistema federal de acciones de clase configura un proceso colectivo de tipo representativo, en el marco del cual un sujeto cuenta con la posibilidad de accionar en justicia por derecho propio y en representación de todas aquellas personas que se encuentren en una situación similar a la suya. La particularidad principal del mecanismo es que tal representación se lleva adelante sin contar con mandato de los miembros de la clase e incluso – en ciertos casos- aún contra su voluntad expresa. Reunidos los prerequisites exigidos para que la acción pueda tramitar como colectiva y dictada la sentencia interlocutoria que certifica tal circunstancia, los miembros de la clase son notificados para permitirles ejercer ciertas facultades previstas en la norma (orientadas fundamentalmente a proteger la vigencia de la garantía de debido proceso legal frente a la representación anómala que está en la base del sistema). Cumplidos estos pasos, el proceso puede finalizar con la sentencia que homologa un acuerdo transaccional o bien resuelve sobre el fondo del asunto. En ambos casos la cosa juzgada de los efectos del decisorio se expande sobre la esfera individual de todos los miembros de la clase, indistintamente que el resultado sea favorable o adverso a sus intereses. Para una portada general puede consultarse, entre muchos otros, YEAZELL, Stephen C. “*From medieval group litigation to the modern class action*”, Yale University Press, New Haven and London, 1987; HENSLER, Deborah R. y otrs. “*Class Action Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*”, RAND Institute, Santa Monica, 2000; KLONOFF, Robert H. – BILICH, Edward K.M. “*Class actions and other multi-party litigation*”, West Group, St. Paul, Minn., 2000; MARCUS, Richard L. – SHERMAN, Edward F. “*Complex litigation. Cases and materials on advanced civil procedure*”, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985; TIDMARSH, Jay – TRANGSRUD, Roger H. “*Complex litigation and the adversary system*”, Ed. Foundation Press, New York, 1998; CUETO RUA, Julio “*La acción por clase de personas (Class actions)*”, L.L. 1988-C-952; BIANCHI, Alberto B. “*Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*”, Revista RAP n° 235; NINO, Ezequiel “*Informe sobre acciones de clase*”, Documentos de trabajo sobre Derecho de Interés Público, n° 1, Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; GIDI “*Las acciones colectivas...*”, op. Cit. nota 90, GIDI, Antonio “*Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*”, Am. J. of Comp. Law, Volume LI, 2003, n° 2; GIDI, Antonio “*Las acciones Colectivas en Estados Unidos*” en “*Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*”, GIDI – Mac GREGOR (coordinadores) Ed. Porrúa, México, 2003; FISS, Owen M. “*A teoria política das acoes coletivas*” en su obra “*Um Novo*

juzgada de los efectos de la sentencia dictada en el marco de una acción de clase se expande actualmente sobre todos los miembros del grupo involucrado en el conflicto, indiferentemente del resultado favorable o adverso obtenido (*wether favorable or not to the class*, según el texto de la *Rule 23(c)(3)*).

Al establecer esta solución, la *Rule 23* produjo un importante quiebre con el principio general de que las personas que no tuvieron su día en el tribunal (*day in court*) no pueden ser ligadas al resultado de un pleito⁹⁴. En efecto, según hemos visto la *doctrine of former adjudication* presupone como requisito esencial que las partes frente a quienes se opone (defensiva u ofensivamente) hubieran contado con la oportunidad efectiva de defender sus razones en el primer proceso. No obstante, también puse de resalto que tal regla no es absoluta y puede ceder en ocasiones excepcionales frente a directrices políticas que en un determinado contexto se consideren más valiosas⁹⁵. En este orden, puede decirse que las *class actions* configuran la excepción más trascendente a la aplicación de los principios generales de la *doctrine of former adjudication*. El principal fundamento de la solución adoptada descansa en el reconocimiento de la sobrecarga de tareas de los tribunales y en la consiguiente necesidad de evitar el retardo y los costos derivados de la multiplicación de litigios sobre un mismo asunto, lo cual se refleja -a su turno- en el hecho de considerar tolerable un cierto nivel de sacrificio individual en pos de hacer ganar eficiencia al sistema⁹⁶.

A pesar de que actualmente existe un consenso generalizado al respecto, el fenómeno de la cosa juzgada en las *class actions* se perfiló desde los comienzos del instituto como una materia equívoca y confusa, con numerosas excepciones y variables que -en gran medida- responden a la estructura de distribución horizontal del poder y a la tantas veces señalada orientación pragmática que caracteriza el pensamiento procesal norteamericano⁹⁷. Más allá de esto, lo cierto es que de acuerdo a

processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdicao, constituicao e sociedade", Ed. Revista dos Tribunais, 2004, Traducción al portugués de Daniel Porto Godinho Da Silva y Melina de Medeiros Ros; GIUGGIOLI, Pier F. "Class action e azione di gruppo", CEDAM, Padova, 2006; GIUSSANI, Andrea "Studi sulle class actions", CEDAM, Padova, 1996.

⁹⁴ O bien aquellas que se encuentran *in privity* con alguna de las partes. Ver *supra* apartado 5.

⁹⁵ Ver *supra* punto 6.

⁹⁶ En tal sentido, FRIEDHENTAL – KANE – MILLER "Civil Procedure", op. cit. nota 4, p. 756.

⁹⁷ Las incertidumbres sobre el tema que nos ocupa datan de más de 150 años en el campo de las acciones de clase, período de maduración durante el cual mereció distintas soluciones legislativas y jurisprudenciales, además de haber sido nutrido desde numerosas perspectivas que contribuyeron a conferirle su perfil actual y un grado de justificación adecuado a la luz del principio constitucional del *due process of law*. En este orden, cabe subrayar que las *class actions* encontraron recepción normativa en el orden federal estadounidense por primera vez en el año 1.833, a través de la sanción de la *Equity Rule 48* (inspirada en gran parte por los estudios de Joseph Story sobre los *representative suits* existentes en el derecho inglés). Este precepto admitía la posibilidad de promover un *representative suit* (pleito representativo) frente a la existencia de un número excesivo de partes involucradas en el conflicto, no obstante lo cual aclaraba expresamente que las razones de los sujetos ausentes no podían ser perjudicados. A pesar de la limitación señalada, en el año 1.853 y en ocasión de resolver una causa de ese tipo, la Suprema Corte reconoció explícitamente la extensión de la cosa juzgada sobre los miembros ausentes del grupo en "*Smith v. Swormstedt*" (57 U.S. 288, 1853). A tal sentencia del máximo tribunal -que generó perplejidad en virtud de su manifiesta contradicción con el texto legal- debe sumarse como factor de confusión la paulatina y contemporánea difusión entre los estados locales de la regulación acordada a los *representative suits* en el código procesal de Nueva York (más conocido como *Field Code* en honor a su redactor). Este código, además de haber sido el primero que fundió las jurisdicciones *at equity* y *at law*, habilitaba el planteo de aquel tipo de procesos cuando se estuviera en presencia de un grupo excesivamente numeroso de individuos y la cuestión en disputa fuera de interés "general" o "común", pero evitaba cualquier referencia a los efectos que debía adquirir la sentencia. En este escenario se reformaron las *Equity Rules* y las acciones de clase fueron reguladas a comienzos de siglo en la *Equity Rule 38*. El último hecho desconcertante -antes de su recepción en la jurisdicción unificada- se produjo en el año 1.921 cuando el supremo tribunal ratificó la doctrina sentada en "*Smith v. Swormstedt*" al resolver la causa "*Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*" (25 U.S. 356, 1921) sosteniendo que los miembros ausentes debían resultar ligados al decisorio aún cuando éste fuera adverso a sus intereses. La fusión entre las jurisdicciones *at equity* y *at law* en el orden federal (año 1.938) llevó a la sanción de las *Federal Rules of Civil Procedure*, y entre ellas la n° 23 donde se estableció el mecanismo de las *class actions* pero con alcances diversos a los actuales (el esquema fundamental de la denominada *Moore Rule* descansaba sobre la distinción entre *true*, *hybrid* y *spurious class actions*). El aspecto relativo a la cosa juzgada no fue modificado porque los encargados de la redacción de las *Rules* interpretaron que no estaban habilitados al efecto por tratarse de una cuestión de fondo y no de forma. En función de ello, el resultado del pleito no resultaba todavía obligatorio para todos los miembros del grupo. Finalmente, la reforma operada sobre la *Rule 23* en el año 1.966 llevó como uno de sus principales objetivos el evitar la *one-way intervention*. Esto es, la posibilidad de valerse de la sentencia si ella resulta favorable sin resultar vinculado en

la regulación vigente en la materia, la cosa juzgada expande sus efectos sobre todos los miembros de la clase independientemente del resultado obtenido; a lo cual debe sumarse que la mayoría de los tribunales son contestes en rechazar expresamente la posibilidad de utilizar el *offensive collateral estoppel* en caso que el tercero hubiera permanecido ajeno al proceso a través del mecanismo del *opt out*. Lo que se pretende evitar por intermedio de esta prohibición es el denominado *free rider*, que opta por no ser vinculado por la *res judicata* de la sentencia y luego, cuando su resultado emerge como favorable, pretende valerse de ella a través del *collateral estoppel*. El fundamento principal esgrimido al efecto es que, de generalizarse, una conducta del género socavaría el propósito fundamental de la *Rule 23(b)(3)* en los perfiles que asumió con la reforma de 1.966⁹⁸.

El interrogante que se impone es por qué no analicé a partir de estas reglas el proceso colectivo ambiental proyectado, en lugar de hacerlo a la luz de las que se aplican en el proceso civil individual. Y la respuesta se encuentra en la opción política que tomaron los legisladores en torno a qué tipo de proceso colectivo se pretende establecer. El proyecto no prevé un sistema de acciones de clase. El proyecto no prevé un sistema de notificación a los miembros del grupo ni la posibilidad de ejercer el derecho de *opt out*. Coherentemente, el proyecto tampoco establece una cosa juzgada que vincule a los miembros del grupo independientemente del resultado obtenido, ya que de otro modo el mecanismo sería injustificable a la luz de la garantía de debido proceso legal de aquellos sujetos que no participaron en el proceso. En razón de ello, y de acuerdo a la similitud operativa que presenta este proyecto de cosa juzgada con la doctrina del *collateral estoppel*, entendí de mayor utilidad presentarlo del modo en que lo hice.

10. Reflexiones finales

A lo largo del trabajo me ocupé fundamentalmente de desarrollar los alcances de la doctrina de la *former adjudication* en el marco del proceso civil tradicional estadounidense. A partir del análisis efectuado, puede advertirse que mientras el instituto de la cosa juzgada en la Argentina resulta a grandes rasgos similar a la *claim preclusion*⁹⁹, no puede decirse lo mismo con respecto a la doctrina del *collateral estoppel*, que resulta prácticamente ignota para nosotros. No obstante, según intenté demostrar, el proyecto de reformas a la Ley n° 25.675 parece receptar éste último perfil de la *res judicata* a través de una norma de derecho positivo.

A la hora de las conclusiones, entiendo necesario subrayar que este modo de regular la cuestión no implica acabar con la vigencia de la regla de reciprocidad ni modificar los alcances de la cosa juzgada en nuestro sistema, sino acordar una solución excepcional y restringida a una situación también excepcional como es un conflicto colectivo ambiental. En la búsqueda de dicha solución, la doctrina del *estoppel* parece brindar una hipótesis de trabajo plausible desde la cual analizar el instituto, con las ventajas que ello trae aparejado en cuanto a las décadas de experiencia aplicativa en el sistema norteamericano. En tal entendimiento, partiendo de su análisis, presenté algunos argumentos que permiten desechar ciertas críticas que parecen imponerse a partir de un primer análisis de la nueva dimensión que adquiriría la cosa juzgada colectiva en la Ley General del Ambiente.

Sobre la conveniencia de la elección entre una cosa juzgada *pro et contra* o bien de un tipo específico de *offensive collateral estoppel* para avanzar los objetivos de la ley, pueden formularse juicios de diverso tipo. Sin embargo, lo cierto es que tales juicios de valor no deben olvidar el contexto histórico, social y político en el cual se enmarca el sistema colectivo. Argentina no es los Estados Unidos de América y tampoco la República Federativa del Brasil. La solución propugnada debe ser

caso contrario. Así llegó hasta nuestros días con algunas reformas menores que no influyeron sobre este aspecto (para profundizar sobre el desarrollo histórico del tema, en especial GIUSSANI "Studi...", op. cit. nota 95, pp. 23-72; YEAZELL "From medieval...", op. cit. nota 95; KLONOFF, Robert H. – BILICH, Edward K.M. "Class actions and other multi-party litigation", West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 498-536).

⁹⁸ Conf. CASAD "Res judicata...", op. cit. nota 4, pp. 216-218.

⁹⁹ Utilizo la expresión "a grandes rasgos" ya que, según surge del desarrollo efectuado, la preclusión que provoca la doctrina de la *res judicata* en los Estados Unidos es mayor que aquella que se le atribuye en el sistema argentino. En efecto, entre nosotros sólo resulta vedado rediscutir las pretensiones efectivamente planteadas en el primer proceso, a lo cual debe sumarse que –al menos en línea de principio– nada impide fraccionar las pretensiones que surgen de una misma *fattispecie*.

bienvenida en tanto avanza con cautela en un tema respecto al cual (bueno es recordarlo) estamos obligados a darnos una legislación solvente desde hace ya más de 14 años.