

# VACÍOS LEGALES DE LAS ACCIONES DE CLASE EN LA COLOMBIA GLOBALIZADA DEL SIGLO XXI<sup>1</sup>

Dr. MARIO RODRÍGUEZ PRIETO

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

## Resumen

*Una investigación ha de estar orientada a la realización de algún aporte que mejore el objeto de conocimiento. Para lograrlo es necesario primero conocer el objeto al punto de poder encontrar sus limitaciones, y a partir de ese conocimiento formular la hipótesis de su solución.*

*Se trata aquí de formular una hipótesis normativa capaz de remover los obstáculos que impiden la implementación y desarrollo de una institución jurídica: Las acciones de clase.*

*Para lograrlo, se hace en primer lugar una breve exposición del papel que cumplen las instituciones jurídicas en la sociedad, y cómo su desarrollo depende de su implementación; en segundo lugar, se describen las variables críticas de la realidad social en la que opera la institución jurídica y del fenómeno social que ha de atender (conflictos de masa), luego nos ocupamos de exponer la naturaleza de la acción de clase como objeto de conocimiento y los obstáculos que enfrenta para lograr su cometido como institución jurídica, para concluir en la hipótesis normativa.*

**Palabras Claves:** *Acciones Colectivas, Acciones de Grupo, Derechos Individuales Homogéneos.*

## Abstract

*An investigation must be guided to the realization of some contribution that improves the object of knowledge. To achieve it it is necessary first to know the object to the point of being able to find their limitations, and starting from that knowledge to formulate the hypothesis of their solution.*

*It is here to formulate a normative hypothesis able to remove the obstacles that impede the implementation and development of an artificial institution: The class actions.*

*To achieve it, it is made a brief exhibition of the paper that you/they complete the juridical institutions in the society, in the first place and how their development depends on its implementation; in second place, the critical variables of the social reality are described in the one that operates the artificial institution and of the social phenomenon that he/she must assist (conflicts of mass), then we are in charge of of exposing the nature of the class action like object of knowledge and the obstacles that it faces to achieve their made as artificial institution, to conclude in the normative hypothesis.*

**Key Words:** *Work Collective, Actions of Group, Homogeneous Individual Rights.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las instituciones jurídicas son los medios de los que se sirven las sociedades para la consecución de sus fines. El desarrollo de estas instituciones, depende de que los ciudadanos puedan implementarlas, pues en cuanto éstas entran en operación, se encontrarán los asociados con que en el momento en que lo hicieron, modificaron su realidad

---

<sup>1</sup> Ganador del Primer Lugar al Mejor Trabajo de Investigación, representando a la Universidad de San Buenaventura Cali en el Concurso de Investigación: "Semilleros de Estudiantes de Derecho Procesal" que realiza anualmente el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en el Centro de Convenciones Cartagena de Indias (Septiembre 6, 7 y 8 de 2006), en el marco del XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

social, y con el cambio de su realidad social, han modificado y aumentado también sus fines sociales.

Así, a partir de la implementación de las instituciones, evolucionan ellas mismas, los fines que persiguen y las sociedades que al trascenderlas como creación cultural inacabable, van persiguiendo nuevos fines y ascendiendo en la escala de valores a los que aspiran como colectivo. Pretender entonces que una institución sin ser implementada evolucione, o contribuya a la evolución de la sociedad que la creó, es tanto como pretender sentarse a ver germinar en la palma de la mano la semilla que no ha tocado la tierra.

Las acciones de clase como institución jurídica nacida para el logro de los fines de la sociedad colombiana de 1991, no han podido iniciar su proceso de evolución porque la falta de normas positivas definitorias de sus elementos esenciales, le impide a los asociados ejercer su implementación.

Para empezar a sustentar esta afirmación –de cuyo desarrollo se ocupa este trabajo– empecemos por una sencilla comparación de las acciones de clase, con las populares y de tutela, tomando como puntos de referencia entre ellas, el nivel de claridad de las definiciones con las que nacieron en la Carta de 1991, y el nivel de implementación que han tenido por parte del legislador y de los ciudadanos, diez años después.

La Constitución de 1991 definió que la acción de tutela está en cabeza de toda persona y que protege derechos fundamentales<sup>2</sup>, su desarrollo legal tuvo lugar ese mismo año, y diez años después de la Constitución, sólo al Consejo de Estado llegaron en un año, más de tres mil accionantes. La misma Constitución, sólo definió que las acciones populares protegen derechos colectivos, pero no definió sus titulares<sup>3</sup>, su desarrollo legal tuvo que esperar 7 años, y el año del décimo primer aniversario de la Carta que las creó, a la misma corporación llegaron poco más de 300 accionantes. En el caso de las acciones de clase, la Constitución no definió ni los derechos que tutela ni los legitimados para ejercerla, su desarrollo legal se dio de manera incipiente a la sombra del de las acciones populares, y para el año de referencia (2002), de esa acción llegaron al Consejo de Estado, poco más de veinte accionantes, es decir, el 6% de los que ejercieron acciones populares y el 0,6% de los que ejercieron acciones de tutela<sup>4</sup>.

Estas asimetrías en el desarrollo institucional generan graves insuficiencias del aparato estatal frente a la realidad social, pues el hecho de que las instituciones no se implementen y por lo tanto no evolucionen, no quiere decir que las necesidades que las inspiraron también se queden estáticas, sino que pronto desbordarán las instituciones atrofiadas por falta de implementación y se saldrán de los causes del ordenamiento.

Suficiente ilustración brindan hoy el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia, para entender que la necesidad social que dio origen a la institución de las acciones de clase, es la de canalizar dentro del ordenamiento los conflictos de masa, y que con el acelerado crecimiento de la integración económica mundial, esta necesidad social está creciendo a un ritmo infinitamente más rápido que el ritmo al que evoluciona la institución que se creó para mantenerla dentro del marco jurídico (las acciones de clase).

---

<sup>2</sup> Colombia, Congreso de la República, Constitución Política de Colombia, Art. 86, 1991.

<sup>3</sup> Ídem, Art. 88.

<sup>4</sup> “Colección de Reformas en la Rama Judicial, Propuestas para un orden diferente”. Colombia, Consejo Superior de la Judicatura/G.T.Z., Tomo I, pp. 120-122.

La urgencia entonces es clara, hay que poner las acciones de clase al alcance de los ciudadanos para que ellos las implementen y estas puedan finalmente emprender el camino de su evolución y superar el estado de atrofia en el que se encuentran, y eso sólo sucederá cuando cualquier colombiano sea capaz de responder una elemental pregunta: ¿Quién tiene derecho a ejercer una acción de clase? Una pregunta elemental, que a la luz de las actuales definiciones legales del ordenamiento, ni siquiera la sección tercera del Consejo de Estado, con la aplicación de todas sus herramientas hermenéuticas supo contestar. Si el mismo Consejo de Estado no encontró en el ordenamiento una norma suficientemente clara como para responder a nuestra pregunta elemental, hay que concluir que mucho menos existe una norma en la que el ciudadano común encuentre el derecho tutelado por las acciones de clase, para cotejarlo con su derecho vulnerado, y saber si éste es de aquellos y por lo tanto él su titular, y mientras esta norma no exista, el camino de la implementación de las acciones de clase y por lo tanto su desarrollo, está obstaculizado.

Este trabajo no contiene la fórmula para remover todos los obstáculos, pero lo inspira el ánimo de proponer varias posibilidades que se exponen a continuación, originadas todas en la siguiente reflexión:

Afirma Juan Jacobo Rousseau *“al fin y al cabo, la única ley que cuenta es la que está grabada en el corazón de la gente”*; pero ¿Cómo podemos esperar que se le grave en el corazón a la gente, algo que ni siquiera les cabe en la cabeza?

### **1.1. Aspectos Metodológicos.**

Con la aspiración de lograr un trabajo útil y oportuno, entendible y aplicable dentro del contexto de la realidad social actual en Colombia, este trabajo buscó la orientación de su desarrollo en las directrices de la investigación socio-jurídica, entendida como aquella que estudia los comportamientos sociales que tienen relevancia para alcanzar los fines políticos que se propone un Estado en un momento histórico determinado, a fin de orientarlos al logro de tales fines<sup>5</sup>. Para el caso de estudio que nos ocupa, los comportamientos sociales que tienen relevancia para alcanzar los fines del Estado, son los conflictos de masa<sup>6</sup>; los fines políticos que se propone dicho estado, son el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran<sup>7</sup>; el momento histórico determinado, está ubicado en la Colombia globalizada del siglo XXI; y el Estado del que hablamos es el Estado Social de Derecho<sup>8</sup>.

Siendo nuestro objeto de conocimiento la orientación de los conflictos de masa hacia la consecución de los fines propios del Estado Social de Derecho en la Colombia de hoy, le

---

<sup>5</sup> Giraldo Ángel, Jaime. *“Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica”*. Bogotá, Edit. Legis, 1999, p. 19.

<sup>6</sup> Ucín, María Carlota. *“Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual”*. Ponencia al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, Septiembre de 2005.

<sup>7</sup> Colombia, Congreso de la República, Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 1.

<sup>8</sup> Se hace referencia aquí al modelo de Estado Social de Derecho, en sentido histórico refiriéndonos a la transición que hace el Estado de Derecho de carácter liberal al incorporar los contenidos sociales necesarios para atender el desgaste de la legitimidad. Proceso histórico que se remonta incluso a los teóricos de la monarquía social como Lorenz Von Stein, quien ya a mediados del siglo XIX manifestaba la necesidad de que el Estado liberal adoptara un contenido social con el fin de evitar las revoluciones que podían ser provocadas por la desesperación de las masas. Para una referencia más completa, véase Méndez Gallego María Teresa, *“Estado social y Crisis del Estado”*. Universidad Autónoma de Madrid, Capítulo 5, Orígenes y Evolución del Estado Social.

corresponde a este objeto, el método de investigación propio de las ciencias de la cultura<sup>9</sup>, un método de investigación comprensivo, holístico, dialéctico, predictivo y empírico.

Comprensivo, porque se requiere un método que sirva, no para “explicar” el fenómeno, sino para entenderlo en función del fin al cual debe apuntar (la solidaridad), teniendo en cuenta las condiciones de tiempo, modo y lugar (el Estado Social de Derecho en la Colombia globalizada del siglo XXI); Holístico, pues es necesario que el método abarque las variables críticas de la realidad en que opera el fenómeno de manera integral (tensión entre desarrollo económico y tutela de derechos de incidencia colectiva), como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen; Dialéctico, pues debe ocuparse no del “ser” sino del “deber ser”, e implica entonces una negación de lo que es (un sistema de conflictos subjetivos donde prima el interés individual) para afirmar como deseable lo que todavía no es (un sistema de conflictos colectivos donde quepa el interés general como materialización del principio de solidaridad); Predictivo, pues la verificación de las hipótesis ha que dé lugar, no puede hacerse contra la realidad presente sino contra la realidad futura; y Empírico, pues de lo que se trata es de modificar la realidad para adecuarla a la consecución de los fines que se buscan (el respeto de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad).

De ahí que el marco teórico dentro del cual se desenvuelve la investigación, es el del Estado Social de Derecho fundado en la solidaridad de las personas que lo integran, que es desde el cual se tiene que mirar la realidad colombiana de hoy. A su vez, ya desde el marco teórico mencionado, la aproximación al tema se hace desde supuestos epistemológicos basados en que la evolución de las instituciones jurídicas del modelo de Estado, surge en la implementación de los remedios con los que la sociedad atiende el desgaste de la legitimidad del poder público, en la medida en que la realidad social introduce nuevos elementos de inseguridad e inestabilidad, que desbordan el diseño tradicional de las instituciones, y se convierten en amenazas para la consecución de sus fines, remedios que dependiendo de las condiciones sociopolíticas del momento, la sociedad aplica al interior del mismo marco institucional fortaleciendo el orden justo, o por fuera de él atentando contra el mismo.

El contenido de nuestra hipótesis identifica en las acciones de clase, el cauce que debe canalizar la conflictividad multisubjetiva por las vías del desarrollo institucional, hacia la consecución de los fines del estado y el fortalecimiento del orden justo, y a los derechos individuales homogéneos, como la llave que necesitan los ciudadanos para abrirle el paso a dicho desarrollo.

Concentramos este estudio en una institución en particular: Las Acciones de Clase; y respetando el orden de ideas, la evolución que ellas necesitan a partir de la presencia de nuevos elementos de inseguridad e inestabilidad que amenazan el acceso efectivo a la justicia (obstáculos propios de la tutela de los derechos de incidencia colectiva, como la legitimidad en la causa pasiva y activa, y los efectos de la sentencia, entre otros), elementos introducidos por la naturaleza multisubjetiva de la conflictividad contemporánea, que desbordaron el alcance de las instituciones tradicionales, desarrolladas en torno al tratamiento de conflictos subjetivos, y orientadas más hacia los fines de un Estado liberal<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Giraldo Ángel, Jaime. *“Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica”*. Legis, 1999, p. 31.

<sup>10</sup> Esta preponderancia que persiste en el ordenamiento colombiano de la orientación hacia los fines de un Estado liberal, es una inercia histórica que explica el contraste entre el desarrollo de acciones constitucionales contemporáneas que tutelan derechos de incidencia colectiva –propios de un Estado social– como las acciones de clase y de grupo, y acciones como la de tutela, que garantizan el ejercicio efectivo de derechos

Entendida aquí la evolución de las instituciones jurídicas como un inacabable proceso de transformación dialéctico entre las tesis en que se funda el ordenamiento y las antítesis que le plantean las nuevas realidades sociales, resulta presupuesto ineludible del desarrollo institucional, que los asociados tengan los medios efectivos para plantearle las antítesis de su cambiante realidad al ordenamiento, y poder así desatar el proceso de tesis-antítesis, que termine resolviéndose como síntesis en forma de una nueva institución o en forma de la adaptación idónea de la que ya existía.

Sin embargo en Colombia –he aquí el problema–, la legislación no ha creado las condiciones necesarias para que se dé dicho desarrollo, y es por eso que se escogió la metodología de la investigación socio-jurídica y no la de la investigación jurídica<sup>11</sup>, pues el problema que aquí se plantea, no tiene que ver con cómo aplicar las normas que existen, sino con cómo producir las que no existen, que son las que con su ausencia están evitando que los asociados ejerciten su derecho de acción, activen el aparato y desaten el proceso de desarrollo dialéctico.

## 2. ACCIONES DE CLASE, NATURALEZA Y PROPÓSITO

La comprensión de casi cualquier fenómeno social contemporáneo implica una tarea adicional; entender primero cómo se está reinventando su naturaleza. Vivimos sin duda en “la era de la crisis de los dogmas”, en lo social, desde las instituciones más elementales como el matrimonio hasta las más complejas como los mismos modelos de estado, están nuevamente en pleno proceso de re-invencción. Al derecho, la realidad social de cada momento histórico le ha planteado sus propios retos, siempre introduciendo nuevos elementos de inestabilidad e inseguridad en forma de obstáculos para el efectivo acceso a la justicia, y frente a semejante panorama era lógico que la dogmática jurídica no podía permanecer inalterada; el individualismo egoísta del estado liberal finalmente tuvo que abrirle espacio a la solidaridad.

La sociedad de hoy, cuyas aspiraciones sociopolíticas evolucionaron del tradicional conflicto entre libertad e igualdad, hacia la realización armónica del binomio solidaridad y dignidad, y cuyo aparato de gestión en lo económico redujo el planeta a las dimensiones de la tan nombrada “aldea global”, le ha planteado al derecho los obstáculos propios de la conflictividad multisubjetiva que caracteriza a la sociedad globalizada<sup>12</sup>.

Para garantizar a los ciudadanos de hoy el acceso efectivo a la justicia, los ordenamientos jurídicos contemporáneos deben avocarse a la solución de interrogantes tales como: ¿Quién puede activar el aparato de justicia para pedir la tutela de un derecho que no está en cabeza de un individuo, en un sistema que para ello exige como presupuesto indispensable la existencia de un interés personal?, ¿cómo equilibrar el poder de negociación entre un grupo económico transnacional y un sujeto cuyo derecho individual ha sido vulnerado?, ¿cómo discutir, negociar y pactar dentro de un proceso, sobre determinados derechos, en ausencia

---

fundamentales de la persona, propios del Estado liberal, al respecto Véase Vallespín Fernando, “*El Estado Liberal*”, Universidad Autónoma de Madrid, p. 71.

<sup>11</sup> Giraldo Ángel, Jaime. “*Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica*”. Legis, 1999, p. 20.

<sup>12</sup> Refiriéndose a las dificultades que enfrenta el proceso tradicional frente a la defensa de los derechos transindividuales, dice Ada Pellegrini Grinover en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América:

“Tiene sabor a lugar común la afirmación de que el proceso tradicional no se adecúa a la defensa de los derechos e intereses transindividuales, cuyas características los colocan a mitad de camino entre el interés público y el privado, siendo propios de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masa”.

de sus titulares sin desmedro de sus intereses?, ¿cómo proteger la certeza jurídica frente a los riesgos que implicaría el pronunciamiento de diferentes jueces sobre decenas o cientos de disputas basadas en los mismos fundamentos de hecho y de derecho, pero tramitadas en simultánea ante autoridades diferentes, y lograr además la armónica convivencia de las que se intenten de manera individual con sus correlativas tramitadas de manera colectiva?

La lista por supuesto es posiblemente tan inagotable como la evolución social, y los obstáculos que plantea no son fáciles de superar. Los ordenamientos jurídicos han tenido que sacudir sus estructuras y asumir retos tales como el reconocimiento de derechos supraindividuales, y el desarrollo de mecanismos de defensa colectiva de derechos individuales; en otras palabras, se han visto en la necesidad de construir verdaderos sistemas de litigio colectivo.

### **2.1. Conflictos de Masa, el fenómeno social que da origen a la institución.**

De la misma forma en que una falla geológica produce ondas sísmicas que se propagan en torno al epicentro, causando daños a través de la superficie terrestre, una falla en la prestación de un servicio, en la elaboración de un producto, o en el cumplimiento del mandato de un gobernante, produce “ondas sociales” que se propagan en torno al epicentro, causando daños en la superficie del tejido social. Daños que en ambos casos, son causados en dos dimensiones al mismo tiempo: la social y la individual. En la dimensión social, el movimiento sísmico le causa daños a la ciudad en la que tuvo lugar el epicentro, daños como por ejemplo la destrucción de redes de acueducto que afectan de manera genérica a sus ciudadanos, pero ese mismo daño, al ser individualizado en cabeza de cada ciudadano, mostrará en cada caso su dimensión individual, la forma en que afectó al ciudadano “A” que vive en el sitio que quedó sin acueducto, y la forma en que afectó al ciudadano “B”, propietario de una fábrica de hielo en la misma ciudad.

De igual forma funcionan los daños causados por la falla en el servicio, en el producto o en el gobierno, la diferencia está en que el sismo tiene origen en un fenómeno natural del que nadie es responsable, en cambio la falla del servicio, del producto, o del gobierno, tienen origen en la conducta de una persona jurídica o natural, responsable del daño.

A riesgo de abusar de la metáfora, hay que decir que así como la geología ha desarrollado a través de su historia un conjunto de herramientas para determinar el epicentro y el foco del sismo, con el propósito de encontrar formas de prevenir o mitigar daños futuros por causas similares, los estados han desarrollado instituciones jurídicas para determinar a quien pertenece la responsabilidad de la falla, también con el objetivo de prevenir daños futuros por causas similares (acciones colectivas con función preventiva), pero además con el objetivo del resarcimiento de los daños causados (acciones colectivas con función indemnizatoria).

Los conflictos de masa son entonces los que surgen del daño inminente o causado, que siendo atribuible a la conducta humana, tiene trascendencia social.

### **2.2. Derechos de Incidencia Colectiva y Acciones Colectivas.**

La presencia de conflictos de masa en la sociedad, dio origen al reconocimiento de derechos de incidencia colectiva, (difusos, colectivos, e individuales homogéneos) para señalar aquellos derechos amenazados o vulnerados por daños de trascendencia social y diferenciarlos de aquellos afectados por daños cuyos efectos no trascienden la esfera del individuo. De ahí su principal característica que es su naturaleza aglutinante, pues en torno a

un derecho de incidencia colectiva siempre habrá un grupo, un colectivo, o una clase de personas. A su vez, la tutela de los derechos de incidencia colectiva exigió del derecho, la creación de nuevas acciones acordes al nuevo fenómeno, pues las acciones tradicionales, diseñadas para tutelar derechos subjetivos, no servían para tutelar derechos multisubjetivos, nacieron así las acciones colectivas –para el caso colombiano, acciones populares (función preventiva) y acciones de clase (función resarcitoria)–.

### **2.3. Implementación de Acciones de Clase en otros Países.**

Siendo la acción de clase una acción colectiva con función resarcitoria que tutela derechos de incidencia colectiva, su implementación se puede apreciar mejor en sociedades de vieja tradición en la atención de conflictos de masa, tomemos como ejemplo el Estado de California en Estados Unidos. En 1996, un juez de ese país condenó a la Pacific Gas and Electric Company, una compañía proveedora de servicios públicos domiciliarios, al pago de la que para entonces fue la más alta indemnización pagada en una acción de clase en ese país (\$333 millones de dólares americanos), por los daños causados a los habitantes de Hinkley, California, quienes sufrieron de múltiples enfermedades por el consumo del agua contaminada que distribuía la compañía. La historia fue llevada al cine como un drama que narra el triunfo que logra la solidaridad entre los habitantes del pueblo sobre los intereses egoístas de una billonaria empresa privada<sup>13</sup>. En ese mismo estado, en julio de 1993 se presentó la explosión de un carro-tanque cargado con ácido sulfúrico deshidratado, concentrado y trióxido sulfúrico, perteneciente a la fábrica General Chemical Company en Richmond. Como consecuencia de la explosión, que envió 12 toneladas de ácido sulfúrico deshidratado a la atmósfera, 63.000 californianos fueron afectados. Una acción de grupo permitió para ese grupo una indemnización de US\$180.000.000 dólares<sup>14</sup>.

### **2.4. El Panorama Colombiano.**

Estos desarrollos de las instituciones jurídicas, o la creación de nuevas, en cierta forma han sido siempre síntomas de desgaste de la legitimidad del poder público, que empiezan a materializarse en forma de válvulas de escape para liberar la presión social, que frente a nuevas situaciones empiezan a ejercer mayorías insatisfechas capaces de crear verdaderas revoluciones.

El caso colombiano no ha sido la excepción. Las nuevas realidades sociales originadas en gran parte por el acelerado proceso de integración económica, convertirán muy pronto sectores enteros de la economía en estructuras obsoletas. En el departamento de Boyacá por ejemplo, el cultivo de papa representa el 6 por ciento del Producto Interno Bruto del departamento, genera ocho millones de jornales al año y es el sustento de 35 mil familias<sup>15</sup>. En el departamento del Tolima, los cultivos de arroz representan no el 6% como la papa en Boyacá, sino el 30% del PIB departamental<sup>16</sup>. Ambos cultivos desaparecerán irremediablemente con la llegada de productos extranjeros.

Estas realidades han empezado a reclamar ya con urgencia, el concurso de mecanismos de defensa colectiva, no han sido pocas las acciones populares interpuestas para prevenir lo

---

<sup>13</sup> Estudios Universal, Película “Erin Brockovich”, 2000.

<sup>14</sup> El caso es citado por Beatriz Londoño Toro “Acciones populares, de grupo y de cumplimiento”. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, SAE, p. 100.

<sup>15</sup> Mojica, José Alberto, Bogotá. en [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com), Junio 5 de 2006.

<sup>16</sup> “La Encrucijada del Arroz en el Tolima”, Revista Dinero, Edición 254, Junio 05 de 2006.

que en el sentir de los demandantes, son daños inminentes atribuibles al tratado de libre comercio con Estados Unidos<sup>17</sup>, y no es ilógico pensar que detrás de dichas acciones populares se podría estar gestando una avalancha de acciones de clase, en la medida en que los actores sientan que los daños que no pudieron prevenir con las acciones populares, ya han sido causados.

Entre tanto, el desarrollo del sistema de litigios colectivos, llamado a ser la válvula de escape que ayude a liberar la presión social abriéndole caminos al conflicto dentro del marco institucional, se encuentra obstruido por serias carencias en materia de definiciones legales, tanto de las acciones colectivas como de los derechos que deben tutelar, justamente en el momento histórico en que la acelerada integración económica de Colombia con el resto del globo, acentúa la necesidad social de herramientas eficaces para el tratamiento de conflictos de masa, en un país que desde las frágiles estructuras de un sistema de seguridad social, lejano todavía de sus metas en cobertura y eficiencia, libra con tenacidad una batalla diaria por erradicar los cinturones de miseria que rodean las ciudades a causa del desempleo, y el desplazamiento de las poblaciones campesinas a causa de los enfrentamientos entre guerrilla, paramilitares y fuerza pública.

En la Colombia de hoy, el desarrollo adecuado de las garantías para un efectivo ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, no es un tema de debate académico reservado para el foro de los entendidos, es el compromiso histórico que le tocó asumir a esta comunidad jurídica en el camino de la consolidación de un Estado Social de Derecho, basado en la solidaridad y el respeto de la dignidad humana.

### **3. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LOS CONFLICTOS DE MASA**

La integración económica no es ni mucho menos un fenómeno nuevo, lo nuevo es la velocidad con la que se está incrementando. Según la Organización Mundial del Comercio, desde principios de la década de los 90 se ha observado un incremento sostenido sin precedentes. Para diciembre de 2002, de aproximadamente 250 acuerdos comerciales regionales que habían sido notificados a la OMC, 130 fueron notificados después de 1995, y se espera que para antes de terminar el 2006, el número de acuerdos comerciales regionales en vigor llegue a 300<sup>18</sup>.

Casi en paralelo al auge de la integración económica regional, otro fenómeno social empezó a manifestarse con un renovado protagonismo y una tendencia creciente hacia su desarrollo también integracionista: La tutela de los llamados “derechos de incidencia colectiva” (difusos, colectivos e individuales homogéneos).

En el caso latinoamericano, en 1988 Brasil eleva a rango constitucional los intereses difusos y colectivos, en 1990 introduce en el Código de Defensa del Consumidor los denominados “intereses individuales homogéneos”, en 1991 Colombia instaura acciones constitucionales populares y de grupo, en 1994 la Constitución de Argentina incorpora los derechos de incidencia colectiva, en 1998 Colombia desarrolla el artículo 88 constitucional, en 1999 la Constitución venezolana contempla en su artículo 26 el derecho de toda persona a hacer valer sus derechos e intereses colectivos o difusos, para mayo de 2002, nace la idea

---

<sup>17</sup> Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Sub Sección B. Expediente No. 05-1725 diciembre 12 de 2005.

<sup>18</sup> Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization) en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/region\\_s/region\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm), consulta en agosto de 2006.

de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que en su versión final se aprueba en octubre de 2004.

Esta feliz coincidencia histórica parecería la acción de cierta clase de “metabolismo social”, reaccionando en busca de equilibrar la tensión que sobre las colectividades ejercen dos fuerzas opuestas: de un lado, quienes ven en la integración económica la posibilidad de consolidar economías de escala que hagan más eficientes sus esquemas productivos, y de otro lado, quienes ven en el mismo fenómeno la consolidación de grupos económicos, que desde posiciones dominantes, amenazan el medio ambiente, la salud pública, los derechos de los consumidores, y la actuación legítima de los aparatos estatales. Grupos opuestos que independientemente de la legitimidad de los incontables e inagotables juicios de valor que sustentan cualquiera de las dos posiciones, marcaron sin duda, al trabar sus disputas, el inicio de la era de los conflictos de masa.

Desde la óptica planteada en los párrafos anteriores, se aprecia con claridad una relación de peso y contrapeso entre el espíritu que promueve las economías de escala como motor de desarrollo económico, y el que propende por la tutela de los derechos de incidencia colectiva; no es por mera casualidad que la sociedad norteamericana sea punto obligado de referencia para analizar ambos fenómenos; como abanderada de las libertades económicas por un lado, y como cuna de importantes desarrollos de las acciones de clase por el otro. Dicha relación entre integración económica y derechos de incidencia colectiva, explica la urgencia de abordar el tema desde el caso colombiano, pocos meses después de haber firmado el que sea tal vez el tratado de integración económica de mayor impacto en su historia reciente, precisamente con los Estados Unidos y cuando empiezan procesos similares con Centro América y la Unión Europea.

### **3.1. Derechos Individuales Homogéneos, la Materialización Práctica de la Solidaridad como Criterio de Conducta Social.**

Si es cierto que en el caso general, hablar de integración económica es hablar de economías de escala y por lo tanto, de conflictividad multisubjetiva, principalmente entre quienes producen en masa y quienes constituyen el consumo masivo, no es menos cierto que para el caso particular de estudio en este trabajo, hablar de integración económica en la Colombia del siglo XXI es hablar de la necesidad de tutelar los derechos difusos y colectivos relativos al medio ambiente, muy especialmente respecto de la biodiversidad nacional; a la salud pública, cuyo tema sensible en este contexto es el de los costos de los medicamentos; y al control del abuso de la posición dominante en el mercado, en lo que toca principalmente la libertad económica y los derechos del consumidor.

De los derechos que acabamos de mencionar, es importante destacar dos características comunes a todos ellos y de capital interés para la reflexión que nos ocupa.

La primera característica que comparten, es la estrecha dependencia que existe entre sus posibilidades de tutela efectiva, y el rumbo que tomen las discusiones aún inconclusas sobre propiedad intelectual en Colombia<sup>19</sup> así respectivamente: en materia de biodiversidad, sobre lo que es susceptible de patente, lo que no lo es, y las posibilidades de ampliación de su contenido; en materia de medicamentos, sobre el tiempo de duración de la exclusividad para

---

<sup>19</sup> En el contexto del presente trabajo, se mira el régimen legal de la propiedad en Colombia, no a la luz del ordenamiento vigente, sino a la luz de las discusiones que tendrán lugar en el Congreso de la República, cuando el tratado de libre comercio con Estados Unidos pase por esa corporación.

la explotación económica que otorga la patente; y en cuanto a la libertad económica, sobre los controles que se requieren frente a la propiedad intelectual como limitación legal a la libre competencia (importaciones paralelas), y las garantías para preservar la función social de la propiedad intelectual (licencias obligatorias)<sup>20</sup>.

La segunda característica que comparten estos derechos es más sencilla de entender pero no menos importante, independientemente de si son difusos o colectivos, la lesión de cualquiera de ellos comporta potencialmente daños individuales a algunos o a todos los miembros del colectivo, y por lo tanto exigen del ordenamiento, el concurso de una herramienta que garantice la tutela de derechos individuales homogéneos, en el caso colombiano, las acciones de clase.

Se configura así un panorama que muestra dos debates no sólo autónomos, sino además diametralmente opuestos en sus orígenes: la propiedad intelectual, originado en uno de los más individuales de los derechos (la propiedad) y las acciones de clase, originadas en la más colectiva de las manifestaciones del derecho, (los derechos de masa) que viniendo desde sus respectivos orígenes antagónicos, llegan a encontrarse en los derechos individuales homogéneos, como punto de coincidencia obligado en su tránsito hacia la búsqueda de su fin último, y tema de fondo de este escrito: el acceso efectivo a la justicia, reflejando de alguna forma en la realidad social, la nueva cara del viejo conflicto entre libertad e igualdad y su encuentro en la solidaridad como principio integrador.

En nuestra opinión, los derechos individuales homogéneos, son al Estado Social de Derecho, los que fueron los derechos fundamentales de la persona para el Estado Clásico Liberal, pues no es exagerado en este contexto, ver en los individuales homogéneos, el derecho de sumar mi causa individual a la de mis semejantes para acudir como uno solo a la protección de lo que siendo de todos no le pertenece a nadie en particular, es decir la materialización práctica de la solidaridad como criterio de conducta social.

### **3.2. Las Acciones de Clase y la Tutela de los Derechos Individuales Homogéneos en Colombia.**

Mientras que en sociedades como la norteamericana los ciudadanos acuden a las acciones de clase, incluso para reclamar el reembolso de la entrada que compraron para ver en cine una película promocionada mediante una campaña publicitaria fraudulenta<sup>21</sup>, en Colombia, más de diez años después de consagradas en la Constitución, las acciones de clase, no servían para que los pobladores del municipio de Bojayá (Chocó), acudieran ante la administración de justicia, para pedir que se declarara la responsabilidad del Estado, y se condenara al pago de perjuicios por la omisión de la fuerza pública en la protección de su vida, honra y bienes, durante los hechos ocurridos el 2 de mayo de 2002 en ese municipio, durante los cuales según los accionantes, resultaron muertas 119 personas, heridas 120 y desplazadas forzosamente aproximadamente 3.800<sup>22</sup>. La razón: la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que los accionantes no podían ejercer la acción de clase porque no existían como grupo con anterioridad al hecho.

---

<sup>20</sup> Véase Arveláez Uribe, Martín. *“La transformación de la Propiedad Intelectual”*. Tomo II, Bogotá, Edit. Doctrina y Ley, 2005.

<sup>21</sup> Detalles de esta acción de clase contra Sony Pictures Entertainment, Inc. Se pueden consultar en el periódico El Tiempo en: <http://tr.eltiempo.terra.com.co/blogs/home/contenidoblog.php?blog=2609831619>, y en BBC News, en: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/film/4741259.stm>

<sup>22</sup> Véase Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2004. Hecho 1.

### 3.3. La Doctrina Legal de la Preexistencia del Grupo como Requisito de Procedibilidad para Ejercer las Acciones de Clase, Producto de las Definiciones Ineptas de la Ley 472 de 1998.

El principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas, es un criterio hermenéutico según el cual, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable.

El motivo por el cual el Consejo de Estado consideró que la existencia del grupo con anterioridad al daño, era prerrequisito de procedibilidad para ejercer las acciones de clase, fue la aplicación que hizo del “principio del efecto útil de las normas jurídicas”, sobre el inciso final del artículo tercero de la Ley 472 de 1998, un artículo ubicado en el capítulo que contiene las “definiciones” de la ley, que regula el ejercicio de las acciones de clase. Dice el artículo referido:

*“LEY 472 DE 1998. ARTÍCULO 3o. ACCIONES DE GRUPO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. ~~Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.~~*

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”.

Esta definición legal de las acciones de clase, en su inciso tercero repite de manera innecesaria los elementos definitorios de la acción, frente a esta “perplejidad hermenéutica”, el intérprete aplicó el mencionado principio del efecto útil, y en lugar de concluir que la norma decía dos veces lo mismo, lo que concluyó fue que la norma exigía dos requisitos diferentes; el primero, la existencia de una causa común de los perjuicios individuales, y el segundo, la existencia del grupo con anterioridad al daño.

Mucho se puede analizar a partir de esta doctrina legal y de la sentencia C-569, en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso tercero en cuestión, y dejó sin fundamento la doctrina legal de la preexistencia del grupo, pero a lo que nos queremos referir aquí, es a la relación causal entre la definición inepta y los resultados de la interpretación a la que ésta obliga al juez. Al respecto dijo la Corte en la Sentencia C-569:

*“... Ahora bien, la Corte recuerda que el núcleo de la argumentación de la Sección Tercera del Consejo de Estado es la tesis de que, en función del principio del efecto útil, es necesario atribuir un efecto propio al hecho de que los incisos primeros de los artículos 3º y 46 de la Ley 472 de 1998 prácticamente repitan dos veces la misma exigencia de que existan condiciones uniformes respecto de una misma causa que origine los perjuicios, por cuanto ese requisito aparece explícito en la primera parte de esas disposiciones, y es reiterado implícitamente en la segunda parte del precepto, cuando señala que las condiciones uniformes deben también predicarse respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. **En tales circunstancias, es indudable que si dichas disposiciones no realizaran esa repetición, entonces el Consejo de Estado nunca hubiera llegado a la doctrina de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad de esas acciones, y hubiera admitido que el daño mismo podría ser el factor conformante del grupo, por cuanto la ley no estaría exigiendo la preexistencia del grupo. Esto muestra entonces que el posible problema constitucional señalado por la demanda no está en la interpretación del Consejo de Estado sino en la definición***

**legal de la acción de grupo establecida en el inciso primero de los artículos 3º y 46 de la Ley 472 de 1998...”. (Negrilla fuera de texto).**

En otro aparte de la misma sentencia dijo la Corte:

*“En la medida en que la primera parte del inciso primero de los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998 desarrolla adecuadamente los elementos propios de la acción de grupo, no tiene ningún sentido constitucional conservar la parte final de ese mismo inciso que simplemente duplica, al parecer innecesariamente, los elementos definitorios de la acción, sobre todo si se recuerda que esa reiteración ha sido el fundamento legal de la doctrina de la exigencia de la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad de dichas acciones, requisito que, como ha sido explicado por esta sentencia, es desproporcionado, desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia, y riñe con la naturaleza y finalidad de las acciones de grupo”.*

El artículo tercero examinado, es solo un ejemplo de lo que sucede con el capítulo segundo de la ley (definiciones) que reglamenta el ejercicio de las acciones colectivas, hay que mencionar que tampoco se encuentra en dicho texto legal, una definición de acción colectiva, ni de derechos de incidencia colectiva, ni de derechos individuales homogéneos, ni de derechos colectivos<sup>23</sup>. A su vez, la doctrina legal de la preexistencia del grupo, es un ejemplo de cómo estos vacíos, en un país de profunda y arraigada tradición jurídica escrita como Colombia, deja la seguridad de las instituciones al vaivén de la jurisprudencia de las Cortes, cuyas discrepancias muchas veces han generado consecuencias tan graves para la sociedad, que en Colombia para referirse a ellas se ha acuñado la frase popular de “choque de trenes”.

Frente a este panorama, son claros los obstáculos que tiene el sistema para avanzar en temas críticos para la consolidación de las acciones de clase, temas como los efectos de la cosa juzgada, la litispendencia, la legitimación en la causa por activa, la legitimación en la causa por pasiva, la notificación, la representación, y el derecho de pertenencia al grupo, temas todos que requieren del litigio interpartes para su apropiado debate, litigio que es imposible iniciar desde un catálogo de definiciones confusas, erradas, incompletas o inexistentes que desfiguran la titularidad de los nuevos derechos reconocidos, evapora la legitimación en la causa, impide el ejercicio de las acciones en desarrollo y obstaculiza el acceso a la justicia.

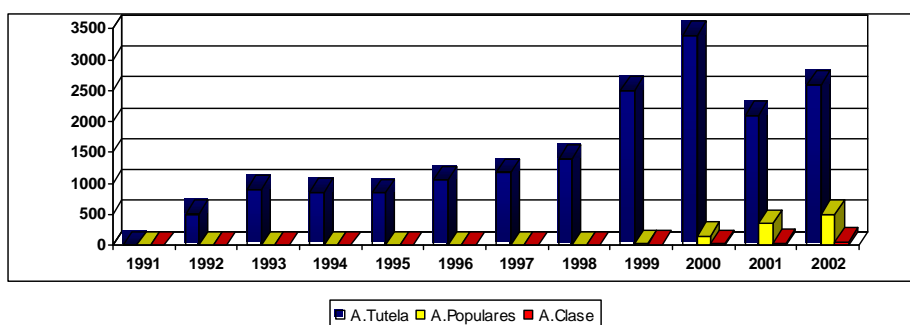
En ausencia del catálogo de definiciones legales idóneo, es apenas lógico que una acción, de la cual la ley no dice qué derechos tutela, ni quién es el titular de ella, caiga en desuso y, por el contrario, aquella que cuenta con definiciones legales claras que permitan invocarla sin obstáculos, se desarrolle a partir de su implementación. La “gráfica 1” ilustra el planteamiento desde la realidad colombiana, nos muestra la comparación entre la implementación de las acciones de tutela, las populares y las de clase desde 1991 hasta el 2002. Recordemos que respecto de la acción de tutela, la Constitución dijo qué derechos tutela y quiénes son sus titulares; de las acciones populares, dijo qué derechos tutelan pero no quiénes son sus titulares; y de las de clase no dijo nada respecto de los derechos tutelados ni de los titulares.

## **GRAFICA 1**

---

<sup>23</sup> El artículo 4 de la Ley 472 de 1998, lo que presenta es un listado de algunos de los derechos que se pueden reputar como derechos colectivos, pero no se encuentra referencia alguna a los elementos genéricos diferenciales propios de los derechos colectivos como categoría de derechos.

ACCIONES DE TUTELA, DE GRUPO Y DE CLASE EN EL CONSEJO DE ESTADO PERIODO 1991-2002  
Fuente: "Colección de Reformas en la Rama Judicial, Propuesta para un orden diferente" Consejo Superior de la Judicatura y agencia GTZ oct 2004.



#### 4. NECESIDAD DE UN CATÁLOGO DE DEFINICIONES LEGALES IDÓNEAS PARA LLENAR LOS VACÍOS EN EL SISTEMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN COLOMBIA

Dentro del contexto ya esbozado, podríamos decir que de la misma forma en que quien opera la balanza debe disponer de un juego de pesas de distinto calibre, para poder servirse de la combinación de ellas hasta encontrar el punto de equilibrio para cada caso, el sistema de litigio colectivo debe disponer de un “juego de derechos sustantivos positivos” de diferentes características, que al igual que en la metáfora, se complementen y corrijan entre sí hasta lograr el equilibrio que exige el orden justo.

Teniendo el ordenamiento colombiano los “medios de acceso a la balanza” en las acciones populares y de clase, en ausencia del reconocimiento legal de los derechos individuales homogéneos y de la pobre definición de los colectivos, lo que parece seguir incompleto es el juego de derechos sustantivos positivos que hagan operativo el sistema.

Refiriéndose a la importancia que tuvo el reconocimiento de derechos sustantivos positivos para el desarrollo del litigio colectivo en Brasil, dice el profesor Antonio Gidi:

*“Para desarrollar un sistema de litigio colectivo que fuera aceptable para los abogados del derecho civil fue importante ante todo crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuir los mismos a los grupos. Si el sistema legal no establece específicamente esos derechos, la acción colectiva sería un instrumento procesal sin derechos que proteger. Esto fue logrado por la Constitución brasileña y por muchas otras leyes sustantivas creadas en las décadas de 1980-1990. Fue entonces necesario crear las abstracciones necesarias y colocar un “título legal” a los derechos de los grupos. Además, estas abstracciones tenían que ser conceptuadas de una manera que diera a los juristas y jueces la tranquilidad de un enfoque familiar y científico. Solamente entonces un instrumento procesal para reivindicar los derechos de los grupos pudo ser exitosamente elaborado y utilizado”<sup>24</sup>.*

En ausencia del catálogo positivo que contenga las definiciones de los derechos de incidencia colectiva, le falta al ordenamiento colombiano la definición legal, clara y concreta de los derechos individuales homogéneos. En pleno proceso de formación temprana, adolece nuestro naciente sistema de litigios colectivos, de la piedra angular a partir de la cual

<sup>24</sup> Gidi, Antonio. “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”. 4ª ed., Edit. Universidad Autónoma de México, 2004, p. 49.

se construye el edificio. No tenemos una norma equiparable a la regla 23 de las reglas del Procedimiento Civil de Estados Unidos, o al artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, normas que por su contenido han sido piezas clave del desarrollo de cada sistema.

Explicando en concreto el papel que desempeña la definición positiva de lo que aquí metafóricamente hemos llamado “el juego de derechos sustantivos positivos” y refiriéndose a los peligros que previene de la interpretación judicial, dice en la misma obra el profesor Gidi:

*“La ley brasileña incorporó el concepto de “transindividualidad” porque el legislador sintió la necesidad de reconocer explícitamente la existencia de una nueva categoría de derechos positivos para evitar errores de interpretación por parte de los tribunales y juristas más conservadores, que de otro modo podrían malinterpretar la ley”*

A su vez, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América –sin duda la obra científica más importante en la que se puede apoyar nuestra reflexión, no sólo por el marco dentro del cual se desarrolló, y por las calidades de quienes participaron de su elaboración, sino especialmente por su enfoque y propósito<sup>25</sup>– dedica los dos numerales de su primer artículo al referido catálogo en los siguientes términos:

#### **“Capítulo I – Disposiciones generales**

**Art. 1º.- Ámbito de aplicación de la acción colectiva.** *La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:*

*I- intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;*

*II- intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” .*

Habiéndose hecho ya claridad sobre la importancia que tiene la definición legal de los derechos de incidencia colectiva al interior de un ordenamiento que pretenda desarrollar un sistema de litigio colectivo, ocupémonos ahora de precisar la naturaleza y el alcance que debe tener dicha definición, pues es precisamente en este punto donde se originan los principales obstáculos para el caso colombiano.

Dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua:

**“Definición.-** (Del Lat. *definitio*, -*ônis*):

Es la proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial”.

Dice el mismo diccionario al definir la palabra proposición:

**“Proposición.** (Del Lat. *propositio*, -*ônis*):

Expresión de un juicio entre dos términos, sujeto y predicado, que afirma o niega este de aquel, o incluye o excluye el primero respecto del segundo”.

---

<sup>25</sup> En la tarea de formular una hipótesis normativa, que se ha propuesto este trabajo, un código modelo receptor de principios y orientador de reformas para países de derecho civil, elaborado desde la óptica de importantes juristas Iberoamericanos, resulta para el objeto de este estudio no sólo punto de referencia obligado, sino la mejor muestra del estado del arte.

Acogiendo el sentido que impone el diccionario para el término “definición”, deben precisarse en la definición legal de cualquiera de los derechos de incidencia colectiva, los caracteres genéricos y diferenciales necesarios para distinguir unos de otros, y poder desde la especificidad de sus características propias, hacer los desarrollos adaptativos necesarios. Privar a los derechos de incidencia colectiva de una definición en esos términos es privarlos de elementos que son prerequisites naturales de su desarrollo jurídico; así lo entendieron los redactores del Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América, y así lo dejaron consignado en su obra.

Nótese que con la mera lectura guiada por las más elementales convenciones gramaticales, en la redacción del numeral primero del artículo 1 del mencionado código se puede constatar la presencia de:

Un **sujeto gramatical**: Los intereses o derechos difusos; y

Un **predicado gramatical** en el que se enuncian sus caracteres genéricos diferenciales: a) supraindividualidad; b) indivisibilidad; y, c) titularidad en cabeza del grupo.

De la misma forma se ven en el numeral segundo del mismo artículo:

**Sujeto gramatical**: Intereses o derechos Individuales Homogéneos;

**Predicado gramatical** en el que se enuncian sus caracteres genéricos diferenciales: a) individualidad; b) titularidad en cabeza de los miembros de un grupo.

Una definición que prescindiera del uso de estos elementos básicos no puede llamarse tal por sustracción de materia, pues adolece de los elementos de su esencia y por lo tanto no sólo es inepta para cumplir su cometido en cualquier contexto, sino que además en el caso de las definiciones legales, se convierte en un elemento que entorpece los desarrollos naturales derivados del examen al que se somete una definición legal cada vez que se pretenden ejercer derechos relacionados con ella, que es precisamente lo que ha sucedido con las contempladas en el catálogo de definiciones legales del capítulo II de la Ley 472 de 1998, el cual por incompleto y confuso, lejos de crear las condiciones necesarias para que el derecho como relación social genere los desarrollos que se requieren respecto de la solución de conflictos de naturaleza multisubjetiva, se ha convertido en fuente de obstáculos para el acceso efectivo a la justicia y en factor retardatario del tan necesitado desarrollo de la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

#### **4.1. Elementos Básicos de un Catálogo de Definiciones Legales para el Sistema de Litigios Colectivos en Colombia.**

Los efectos de la cosa juzgada, la litispendencia, la legitimación en la causa por activa, la legitimación en la causa por pasiva, la notificación, la representación y el derecho de pertenencia al grupo, son los temas considerados por la doctrina como fuentes de problemas importantes para el litigio colectivo.

Abordar el examen jurídico de estos temas desde el ordenamiento colombiano requiere que de la ley, pueda surgir un grado de certeza importante sobre la naturaleza de al menos los siguientes elementos:

- DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA
  - Difusos

- Colectivos
- Individuales homogéneos.
- ACCIONES COLECTIVAS
  - Acciones populares
  - Acciones de grupo o clase

A continuación se integran algunas de las definiciones aceptadas en la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, para después adaptarlas al caso colombiano y proponer la taxonomía de derechos que sustenta nuestra conclusión.

#### **4.2. Derechos de Incidencia Colectiva.**

Dentro del contexto de la conflictividad multisubjetiva, define María Carlota Ucín, a los derechos de incidencia colectiva como “la trilogía que se encuentra en la base del fenómeno jurídico”, y se refiere al concepto, como un concepto integrado por tres diferentes categorías: Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos<sup>26</sup>. Este concepto obedece fundamentalmente a la necesidad de diferenciar los derechos propios de la conflictividad multisubjetiva, como especie distinta de otras especies de derechos, –por ejemplo los propios de la conflictividad subjetiva– y otorgarles un “título” bajo el que se puedan definir las características que le son comunes a los “géneros” de esa especie.

Así entonces, articulando diferentes autores podemos decir que hay que distinguir primero entre dos “especies” de derechos; los propios de la conflictividad subjetiva, a los cuales podríamos llamar derechos meramente individuales, y los propios de la conflictividad multisubjetiva, llamados derechos de incidencia colectiva. A su vez, los derechos de incidencia colectiva admiten dos géneros: el género de los derechos con objeto indivisible, al que pertenecen los difusos y los colectivos, y el género de los derechos con objeto divisible al que pertenecen los individuales homogéneos.

Entender y aceptar esta taxonomía de los derechos resulta indispensable para efectos de edificar un sistema de litigios colectivos, pues un tratamiento diferente lleva a confusiones graves, ya que cada una de estas definiciones contiene rasgos definitivos que explican la necesidad de remedios procesales diferentes para su respectiva tutela.

De ahí precisamente lo acertado de la denominación “derechos de incidencia colectiva”, pues independientemente de si su objeto es divisible o indivisible, o si su titular es un individuo o un grupo, su rasgo común es la incidencia directa que tienen sobre el colectivo, es decir su trascendencia social. Representa entonces la “incidencia colectiva”, el rasgo que identifica su vínculo con el principio de solidaridad, y por lo tanto cualquier interpretación o aplicación lejana de esta concepción al menos en Colombia, debe tenerse como contraria a la Carta.

En desarrollo de la misma línea de ideas, agrupados bajo una misma categoría apropiadamente definida, el entendimiento sistemático de cada uno de los derechos de incidencia colectiva, comporta de manera tácita su relevancia social, sin que se necesiten agregar en la definición términos que tratando de enunciar esa relevancia, saturan su contenido y dan pie a interpretaciones equivocadas. Por tal motivo, las definiciones que se

---

<sup>26</sup> Ucín, María Carlota. “*Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual*”. Ponencia al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, Septiembre de 2005.

presentan a continuación se limitan al enunciado de los rasgos que los diferencian con los otros géneros de su misma especie, y no con otras especies de derechos.

#### **4.3. Derechos Difusos.**

Son aquellos que recaen **sobre un bien esencialmente indivisible**, y tienen la particularidad de aglutinar en torno del mismo, a un grupo de personas indeterminables vinculadas por circunstancias de hecho.

Cumpliendo con su tarea de resaltar las características comunes que vinculan el objeto definido a otros similares, y las diferencias que lo hacen similar y no idéntico a ellos, la definición que aquí se trae de derechos difusos, resalta la característica que tienen en común con los colectivos, y por la cual ambos, dentro de la especie “derechos de incidencia colectiva”, pertenecen por igual al género “derechos con objeto indivisible”, cual es precisamente, la indivisibilidad del bien jurídico tutelado. A continuación, enuncia aquella característica que marca la diferencia con su congénere (los derechos colectivos), es decir, la clase de grupo que aglutina este tipo de derecho, que en este caso, es de aquellos conformados por “personas indeterminables vinculadas por circunstancias de hecho”, marcando desde ya unas exigencias particulares para su tratamiento procesal.

A su turno, la definición de derechos colectivos que presentamos a continuación hace lo propio.

#### **4.4. Derechos Colectivos.**

Son aquellos que recaen **sobre un bien esencialmente indivisible**, y tienen la particularidad de aglutinar en torno del mismo, a un grupo de personas determinables, vinculadas por circunstancias de hecho o de derecho.

#### **4.5. Derechos Individuales Homogéneos.**

Son aquellos que recaen sobre un bien divisible, tienen un origen común y socialmente relevante, y aglutinan en torno de ellos a grupos de personas determinables o indeterminables, que buscan de manera colectiva la indemnización de los perjuicios individuales.

Se definen aquí los individuales homogéneos resaltando: la naturaleza aglutinante que los hace parte de la especie “derechos de incidencia colectiva”; la divisibilidad del bien jurídico tutelado que los diferencia de aquellos del género “derechos con objeto indivisible”; el origen común –que deja muy claro que un derecho individual solo puede ser visto como homogéneo en la medida en que acude ante el derecho de manera solidaria con otros que comparten su origen–; las clases de grupo que puede aglutinar (abierto o cerrado); y por último, la relevancia social que los diferencia de aquellos de la especie “derechos meramente individuales”.

#### **4.6. Acción Colectiva.**

Las define de manera impecable Antonio Gidi de la siguiente forma: “... es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”; y resalta a continuación “... En consecuencia, los elementos

*esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada”.*

Desde la óptica colombiana, la definición ofrecida por el profesor Gidi interpreta perfectamente el espíritu del constituyente del 91, que consideró necesario dotar a los titulares de derechos inspirados por el principio de solidaridad, de acciones colectivas de rango constitucional que garantizaran su ejercicio efectivo: las acciones populares y las acciones de clase. Es tal la relevancia que tienen dichas acciones para el ordenamiento, que la doctrina las ubica como parte del llamado “trípode del garantismo constitucional”<sup>27</sup>.

#### **4.7. Acción Popular.**

Es la acción colectiva, que tiene por finalidad evitar el daño causado por la vulneración de derechos colectivos o difusos.

Reiterando la necesidad de interpretar este postulado de manera sistemática en relación con los que lo preceden, para el caso colombiano esta definición incorpora en la expresión “acción colectiva” los elementos esenciales de las acciones colectivas ya expuestos en su definición, los cuales están llamados a diferenciarlas de la especie opuesta, es decir, de las “acciones individuales”.

Ya habiéndolas identificado como pertenecientes a una especie, la definición incorpora dos elementos que las diferencian de las otras de su misma especie: su finalidad preventiva, y el objeto de su protección: los derechos colectivos y difusos.

#### **4.8. Acción de Clase.**

Es la acción colectiva que tiene por finalidad la indemnización de los perjuicios causados por la conducta dañina que por su trascendencia social, da origen a derechos individuales homogéneos.

Hace lo propio la definición propuesta de acciones de clase, al marcar sus diferencias con las populares a partir del enunciado de su finalidad: la indemnización de perjuicios, y del objeto de su protección: los derechos individuales homogéneos.

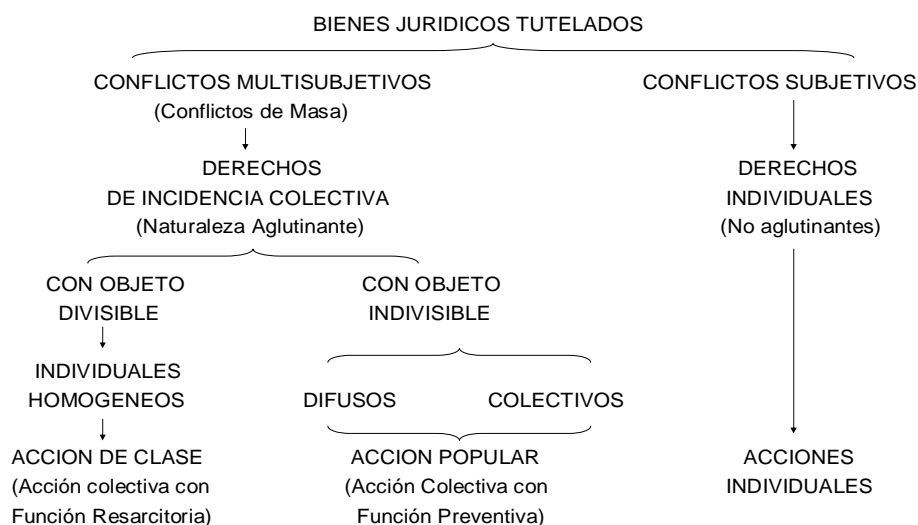
Es necesario hacer aquí un paréntesis para resaltar, en bien de la unidad conceptual de este trabajo, que esta forma de articular los derechos individuales homogéneos con las acciones de clase (en una relación de derecho protegido - acción protectora), es lo que permite activar “atributos” del binomio que no existirían si se relacionaran de otra forma, como por ejemplo, su capacidad para disuadir actores económicos de la implementación de prácticas abusivas o dañinas del interés individual, cuando son movidos por el ánimo de evitar demandas con importantes consecuencias económicas, en una clara materialización del principio clásico según el cual, “los vicios privados, devienen en virtudes públicas”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Para observar en detalle la importancia de las acciones de clase en el derecho constitucional colombiano, véase: Aristizábal Villa, Javier “Acciones de Clase en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Revista de Estudios Gerenciales*, Número 72, Universidad ICESI, Julio – Septiembre de 1999, p. 23

<sup>28</sup> El principio lo desarrolla en detalle Vallespín, Fernando. “*El Estado Liberal*”. Madrid, Edit. Universidad Autónoma de Madrid, p. 70.

## TAXONOMIA PROPUESTA PARA EL CASO COLOMBIANO



### 5. CONCLUSIONES

En Colombia tienen derecho a ejercer acciones de clase los titulares de derechos individuales homogéneos. Sin embargo, mientras no exista un catálogo de definiciones legales que admita una pedagogía clara y universalmente válida para los asociados, la respuesta a nuestra pregunta elemental de ¿quién tiene el derecho a ejercer una acción de clase?, seguirá dependiendo de profundas disertaciones judiciales, a veces acertadas, a veces no, y la estabilidad y desarrollo de las acciones de clase, y de la tutela de los derechos individuales homogéneos, estará siempre amenazada por la incertidumbre de la llegada de una nueva sentencia que eche a tierra la doctrina legal de turno.

#### 5.1. Hipótesis.

Se presenta como parte final de este trabajo, un catálogo de definiciones –explicadas ya en líneas muy generales dentro de este documento–, que han surgido de un esmerado intento de articulación del pensamiento de diferentes autores, con las particularidades del litigio colectivo colombiano y los principios constitucionales que deben inspirarlo.

### 6. PROPUESTA DE CATÁLOGO DE DEFINICIONES LEGALES PARA LLENAR LOS VACÍOS EN EL SISTEMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN COLOMBIA

**6.1. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.-** Son derechos de incidencia colectiva: Los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos.

**6.2. DERECHOS DIFUSOS.-** Son derechos difusos aquellos que recaen sobre un bien esencialmente indivisible, y tienen la particularidad de aglutinar en torno del mismo a un grupo de personas indeterminables, vinculadas por circunstancias de hecho.

**6.3. DERECHOS COLECTIVOS.-** Son derechos colectivos aquellos que recaen sobre un bien esencialmente indivisible, y tienen la particularidad de aglutinar en torno del mismo a un grupo de personas determinables, vinculadas por circunstancias de hecho o de derecho.

**6.4. DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.-** Son derechos individuales homogéneos aquellos que recaen sobre un bien divisible, tienen un origen común y socialmente relevante, y aglutinan en torno de ellos a grupos de personas determinables o indeterminables, que buscan de manera colectiva la indemnización de los perjuicios individuales.

**6.5. ACCIÓN COLECTIVA.-** Son acciones colectivas las acciones promovidas por un representante, para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas, y cuya sentencia obligará al grupo como un todo.

**6.6. ACCIONES POPULARES.-** Son las acciones colectivas que tienen por finalidad, evitar el daño causado por la vulneración de derechos colectivos o difusos.

**6.7. ACCIONES DE CLASE.-** Son acciones de clase, las acciones colectivas que tienen por finalidad la indemnización de los perjuicios causados por la conducta dañina, que por su trascendencia social, origina derechos individuales homogéneos.

**6.8. ACCIONES DE CLASE. PROCEDENCIA.-** Proceden las acciones de clase, para la tutela de los derechos individuales homogéneos.

Finalizada la exposición que pretende transmitir nuestra percepción sobre por qué nuestro momento histórico exige el desarrollo decidido de un sistema de litigio colectivo, y de cómo la ausencia de definiciones legales idóneas obstruye dicho desarrollo, en un momento en que el legislador dispone ya de copiosos y destacados avances existentes en la jurisprudencia, en la doctrina, y en el derecho comparado para corregir la situación, es inevitable concluir que es injustificada la demora de un ejercicio articulador que le permita al ordenamiento jurídico colombiano apropiarse de dichos avances, y nutrirse de sus fuentes naturales en bien del efectivo acceso a la justicia.

Aspira este catálogo a ser punto de partida de un debate que despierte el interés de la comunidad jurídica sobre la necesidad de impulsar una reforma legal de las acciones colectivas colombianas y que ponga al servicio de la sociedad de este país el esmero y la dedicación con que muchos autores han abordado este tema.

Los frutos de ese esfuerzo ya se encuentran disponibles incluso de manera sistematizada y adaptada a las necesidades de nuestros países, como es el caso del Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América, o los avances del Código del Consumidor de Brasil. Este ensayo es simplemente un llamado para que iniciemos lo que Antonio Gidi denomina “el trasplante responsable”<sup>29</sup>.

Como se dijo al principio de este trabajo, la verificación empírica de las hipótesis aquí planteadas, sólo puede hacerse contra la realidad futura, por lo pronto esperamos que su comprobación lógica abra el debate.

## BIBLIOGRAFÍA

“Acciones Populares y de Grupo. Nuevas Herramientas para Ejercer los Derechos Colectivos” Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos. Memorias del Seminario

---

<sup>29</sup> Gidi, Antonio. *“Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”*. 4ª ed., Edit. Universidad Autónoma de México, 2004, p. 3.

- Internacional de Acciones Populares y de Grupo. Santa Fe de Bogotá, Edit. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Septiembre 7, 8 y 9 de 1994.
- Giraldo Ángel, Jaime. *“Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica”*. Bogotá, Edit. Legis, 1999.
- Aristizábal Villa, Javier. “Acciones de Clase en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Revista de Estudios Gerenciales*, Número 72, Universidad ICESI, Julio - Septiembre de 1999.
- Arveláez Uribe, Martín. *“La transformación de la Propiedad Intelectual”*. Bogotá, Edit. Doctrina y Ley, 2005.
- Barreto Rodríguez, José Vicente. *“Acción de Tutela. Teoría y Práctica”*. 2ª ed., Bogotá, Edit. Legis, 1998.
- BBC News, en <http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/film/4741259.stm>, consultada en junio de 2006.
- “Biotecnología. Apuesta del milenio”, Revista Dinero, Edición 134, junio 08 de 2001.
- Caracas. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. “Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América”. Octubre 28 de 2004.
- “Colección de Reformas en la Rama Judicial, Propuestas para un orden diferente”. Colombia, Consejo Superior de la Judicatura/ G.T.Z. Tomo I.
- Colombia, Congreso de la República, Constitución Política de Colombia, 1991.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de agosto 05 de 1998.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-728 de 2004.
- Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Sub Sección B. Expediente N°05-1725 diciembre 12 de 2005.
- Estudios Universal, Película “Erin Brockovich”, 2000.
- Gidi, Antonio. *“Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”*. 4ª ed., Edit. Universidad Autónoma de México, 2004.
- “La Encrucijada del Arroz en el Tolima”, Revista Dinero, Edición 254. Junio 05 de 2006.
- Londoño Toro, Beatriz. *“Acciones populares, de grupo y de cumplimiento”*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, SAE.
- Méndez Gallego, María Teresa. *“Estado social y Crisis del Estado”*, Orígenes y Evolución del Estado Social. Capítulo V, Madrid, Edit. Universidad Autónoma de Madrid.
- Mojica, José Alberto, Bogotá. en [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com), Junio 5 de 2006.
- Monroy Cabra, Marco G. *“Introducción al Derecho”*. 10a. ed. Editorial Temis.
- Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization) en: [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/region\\_s/region\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm), consulta en agosto de 2006
- Parking, Michael. *“Economía”*. 6ª ed., Edit. Pearson, Addison Wesley, 2004.

Periódico El Tiempo.com, Colombia, en <http://tr.eltiempo.terra.com.co/blogs/home/contenidoblog.php?blog=2609831619>, consulta en agosto de 2006.

República de Brasil, Código del Consumidor Brasileño.

Rey Vega, Carlos. *“La Propiedad Intelectual Como Bien Inmaterial”*. Bogotá, Edit. Leyer, 2005.

Taruffo, Michele. *“Some Remarks On Group Litigation In Comparative Perspective”*. Italia, Edit. Universidad de Pavia (Italia), 2001.

Ucín, María Carlota. *“Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual”*. Ponencia al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, Septiembre de 2005.

Vallespín, Fernando. *“El Estado Liberal”*. Madrid, Edit. Universidad Autónoma de Madrid.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.  
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,  
Dirección Postal  
Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)  
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en EDITORIAL ABC.  
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.