

**ERNESTO VILLAMIL RINCÓN**



***DEBIDO PROCESO COLECTIVO, LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA EN  
LAS ACCIONES DE GRUPO.***

**Universidad del Rosario  
Maestría en Derecho Administrativo  
Facultad de Jurisprudencia  
Bogotá D.C. 2017.**



**ERNESTO VILLAMIL RINCÓN**

**DEBIDO PROCESO COLECTIVO, LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA EN  
LAS ACCIONES DE GRUPO**

**Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, para  
obtener el título de:**

**Magister en Derecho Administrativo**

**Director de tesis: Dr. Carlos Mauricio López Cárdenas**

**Semestre II, 2017.**

*A la memoria de mi madre Orquídea, fuente inagotable de amor, comprensión y paciencia para conmigo. Porque el tiempo que me ha tomado escribir estas líneas, te lo he arrebatado.*

## Contenido

ÍNDICE DE AUTORES.....	V
ABREVIATURAS .....	XI
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	18
La representatividad adecuada en las acciones de clase ( <i>Class Action</i> ) Norteamericanas.....	18
1. <i>Class Action</i> , una mirada al pasado. ....	18
2. Regla Federal de Procedimiento Civil No.23 ( <i>Rule 23</i> ), requisitos de admisión y mantenimiento de la clase, e hipótesis de cabimiento.....	27
2.1 Rule 23 (a), requerimientos explícitos de admisión, y mantenimiento de la acción colectiva ( <i>class action</i> ). ....	29
2.2 <i>Rule 23(a)</i> , requisitos implícitos. ....	34
2.3 Rule 23(b), hipótesis de cabimiento. ....	35
3. Representatividad adecuada y debido proceso.....	38
3.1. Conflicto de intereses y representatividad adecuada.....	39
3.2. Representatividad adecuada, estándares de su estudio.....	49
3.2.1. Las funciones del representante colectivo y del abogado de la clase.....	50
3.2.2. Adecuada representación del representante colectivo (Representative plaintiff).....	52
3.2.3. Representatividad del abogado de la clase (Adequacy of counsel).....	59
3.2.3.1. Representatividad del abogado, conflictos de interés. ....	62
3.4. Representatividad adecuada, ausencia y sus efectos. ....	64
3.5. Nuevas aproximaciones a la representatividad adecuada.....	64
CAPÍTULO II .....	67
La representatividad adecuada en la experiencia latinoamericana, Brasil y Argentina. ....	67
1) Los procesos colectivos un recorrido histórico por Brasil. ....	67
2) El concepto de acción colectiva y sus elementos.....	77
2.1. Los derechos colectivos. ....	78
2.2 La cosa juzgada colectiva.....	82
2.3. Legitimación colectiva. ....	85
2.3.1 Legitimación colectiva – Naturaleza jurídica.....	88
2.3.2 Teorías de la representación colectiva – La actuación del legitimado colectivo.....	90
2.3.3. Legitimación ope legis – Hacia un examen sobre la representatividad adecuada.....	93

3. La representatividad adecuada - Consecuencias ante su ausencia. ....	101
3.1 Códigos modelo de procesos colectivos – una adecuada representación.....	104
4. La representatividad adecuada y los procesos colectivos en la Argentina. ....	108
4.1. Contextualización.....	108
5. La causa “Halabi” y la representatividad adecuada. ....	114
5.1. La representatividad adecuada – Desarrollos provinciales. ....	123
CAPÍTULO III.....	130
Debido proceso: del individual al colectivo, una aproximación al juicio justo para las acciones colectivas.....	130
1. Breve reseña histórica del debido proceso .....	130
2. Debido proceso e imposibilidad de conceptualización. ....	139
2.1. El debido proceso, diversos métodos para conceptualizarlo. ....	141
2.2. Debido proceso, naturaleza en derecho.....	145
2.2.1. El Debido Proceso, Derecho Fundamental. ....	146
2.2.2 El debido proceso como principio.....	149
3. El debido proceso, doble faceta – Procedimental – Sustantivo.....	153
4. Debido proceso funcional.....	157
4.1. El saber especulativo v. el saber práctico.....	157
4.2. Debido Proceso, garantía funcional.....	163
5. Debido proceso colectivo .....	171
5.1 Un vistazo al debido proceso colectivo en Colombia .....	176
CAPÍTULO IV.....	179
La Adecuada representación y la Acción de Grupo Colombiana.....	179
1. Breves antecedentes de la llamada “acción” de grupo.....	180
2. La adecuada representación en Colombia.....	187
2.1 La adecuada representación antes de la Constitución Política de 1991. ....	187
2.2 La Adecuada representación en la Carta Constitucional de 1991. ....	192
2.3. La Adecuada Representación y la Ley 472 de 1998. ....	198
3. La representatividad adecuada en las acciones de grupo, una nueva perspectiva.....	203
3.1. Representatividad adecuada, su estudio e implementación de <i>lege data</i> . ....	204
3.1.1 La representatividad adecuada y el líbello introductor del proceso. ....	205
3.1.1.1 <i>En torno a la capacidad financiera y la experiencia del abogado del grupo</i> ....	215
3.1.2. Representatividad y notificaciones adecuadas. ....	219
3.1.3 La conciliación y la representatividad del abogado. ....	222

3.1.4 La representatividad adecuada y la conducta intra-procesal.....	227
3.1.5 Representatividad adecuada y actuación extraprocesal.....	231
4. Ausencia de representatividad adecuada, consecuencias y diversas soluciones.....	233
4.1. La mutación de la acción de la acción de grupo por falta de representatividad adecuada – nulidad por indebida representación -.....	234
4.2. El relevo de la acción de grupo y la supervivencia de la acción colectiva.....	240
4.3. El control participativo de la representatividad adecuada – pinceladas para un desarrollo posterior.....	245
5. Una reflexión final en torno a los procesos colectivos y a la representatividad adecuada en Colombia.....	246
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	249
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	256
<b>LIBROS</b> .....	256
<b>CAPÍTULOS DE LIBROS</b> .....	262
<b>PUBLICACIONES PERIÓDICAS</b> .....	268
<b>TESIS DE GRADO</b> .....	282
<b>ARTÍCULOS PERIÓDICO</b> .....	282
<b>OTROS DOCUMENTOS</b> .....	282
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	284
Jurisprudencia extranjera.....	284
Norteamericana.....	284
Brasileña.....	285
Argentina.....	285
Jurisprudencia nacional.....	287
Corte Constitucional.....	287
Sentencias de Constitucionalidad.....	287
Sentencias de Tutela.....	288
Sentencias de Unificación.....	289
Corte Suprema de Justicia.....	289
Consejo de Estado.....	289
Autos.....	289
Sentencias.....	292
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.....	293
<b>NORMATIVIDAD</b> .....	294
Normatividad extranjera.....	294

Brasil .....	294
Argentina.....	295
Estados Unidos.....	296
Normatividad nacional .....	296
Constitución .....	296
Leyes .....	296
Decretos .....	297
CIBERGRAFÍA.....	298

## ÍNDICE DE AUTORES

### A

Agudelo Ramírez, Martín, 131, 142, 143, 155, 169  
Aitken, Marilyn, 131, 132, 134, 135  
Aitken, Robert, 131, 132, 134, 135  
Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, 222, 226  
Alcalde Rodríguez, Enrique, 150, 152  
Alexy, Robert, 146, 148, 149, 150  
Alsina, Hugo, 144, 154  
Alvarado Velloso, Adolfo, 2, 3, 137, 140, 143, 144, 148, 149, 204, 212  
Amaya, Úbeda de Torres, 163  
Antíseri, Dario, 160  
Araújo, Ana, 194, 228  
Arias, Mike, 51, 52  
Aristóteles, 149, 156  
Atienza, Manuel, 145, 148, 149, 150  
Azula Camacho, Jaime, 2, 204

### B

Bader, Hans, 238  
Bahe-Jachna, Ruth, 30, 31, 211, 213  
Barbosa Moreira, José, 191  
Barreau, Herve, 156  
Barreiros, Lorena, 144, 152, 153, 155, 165  
Bejarano Guzmán, Ramiro, 180, 181, 197, 199, 200, 201, 211  
Berizonce, Roberto, 107  
Bermúdez Muñoz, Martín, 5, 181, 182, 183, 184, 186, 195, 197, 198, 200, 210, 216, 219, 221, 222  
Bernal Cuéllar, Jaime, 146, 164, 165, 168  
Bernal Pulido, Carlos, 145, 163, 164, 167, 170  
Bianco, William, 28  
Bodenheimer, Edgar, 1, 9, 10  
Bone, Robert, 44, 60  
Boutruche, Robert, 130  
Bruno da Silva, Alexandre, 170, 171, 173, 194, 241  
Burch, Elizabeth 44, 48, 65  
Burgorgue- Larsen, Laurence, 163  
Bustamante, Reynaldo, 140, 147

### C

Camargo de Azevedo, Júlio, 75  
Camargo, Pedro, 129, 130, 134, 137, 138, 142, 170, 179, 180, 184, 185, 193, 196, 198, 221  
Cambi, Eduardo, 87, 94  
Cappelletti, Mauro, 1, 70, 77, 86, 171, 172  
Cárdenas Mejía, Luz, 157  
Cardona Galeano, Pedro, 143, 155  
Cardona Jiménez, Jorge, 130

Carnelutti, Francesco, 2, 3, 63  
Carnota F, Walter, 110, 114  
Carucci, Anthony, 44, 49, 65  
Cássio Casagrande, Luis, 71, 72, 91  
Cerqueira, Marcelo, 85, 86, 99, 103, 199

## Ch

Chemerinsky, Erwin, 156, 157  
Chinchilla, Tulio, 147

## C

Clito Fornaciari, Flavia, 19, 30, 31, 69, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 103, 230  
Concentino, Luciana, 82  
Constanza Garzino, Maria, 109  
Cooper Alexander, Janet, 27, 28, 36, 54, 58, 62, 65, 201, 223  
Cooper, Edward, 46, 65  
Correa Palacio, Ruth 6, 181, 195, 200, 206, 220, 223  
Cortés González, Juan Carlos, 150  
Costa, Wellington, 13, 149, 154, 155  
Couture, Eduardo, 2, 3, 4, 130, 137, 154, 196, 204, 209  
Cuello Iriarte, Gustavo, 129, 134  
Cuevas Cuevas, Eurípides, 183  
Curry, Gregg, 47, 52, 57, 62, 64, 232

## D

Da Silva, Fabio, 139, 143, 163  
De los Santos, Mabel, 108, 112, 124  
Deems, Nyal, 26  
Degnan, Ronan, 38  
Devis Echandía, Hernando, 2, 8, 164, 204, 207, 235  
DeWitt, Robert, 48  
Dickerson, Thomas, 54, 55, 56, 231  
Didier Jr, Fredie 77, 78, 79, 141, 165  
Diez Schwerter, José Luis, 179, 181  
Dinamarco, Pedro, 71, 84, 93  
Donahue, Charles, 20

## E

Eberle, Edward, 131, 134, 154  
Esades, Vincent, 50, 52  
Escobar Alzate, Jenny, 149  
Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, 180, 181, 184, 192  
Espitia Garzón, Fabio, 159  
Esquilo, 163  
Estrada, Sergio, 150, 151, 152, 166

## F

Fischer, Madeleine, 48, 52, 55, 60, 64, 231, 233  
Floréz Gacharna, Jorge, 186, 190  
Freires, Samuel, 78, 79, 80, 82, 84

## G

Galdós, Jorge Mario, 114  
García Canales, Mariano, 150  
García Morente, Manuel, 141, 144, 159, 167  
García Ramirez, Sergio, 136, 143, 153, 155, 193  
Gastaldi, Suzana, 80, 81  
Giannini, Leandro, 4, 5, 6, 107, 111, 112, 113, 118, 119, 122, 126, 178, 179, 189, 190, 203, 217, 222  
Gidi, Antonio, 27, 40, 52, 68, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 102, 103, 104, 173, 192, 193, 203, 216, 223, 232, 239, 240, 242, 244  
Goguen, David, 50, 51  
Gómez Lara, Cipriano, 145  
Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, 67, 68, 79, 92  
Gonçalves, Vinicius, 83  
González Rivas, Juan José, 140, 151, 154  
Gozaíni, Osvaldo, 108, 109, 140, 142, 153, 154, 155, 165  
Griffin, Gordon, 42, 47, 62, 65  
Grombacher, Kiley Lynn, 51, 52  
Guayacán Ortiz, Juan Carlos, 178, 180, 181, 200, 201

## H

Harkins, John, 23, 24, 25, 38  
Henaó Hidrón, Javier, 180, 181  
Hensler, Deborah, 21, 23, 25, 26, 27, 39  
Hernández Enriquez, Alier, 184, 185, 211, 220, 224  
Hernández Villarreal, Gabriel, 145, 151, 195  
Hoyos, Arturo, 147, 163

## J

Junyent Bas, Francisco, 109

## K

Kalafatich, Caren, 118, 220, 221, 241  
Kamp, Allen, 39  
Kane, Mary Kay, 52  
Kane, Sandra, 41  
Karlsodt, Paul, 238  
Klonoff, Robert, 48, 49, 50, 56, 57, 61, 64, 194

## L

Larkin, Jocelyn, 59, 61

Leal, Luciana, 67, 76, 98, 209  
León Armenta, Luis Ponce, 10  
Lima, Maria, 129, 152, 155  
Lopera Lopera, Jairo de Jesús, 143, 163, 164, 168  
López Cárdenas, Carlos, 6, 81, 183, 184, 185, 186, 199, 200, 205, 211, 213  
Lorraine Hansberry, 39  
Lucchesi de Ramacciotti, Edda, 139

## M

Marcin, Raymond, 19, 20, 23  
Marcus, David, 48, 65  
Maritain, Jacques, 158,  
McDonald, Michael, 53, 57, 64, 223  
Mcilwain, Charles, 132, 133  
Medina Maia, Diogo, 95  
Merriam, Dwight, 136, 153, 154  
Meyerhof Salama, Bruno, 69  
Miller, Geoffrey, 45, 46, 47, 48, 65, 223  
Modena, Ana, 170, 171, 173, 194, 241  
Monroy Cabra, Marco Gerardo, 151  
Montealegre Lynett, Eduardo, 147, 164, 165, 168  
Moore, Nancy J, 52  
Morales Molina, Hernando, 8, 230  
Moreno M, Andrés, 115  
Moreno Ortiz, Luis Javier, 130, 136, 138, 143, 147, 162, 167  
Mosmann, Maria Victoria, 126

## N

Nery de Andrade, Rosa, 94, 101  
Nery Junior, Nelson, 94, 101  
Neto, Francisco, 89  
Nisimblat, Nattan, 143, 145  
Norma Adams, 20

## O

Ortega y Gasset, José, 139  
Orth, John, 134  
Oteiza, Eduardo, 109, 119  
Ovalle Favela, José, 3, 4, 119, 189, 217, 228

## P

Parellada, Ricardo, 165  
Parglender, Mariana, 69  
Pascuarelli, Jorge, 3  
Pegoraro, Lucio, 10  
Pellegrini, Ada, 71, 82, 96, 98, 194  
Peña Peña, Rogelio, 2, 3, 139, 141, 163, 204, 212, 221

Pérez Restrepo, Bernardita, 144  
Pico della Mirandola, Giovanni, 164  
Picó I Junoy, Joan, 146, 147, 154  
Prakash, Anna, 48, 53, 54, 55, 64, 231, 232 233

## Q

Quinche Ramírez, Manuel, 137, 155  
Quintero Correa, María del Socorro, 191, 192

## R

Ramírez Gómez, José Fernando, 144, 154  
Reale, Giovanni, 160  
Recasens Siches, Luis, 1, 159, 160, 161  
Rinella, Angelo, 10  
Robledo, Miguel 108  
Rocha Alvira, Antonio, 208  
Rocha, Kátia , 72, 73, 99, 100  
Rocha Ochoa, Cesáreo, 151, 235  
Rodó, José Enrique, 163  
Rojas Gómez, Miguel 143, 155, 170  
Rojas Suarez, Jimmy 6, 200, 201, 212, 221  
Rossi, Abelardo, 157, 159  
Rothstein, Barbara, 30, 61, 62, 225, 230  
Rowe, Thomas, 21  
Rúa Castaño, John, 143, 163, 164, 168  
Rueda Fonseca, Maria del Socorro, 205, 213  
Ruiz, Juan, 145, 148, 149, 150  
Ruschel Da Cunha, Ana Paula, 105, 217

## S

Safi, Leandro, 114  
Sanabria Santos, Henry, 6, 1200, 201, 202, 207, 227  
Santomauro, Damian, 53, 57, 64, 223  
Santos Perissé, 71, 72, 91  
Sarmiento Palacio, Germán, 180, 181, 183, 184, 190, 191, 197  
Selden Society, 20  
Shay, Alison, 40  
Silva Noya, Felipe, 77, 86, 88, 89, 91, 93, 100, 101, 102, 130, 142, 154, 155, 229  
Silva Pinto, Esdras, 172, 174, 242  
Sirvent Gutierrez, 230  
Sitkowski, Robert, 137, 154, 155  
Sloer de Godfrid, Fanny, 140  
Smith, Ronald, 142, 153, 154, 156  
Soberanes Fernández, José Luis, 133  
Souza, Gelson, 80, 99  
Souza, Nathália, 85, 93, 96, 97, 99, 101, 103, 233  
Spence, Susan, 18, 19, 21, 22, 23, 24  
Spinola Gomes, Tércio, 243

Spooner, Lysander, 131, 133  
Starr, Scott, 50, 52  
Stevenson, Shannon, 28  
Sucunza, Matías, 114, 173, 174, 177, 242  
Summers, Sarah, 29, 30, 31, 34, 36, 58, 61, 206, 211

## T

Tamayo Jaramillo, Javier, 182, 187, 211, 214, 222  
Tarazona Navas, Julio Alberto, 196, 235  
Tate, Joshua, 132  
Thamay, Rennan, 78, 82, 83, 97, 103, 167, 171, 172, 174, 195, 240  
Tidmarsh, Jay, 38, 39, 42, 43, 44, 47, 49, 65  
Tolomei, Fernando, 80, 99  
Tovar Martinez, Edmer, 191

## V

Velásquez Herrera, Rosmery, 192, 193  
Verbic, Francisco, 2, 4, 5, 6, 108, 110, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 125, 172, 174, 175, 190, 195, 221, 222, 232, 234, 241, 242, 245  
Verri, Marina, 73, 89, 90, 99, 100  
Véscovi, Enrique, 143, 155  
VillaBella, Carlos Manuel, 9  
Vizcarra Dávalos, José 145, 155

## W

Wasserman, Rhonda, 134, 135, 137  
Willging, Thomas, 30, 61, 62, 225, 230  
Woolley, Patrick, 49, 239  
Wray, Alberto, 142, 143, 153, 157, 169, 170

## Y

Yeazell, Stephen, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 45, 214

## Z

Zagrebelsky, Gustavo, 146, 147, 150, 151, 159, 161, 162  
Zamora Calvo, José, 158, 159  
Zaneti Jr, Hermes, 68, 69, 74, 78, 80, 81

## **ABREVIATURAS**

<b>RFPC.</b>	Reglas Federales de Procedimiento Civil (Estados Unidos)
<b>LACP.</b>	Ley de Acción Civil Pública (Brasil)
<b>CDC.</b>	Código de Defensa del Consumidor (Brasil)
<b>LGA.</b>	Ley General de Ambiente (Argentina)
<b>LDC.</b>	Ley de Defensa del Consumidor. (Argentina)
<b>SCUS.</b>	Corte Suprema de los Estados Unidos
<b>CSJN.</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina



## INTRODUCCIÓN

### **1. Justificación, problema y objeto de investigación.**

Al derecho debe acompañar la certeza, esto es así, dado que las personas deben tener noción de las prerrogativas y limitaciones que les acompañan a lo largo de su vida y durante su interacción con las demás personas y con el Estado, de manera que el espectáculo abigarrado de la vida social no les tome por sorpresa.<sup>1</sup> A pesar de lo anterior, la certeza o seguridad, entendida como parálisis e inamovilidad no son un bien que se predique como deseable, pues, el derecho debe ser mutable o dinámico, esto es, debe arrojarse a la comprensión y normación de la realidad y de las novedosas pulsiones sociales.<sup>2</sup>

En ese sentido, como lo afirma Bodenheimer,<sup>3</sup> la única forma en que el derecho puede conservarse y sobrevivir es cuando abraza el cambio, la creación y evolución de las figuras destinadas a tener una función jurídica, figuras todas que parten de la necesidad de la época y las circunstancias en que se han gestado. Así, con el devenir de la modernidad las relaciones sociales que en su génesis eran singulares a su vez han devenido en relaciones colectivas, en las cuales el valor del individuo cede su lugar al valor de la colectividad y de las agrupaciones.

Ese cambio en la forma de relacionarse en sociedad, aparejó un cambio en la manera de crear nexos en derecho y como tal, en los conflictos que surgen producto de dichas relaciones, los cuales, como se deduce ya no lo son en clave singular, sino en clave colectiva, es decir, aquellos donde el actuar de uno solo puede ofender el derecho o interés de un gran número de personas, gestándose en un escenario de violaciones masivas.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Luis Recasens Siches. *Las funciones del derecho*, en Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa México, 1997, p. 114; *Las funciones del derecho en la vida social*, en Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 222- 225; Edgar Bodenheimer. *El Derecho*, en Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, Bogotá - Colombia, 1997, p. 33.

<sup>2</sup> Recasens Siches, Luis. *Las funciones del derecho en la vida social*, pp. 222 – 225.

<sup>3</sup> Bodenheimer, Edgar. *El Derecho*, p. 31.

<sup>4</sup> Mauro Cappelletti. *La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil*, Revista de la Facultad de Derecho, UNAM, enero –junio, 1977, p. 74.

Consecuencia del surgimiento de estos conflictos, el derecho concibió novedosas figuras de orden sustancial, rotuladas como derechos o intereses colectivos, los cuales alejados de los moldes y esquemas tradicionales e individualistas, exigían a su vez un mecanismo o camino de orden procedimental y procesal idóneo para su aplicación y discusión. Aquel mecanismo o ruta para la discusión de los conflictos de orden colectivo, es el proceso colectivo, el cual, para comprender y discurrir adecuadamente sobre los derechos y conflictos que le sirven de causa, se aleja de la propedéutica procesal general de corte individual y retoza hacia una de cariz colectivo, así, al proceso colectivo lo acompaña su propia teoría procesal y, como es natural su propio debido proceso.

De esta forma, el debido proceso en el marco de los procesos colectivos *in genere* y de la acción de grupo en particular adquiere una especial dimensión y categoría en relación con las acciones individuales.<sup>5</sup> Consecuencia de lo anterior, los mecanismos procesales diseñados por el legislador deben atender a las características especiales y específicas de cada conflicto,<sup>6</sup> diferenciando para el caso entre conflictos individuales y colectivos, pues tal y como lo indica la doctrina procesal, es la finalidad del proceso erigirse en un instituto de resolución de conflictos o de desactivación de controversias<sup>7</sup>. Es así, como en el

---

<sup>5</sup> Desde sus primigenias objetivaciones, el debido proceso se ha concebido como un derecho o garantía eminentemente individual, por ende en tratándose de acciones donde los extremos litigantes son múltiples, dicho derecho debe adoptar una connotación grupal o colectiva. Véase: Adolfo Alvarado Velloso. *El debido proceso*, en Justicia y Sociedad, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Num 167, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 547.

<sup>6</sup> El criterio diferenciador de los procesos donde se debaten causas colectivas de aquellos en donde el conflicto es interpersonal, radica más que en los derechos que en ambos se discuten, en las características propias del conflicto a resolver. Al respecto, se indica que los conflictos colectivos se caracterizan por: 1) poseer un elevado número de personas 2) que los sujetos afectados posean una similar situación frente al agente daño, situación que puede ser bien de derecho o de hecho 3) trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial 4) mayor exigencia de tratamiento unitario 5) externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo, es decir, para el autor, resulta poco ventajoso y/o desfavorable el tratamiento individualizado de las causas. Véase: Francisco Verbić. *Los procesos colectivos, necesidad de su regulación*, La Ley, 2010-A-769, 22 de Diciembre de 2009, pp. 6 y ss.

<sup>7</sup> Eduardo J. Couture. *Introducción al estudio del proceso civil*, Segunda Edición ed, De palma, Argentina, 1983, p. 55; Francesco Carnelutti. *Como se hace un proceso*, Tercera Edición ed. Bogotá – Colombia, TEMIS S.A, 2007, p. 9; *Instituciones del proceso civil* - Tomo I, vol. I, Buenos Aires - Argentina EJE, p. 28; Rogelio Enrique Peña Peña. *Teoría general del proceso*, Segunda Edición ed, Bogotá – Colombia, ECOE, 2011, p. 195; Hernando Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal - Tomo I, Teoría general del proceso*, ed. DIKE, Duodécima Edición ed, vol. I, Colombia, Biblioteca Jurídica DIKE, 1987, p. 160; Jaime Azula Camacho. *Manual de Derecho Procesal - Tomo I teoría general del proceso*, Décima Edición ed, vol.

escenario patrio la Ley 472 de 1998, norma que desarrolla adjetivamente el contenido del artículo 88 Constitucional, se convierte por excelencia en el mecanismo de acceso a la administración de justicia a través del cual se litigan los conflictos o causas colectivas.<sup>8</sup>

Los conflictos como relaciones sociales<sup>9</sup> aparejan el concepto de alteridad,<sup>10</sup> que como tal presupone dos partes, cada una guiada por un objetivo, que al ser contrario o irreconciliable con el de la otra, genera un choque. Ahora bien, siendo el Derecho una ciencia social, caracterizada por regular relaciones sociales jurídicamente relevantes, es que surge la importancia del “conflicto jurídico” como especie del genero conflicto, el cual tradicionalmente fue emparejado con el concepto de *Litis*<sup>11</sup> para referenciar un choque de intereses opuestos jurídicamente reconocidos, es decir, a través de una pretensión resistida, o actualmente como la colisión de ánimos reconocidos en normas jurídicas que prescriben conductas que en el plano factico no se cumplen.<sup>12</sup>

Así pues, el conflicto colectivo como pugna de intereses jurídicamente relevantes que pretendidos por una pluralidad de sujetos son resistidos por uno o varios contendores es lo que le sirve de causa o hecho genitor al llamado “proceso colectivo”, mecanismo de debate dialogal<sup>13</sup> que siguiendo la idea de Carnelutti, se explica en la limitación de la mente humana y su diversidad,<sup>14</sup> pues al juntar varios hombres se espera o aspira conseguir una especie de súper-hombre que posea mejores y mayores aptitudes que las individualmente conferidas a cada uno. Es precisamente esta idea en la que se sustentan los procesos

---

I, Bogotá – Colombia, TEMIS S.A, 2010, p. 42; Adolfo Alvarado Velloso. *Introducción al estudio del Derecho Procesal - primera parte*, II vols, vol. I, Argentina, RUBINZAL -CULZONI, p. 19.

<sup>8</sup> Ley nº 472 del 5 de agosto de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial nº. 43.357 de Agosto 6 de 1998, Véase los artículos 1, 2, 3,46, 52, 55, 66.

<sup>9</sup> Irving Copy y Carl Cohen. *Introducción a la lógica*, 2011. Citado por Jorge Pasquarelli. *Conflicto: La razón de ser del proceso*, en *La fé del hombre en si mismo o la lucha por la libertad a través del proceso - el mundo procesal rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso*, ed. Editorial San Marcos, Lima – Perú, 2009, p. 251.

<sup>10</sup> Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p.125; José Ovalle Favela. *Teoría general del proceso*, México, Harla S.A, 1991, p. 122.

<sup>11</sup> Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil - Tomo I*, p. 28.

<sup>12</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, p. 24.

<sup>13</sup> Como afirmará Hegel, la justicia se sirve de la dialéctica, pues, su estructura intrínseca es la misma, se pone, se opone y se compone. Así lo sostiene también, la llamada escuela del Garantismo Procesal, esto puede observarse en *Ibid*, p.24; Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 54.

<sup>14</sup> Carnelutti, Francesco. *Como se hace un proceso*, p. 36.

colectivos en general y la acción de grupo particularmente, que burilada con el conflicto que le sirve de causa le otorga unos elementos diferenciales.

Al respecto, la doctrina ha señalado que estos procesos revelan dos elementos, a saber son *representativos*<sup>15</sup> y *extensivos*,<sup>16</sup> en cuanto a los efectos de la sentencia. Es decir, de suyo comportan una noción de masividad o generalidad que abarca todo el espectro del proceso, en otras palabras, todas las etapas de la actuación procesal. Teniendo en cuenta lo anterior, las acciones de grupo, son el escenario donde recobran más vívidamente su importancia las palabras pronunciadas por Palas Atenea en el juicio de Orestes, en el texto de *las Euménides* al decir que “nunca habrá justicia si habiendo dos partes solo se ha oído la voz de una”.<sup>17</sup> Esto es así, pues al ser base de este proceso una ficción, por virtud de la cual se tiene como *parte litigante*<sup>18</sup> aún a quienes no asisten a la contienda, por cuestiones de justicia se vislumbra una necesidad de protección a favor de esta “legión”.

---

<sup>15</sup> Los procesos colectivos, son representativos o gestionales en la medida en que un representante bien de naturaleza pública o privada acciona en nombre de un gran masivo de personas y, se trata de un representante atípico, por cuanto él mismo se da ese carácter, es decir, no es elegido por sus representados y no actúa por virtud de un mandato, incluso en la mayoría de las veces actual en desconocimiento de los representados y contra su voluntad. Esto puede consultarse en: Verbic, Francisco. *Prueba científica en los procesos colectivos - Importancia de la publicidad y el contradictorio durante su producción, algunas ideas para dotar al juez de mayores elementos de juicio a la hora de su valoración*, Revista de Derecho Procesal, Argentina, 2012 – 2, p. 377; Leandro Giannini. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local (Salta), el rol del Ministerio Público en el control de la representatividad adecuada*, Revista del Ministerio Público Fiscal de Salta Temas Judiciales No.5, Febrero de 2010, p. 5; *La representatividad adecuada en los procesos colectivos*, en Procesos Colectivos, ed. Eduardo Oteiza (Coord.), Santa Fé – Argentina, Rubinzal- Culzoni, 2006, p. 184.

<sup>16</sup> Esto es así, pues, la actuación del representante obligará a todos los miembros del grupo como regla general. Claro está, dicha obligación en cuanto a los alcances de la cosa juzgada variará dependiendo del sistema que se acoja, esto es: *pro et contra*, *secundum eventum litis* o *secundum eventum probationem*. Valga la pena la aclaración, tal y como lo manifiesta Giannini, en principio pareciera que en los sistemas que consagran una solución distinta de la cosa juzgada *pro et contra* la falta de representación no pareciera liminalmente tan grave. Sin embargo, el mismo autor indica que en cualquiera de las tres situaciones la culpa *in eligiendo* atribuible al representante afectan de una u otra forma los intereses de la clase. En: Giannini, Leandro. *La representatividad adecuada en los procesos colectivos*, p. 185.

<sup>17</sup> Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 41.

<sup>18</sup> Utilizando la terminología referida por Lorena Wachmaier Winter al referirse a la regulación de la acción colectiva en el Código de Enjuiciamiento Civil Español del 2000, en José Ovalle Favela. *Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos*, Revista Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No 107, 2003, p. 611.

Es en este marco donde emerge la “representación adecuada”<sup>19</sup>, (*adequacy of representation*) garantía insigne y especialísima del debido proceso colectivo que funge como remedio a las dolencias de la acción colectiva<sup>20</sup> y, de justificante de origen constitucional de la existencia de los procesos masificados, pues, solo a través de la idónea y proba gestión de quien asume el inicio, continuación y fenecimiento de la relación procesal, se garantiza la aplicación, respeto y vigencia del debido proceso del colectivo.

Consecuentemente, el instituto de la adecuada representación, a la luz de los procesos colectivos y de la acción de grupo, comporta una doble faceta de Derecho y Obligación.<sup>21</sup> En cuanto a la primera, lo es en la medida que hace parte de las garantías comprendidas dentro del derecho al debido Proceso (Art. 29. Superior, Art. 8. De la Convención Interamericana de Derechos Humanos), donde se prevé que cualquier persona,<sup>22</sup> posee derecho a la defensa y a la representación de un defensor elegido por el o de oficio, situación que se ve acentuada en materia de la acción de grupo, pues en la gran mayoría de casos dicha “elección” es tacita o inexistente.<sup>23</sup> En relación a la segunda, la gestión en los enjuiciamientos grupales se erige en una obligación, pues, quien asume voluntariamente el adelantamiento de una causa colectiva o grupal, limita en cuanto a sus

---

<sup>19</sup> A lo largo de este escrito, se utilizan indistintamente las expresiones “adecuada representación” y “representatividad adecuada”, esto, en la medida en que “adecuada representación” surge de la traducción literal de la RFPC 23 (a)(4) que hace uso del término “*adequacy of representation*” y, “representatividad adecuada” es la terminología acuñada por la doctrina latinoamericana relativa a los procesos colectivos.

<sup>20</sup> Se utiliza la terminología, dolencias y defectos de las acciones de grupo, para hacer referencia a la mala técnica legislativa aplicada en la ley 472 de 1998, dentro de la cual no se prevé claramente un sistema de representación adecuada, ni de tipo objetivo ni subjetivo, más si se señala que una de las cortapisas al efecto *erga omnes* de la cosa juzgada es que un representado alegue la indebida representación.

<sup>21</sup> En cuanto a la categoría de derecho, Verbic manifiesta que “la representación adecuada es un pilar fundamental para sostener la constitucionalidad de los procesos colectivos a la luz de la garantía del debido proceso” en: Verbic, Francisco. *La representatividad adecuada en las Class Actions norteamericanas*, Revista de Derecho Comercial, Abeledo Perrot, 2008, p. 3. A la vez Giannini indica que “la adecuada representación en términos financieros de las acciones de clase “No se trata de un “retaceo” elitista ni de un reparo formal aleatorio sino de la salvaguarda del debido proceso de los afectados ajenos al pleito”. En: Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local (Salta)*, p. 6.

<sup>22</sup> En este caso, en tratándose de un conflicto colectivo la expresión “cualquier persona” debe entenderse en términos grupales, es decir, como el sujeto litigante.

<sup>23</sup> En materia de las acciones colectivas no se cumple el precepto del derecho común, por virtud del cual “la voluntad tacita o expresa extingue y crea obligaciones y derechos” pues, en este escenario aun cuando no se preste la voluntad, consecuencia de un errático sistema de publicidad de decisiones judiciales, los efectos expansivos del fallo todavía cobijan a los ausentes. En: Giannini, Leandro. *La representatividad adecuada en los procesos colectivos*, p. 5; Verbic, Francisco. *Prueba científica en los procesos colectivos*, p. 377.

derechos procesales a los demás miembros del grupo.<sup>24</sup> Al respecto la doctrina posee opiniones separadas en cuanto a su significación,<sup>25</sup> su naturaleza,<sup>26</sup> oportunidad de estudio<sup>27</sup> y requerimientos.

Así, dependiendo del lente con el que se focalice la representatividad adecuada, puede afiliársele – no sin error - con dos posturas liminalmente opuestas o en términos maniqueístas, irreconciliables, de forma que la existencia o aplicación de una deriva en la negación de la otra, estos extremos se revelan o rotulan por parte de los estudiosos en el tema, como “subjetivo” y “objetivo”, o “parcial” e “imparcial” y, varían según la fenomenología procesal del país objeto de estudio.

---

<sup>24</sup> Tal y como lo manifiesta Verbic, el inicio de una acción colectiva, afecta sobremanera los derechos procesales de los sujetos que están ausentes del litigio, en cuanto al: 1) si iniciar o no la demanda 2) en donde 3) y a cómo hacerlo. En cuanto al primero, el autor hace referencia al derecho de “acción” entendido como la facultad de acudir al tribunal a solicitar una sentencia de fondo o mérito, en el caso del enjuiciamiento grupal se afecta, pues ya no es una “facultad”, ya no es voluntario acudir al tribunal, sino que pende de la actividad del representante. En cuanto al donde, el representante determina la competencia territorial del litigio, y finalmente en cuanto al cómo, se refiere al tiempo de inicio de la acción colectiva y sobre la técnica jurídica empleada. En: Verbic, Francisco. *La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas*, p. 5.

<sup>25</sup> Hay quienes definen a la representación adecuada, como un requisito de la pretensión colectiva, a diferencia de quienes la definen como un instituto jurídico o un derecho. Véase: Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local*, p. 4.

<sup>26</sup> En cuanto a su naturaleza, la doctrina se divide entre quienes dicen que la “adecuada representación”, es eminentemente subjetiva, pues, se analiza respecto del representante y su abogado, en lo que refiere a sus condiciones personales, profesionales y, financieras. Esto se puede observar en: La regla federal del procedimiento civil 23; el artículo 2, núm. 2 del Código modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica; en Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local*, p. 4; Ruth Stella Correa Palacio y Martín Bermudez Muñoz. *Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana*, en *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, ed. Universidad Libre de Colombia, Bogotá – Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP, 2006, p. 239. Y quienes indican que la representación debe ser objetiva, de forma que su análisis se realice fuera de las personas de los litigantes y más respecto de las actuaciones del proceso, particularmente en las introducidas en la demanda, esto se puede observar en: Henry Sanabria Santos. *La prueba de la representación del accionante en relación con el grupo como requisito para la admisión de la demanda en la acción de grupo*, en *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, ed. Universidad libre de Colombia, Bogotá – Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP, 2006, p. 287; Jimmy Rojas Suarez. *Comentarios a la ponencia de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Martín Bermudez Muñoz sobre acciones de grupo*, en *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, ed. Universidad Libre de Colombia, Bogotá – Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2006, p. 304; Carlos Mauricio López Cárdenas. *La Acción de Grupo - reparación por violación a los derechos humanos*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 107.

<sup>27</sup> Siguiendo el esquema de la RFPC 23 de los Estados Unidos, la adecuada representación es verificable en todos y cada una de las etapas del proceso, como medio para la protección integral del debido proceso, a diferencia de lo que prevé la Ley 472 de 1998, en el ordenamiento patrio, donde la adecuada representación se analiza, según las voces mayoritarias, al momento de la presentación de la demanda como requisito de la calificación de aquella.

Según lo anterior, si se mira con una *faz* eminentemente interna y subjetiva, la representatividad adecuada comporta un cariz más “parcial” pues se limita a las condiciones intrínsecas y extrínsecas bien del gestor del grupo, bien de su apoderado, o de ambos según sea el caso.<sup>28</sup> Al paso que si se le da una mirada más externa u objetiva, la debida representación colectiva adquiere un cariz más “imparcial” toda vez que se limita a las actuaciones impuestas en el libelo introductor del proceso por parte del abogado.

De forma que, las voces del derecho propugnan cada una por su respetiva apuesta, según la cual, los requerimientos de la representatividad adecuada y de contera del debido proceso colectivo se satisfacen, de manera que, algunos juristas comentan que de considerarse la representatividad adecuada como una exigencia predicable de gestor grupal, conforme al análisis intrínseco y extrínseco que de sus circunstancias haga el juzgador, le otorga a este último prerrogativas exógenas a la ley que limitarían el derecho a la administración de justicia. Mientras que al otro lado de la balanza, se entiende que el analizar la adecuada representación conforme y únicamente al presupuesto procesal de la demanda en forma, garantiza plenamente el debido proceso colectivo de los miembros del grupo.

Es en este escenario donde se desarrolló la presente investigación, entre posiciones aparentemente irreconciliables que propugnan cada una por ser reivindicadora del debido proceso que se debe colectivamente en materia de enjuiciamiento grupal. De manera que, las líneas que recorren este trabajo, abordan la teórica de la debida representación en el marco de los procesos colectivos, conforme a su entendimiento en los planos foráneos, para posteriormente analizar de forma pormenorizada la inteligencia otorgada al instituto en nuestro plano, en donde se vislumbra que aquella posee y merece, un alcance y unas repercusiones más hondas de las que *ab initio* se le han otorgado.

---

<sup>28</sup> En los sistemas como el de la RFPC 23 y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la representación se estudia respecto de dos sujetos claramente diferenciados: 1) el representante del grupo, quien es que ejerce la vocería de los intereses del colectivo y 2) su abogado quien adelanta la gestión judicial. A diferencia del sistema previsto por la ley 472 de 1998 que en su artículo 48 parágrafo, prevé que: “En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectada individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”. Es decir, se confunden en el abogado la condición de procurador judicial y representante del grupo.

De esa forma, este escrito arguye por la existencia de un debido proceso que se debe en clave colectiva, aplicable y exigible en el marco de las acciones de grupo, reguladas por la Ley 472 de 1998, conforme al cual, a las personas que forman parte de grupo demandante les es debido un representante idóneo y adecuado que les garantice un juicio justo y representativo que se extienda durante todas y cada una de las etapas de la actuación procesal y aún más allá.

En ese sentido, la figura de la adecuada representación se filtra en el torrente del proceso colectivo y de la acción de grupo en particular e irradia cada una de sus etapas, en otras palabras, la debida representación para efectos de enjuiciamiento colectivo se presenta a lo largo del ciclo vital del proceso, es su inicio, su desarrollo y su final, de tal forma, que para el caso patrio el debido proceso colectivo no se satisface con la presentación de la demanda, sino que el mismo se extiende aun después de dictada la providencia que ponga fin a la relación jurídico- adjetiva, con el cobro en sede administrativa de la indemnización favorable a la parte litigante. Dado que será en aquella donde se verifique cabalmente la actuación del representante como portavoz y garante de los derechos del grupo y se obtenga la realización del derecho subjetivo.<sup>29</sup>

De manera que, la duda que inspiró el desarrollo de esta investigación, asumió la forma de una simple pregunta ¿Qué elementos garantizan el debido proceso legal a los miembros ausentes de la acción de grupo, a través de la representatividad adecuada?, de cara a la cual, se planteó un objetivo de carácter genérico, y una serie de objetivos de carácter específico. Así, frente al primero, se pretendió analizar el alcance de la representatividad adecuada en Colombia, para con posterioridad ofrecer y proponer un esquema más comprensivo y tuitivo de los derechos del grupo litigante. En relación a los segundos, a manera de propedéutica necesaria para el desarrollo del objetivo general, en primer lugar se analizó tanto la legislación, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras en relación a las acciones de clase o colectivas, en un segundo lugar, se analizó las distintas fuentes de derecho relativas al debido proceso individual que permitieran establecer una noción de carácter colectivo y visualizar su existencia en el orden jurídico colombiano; en tercer lugar, se analizó tanto la ley, como la doctrina y la jurisprudencia nacionales en lo

---

<sup>29</sup> Hernando Morales Molina. *El derecho procesal y el proceso*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1987, p. 92; Hernando Devis Echandía. *Compendio De Derecho Procesal - Tomo I, Teoría general del proceso*, pp. 72 – 73.

relativo a las acciones de grupo y la representatividad adecuada y, conforme a esto, se determinó que defectos de representatividad adecuada presenta la Ley 472 de 1998 y, se propuso una forma plausible de remediarlos.

## 2. Metodología

Esta tesis hace uso de la metodología de investigación denominada como cualitativa, en ese sentido, “se inspira en un paradigma alternativo, emergente, humanista y fenomenológico, el cual aborda problemáticas culturales, históricas y condicionadas en las que se haya inserto el hombre y cuyo objeto es la descripción, la interpretación y la comprensión de los objetos que estudia”.<sup>30</sup> A su vez adopta un tipo o cariz teórico o analítico, en la medida en que se desarrolla sobre objetos abstractos, cuya materia prima es imperceptible por vías sensoriales y cuyo fin cognoscitivo es la reconstrucción del núcleo teórico de una ciencia, de forma que sus herramientas naturales son el empleo de los métodos del pensamiento lógico.<sup>31</sup>

De esa forma, metodológicamente, se abarca el estudio de la representatividad adecuada en el marco de los procesos colectivos en general como garantía del derecho al debido proceso, para finalmente construir unas generalizaciones y aplicaciones a las acciones de grupo colombianas, para ese efecto se hacen uso de distintos enfoques metodológicos, cuya aplicación depende y recae sobre los distintos capítulos que le dan cuerpo a este escrito.

Así, para los dos primeros capítulos relativos al estudio de la representatividad adecuada en distintos ordenamientos foráneos, el primero dedicado de los Estados Unidos de América – lugar de nacimiento de la figura en mención, donde no solo posee su más larga tradición y hondas raíces, sino donde se ha estudiado y desarrollado con mayor profusión por parte de los distintos gremios del derecho – y, el segundo ofrecido al ámbito latinoamericano, particularmente a Brasil y la Argentina – países cuya doctrina y jurisprudencia han tratado y receptado a la representatividad adecuada como un

---

<sup>30</sup> Carlos Manuel VillaBella Armengol. *Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones*, En: Metodologías: Enseñanza e investigación jurídica, 40 años de vida académica Homenaje a Jorge Witker, Wendy A. Godínez Méndez & José Heriberto García Peña, Coord, Universidad nacional autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, Posgrado derecho, Tecnológico de Monterrey, 2015, pp. 928.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 926.

requerimiento de orden necesario para el desenvolvimiento de los distintos procesos colectivos<sup>32</sup> – el enfoque metodológico utilizado es de carácter inductivo, pues se consideran una serie de fenómenos o conocimientos particulares para llegar a una conclusión o conocimiento general,<sup>33</sup> de manera que, a partir del estudio y análisis de los casos particulares de los Estados Unidos, Brasil y la Argentina en lo referente a la inteligencia otorgada por ellos al instituto de la representatividad adecuada desde distintos planos del conocimiento del derecho, se extrajeron unas aproximaciones o conocimientos de corte genérico, cuya aprehensión permitió un entendimiento más amplio, cabal y comprensivo de la figura, para su posterior trasposición y trasplante a nuestro orden jurídico.<sup>34</sup>

En cuanto al segundo capítulo, debe señalarse que la selección de Brasil y Argentina como objeto de estudio no fue azarosa ni mucho menos atendió a un capricho del autor, por el contrario, estos dos países latinoamericanos fueron seleccionados por contar con la mayor producción doctrinal en materia de representatividad adecuada en la región, además por ser ejemplo en el estudio de los procesos colectivos, su diferenciación y entendimiento específico, aunado a su pertinaz deseo de regulación de estatutos procesales especiales en la materia.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Bodenheimer manifiesta que para entender un fenómeno a cabalidad, debe estudiarse él mismo en aquellos lugares donde ha tenido su mayor desarrollo o evolución, está es la razón por la cual se han escogido los anteriores países como marco de referencia para el desarrollo de esta tesis, pues, su estudio permitió un entendimiento cabal y suficiente de la representatividad adecuada. Véase: Bodenheimer, Edgar. *El Derecho*, p. 33.

<sup>33</sup> Luis Ponce de León Armenta. *Metodología del derecho*, ed. Av Republica Argentina 15, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 73.

<sup>34</sup> Esta investigación no hace uso del método del derecho comparado, pues no se desarrolló con el objetivo de observar semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos seleccionados (los Estados Unidos, la Argentina y Brasil) en su tratamiento de la representatividad adecuada; el objeto de análisis de la figura en mención en dichos países, tuvo como finalidad arribar al conocimiento del derecho extranjero en lo relacionado con la adecuada representación en el marco de los procesos colectivos, esto es, conocer su incorporación, desarrollo y manejo sin intención ninguna de realizar comparaciones entre los ordenes foráneos y el patrio. Véase: Lucio Pegoraro y Angelo Rinella. *Introducción al derecho público comparado*, Editorial Palestra, Lima – Perú, 2006, p. 62.

<sup>35</sup> El análisis de figuras jurídicas en el seno de Estados Federales, revela que existen discrepancias y heterogeneidad en el tratamiento que se le otorga a dichas figuras en ausencia de una “inteligencia central comprensiva”, así en lo que hace a la representatividad adecuada se observa que la falta de regulación de orden nacional o la indeterminación de los elementos, factores y consencuencias aplicables, de parte de los máximos órganos de la jurisdicción, genera que se den regulaciones e inteligencias arrítmicas y abigarradamente de parte de los distintos Estados Federales, tal y como se observa en los Estados Unidos, la

En lo que hace al tercer y cuarto capítulo, el escrito adopta un enfoque metodológico de carácter deductivo, pues en ellos se consideran como fundamento una serie de conocimientos o fenómenos generales, para luego inferir conocimiento y consecuencias particulares,<sup>36</sup> de esa forma en el tercer capítulo dedicado al debido proceso, se narra un recorrido que parte del debido proceso individual, de sus categorizaciones y predicados comunes y de orden genérico, para conforme a ellos y a su análisis arribar hacia una conocimiento de orden particular, denominado debido proceso colectivo. Seguidamente, en el cuarto capítulo dedicado a la representatividad adecuada en el orden patrio, conforme al conocimiento recolectado a lo largo de los tres primeros capítulos, se analiza la representatividad adecuada y se derivan unas consecuencias de orden particular en nuestro medio como parte de la existencia de un debido proceso colectivo en el marco de la Ley 472 de 1998.

Finalmente, siguiendo a Courtis esta tesis adopto un enfoque dogmático y, como tal, propendió por conocer, transmitir, mejorar y optimizar el orden jurídico en cuanto a la adecuada representación en materia de procesos colectivos y de la acción de grupo. De tal forma, siguiendo a dicho autor, el cariz de esta tesis es de *lege data*, pues se inclina no sólo a la proposición de interpretaciones plausibles en torno al instituto de la adecuada representación conforme al orden jurídico vigente, sino a formular soluciones plausibles que modifiquen su entendimiento e importancia en el ordenamiento jurídico colombiano.

### **3. Fuentes de conocimiento.**

Las fuentes utilizadas para arribar al conocimiento producto de esta tesis, ostentan distintas clasificaciones, rotuladas por parte de los estudiosos del derecho como fuentes formales y fuentes reales o materiales, de manera que dependiendo del capítulo así mismo dependerá la intensidad en el manejo de las distintas fuentes.

---

Argentina y Brasil. Así, aún cuando en los países federales analizados se reconoce por parte de los máximos estamentos jurisdiccionales la importancia de la representatividad adecuada en los procesos colectivos, estos no han fijado pautas o criterios para su valoración, esto, no ha impedido a los Estados Federados darle un contenido a la representatividad adecuada, lo cual, de ninguna forma afecta el desarrolló de esta tesis, pues en dichos Estados aquel contenido se ha gestado con un único norte, la protección de los miembros ausentes del grupo.

<sup>36</sup> Ibid.

En ese sentido, el primer capítulo dedicado al estudio de la figura en mención en el marco de los Estados Unidos de América, abrevia tanto de fuentes históricas, como de fuentes formales, de manera que, se analizan las normas que comportan las acciones de clase y sus requerimientos en el orden federal, a su vez se hace uso de la doctrina de los más insignes doctrinantes, profesores y litigantes en el tema las *class actions* y, se analiza la jurisprudencia pertinente no solo de la Suprema Corte los Estados Unidos, sino de distintos tribunales de instancia de diferentes estados de la unión americana.

En el segundo capítulo, para el caso brasilero, se hizo uso de herramientas históricas, de normas legales que contemplan procesos colectivos, de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de distintos tribunales federales en la que se ha reconocido la representatividad adecuada y le han otorgado efectos, además de la labor intelectual de *lege data* y *lege ferenda* de los doctrinantes más reconocidos en la temática las acciones colectivas. En el caso de Argentina, a su vez se parte de una categoría histórica sobre los procesos colectivos, se analizan las distintas normas legales y constitucionales de orden nacional y algunas de orden provincial que contemplan procesos colectivos, además de algunos proyectos de ley que reposan en el congreso de la nación argentina cuya pretensión es la regulación homogénea de la temática, aunado a lo anterior se toma en cuenta la jurisprudencia más relevante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y algunos documentos producto de su labor reguladora sobre el tema, además de algunos desarrollos de naturaleza pretoriana que se han gestado en señeras provincias de la Argentina con relación a la representatividad adecuada, finalmente se analiza la doctrina pertinente.

El tercer capítulo, para efectos de su desarrollo se fundó no solo en fuentes de carácter jurídico, como normales legales, profusa doctrina y jurisprudencia foránea y nacional, sino también recayó – con más peso más que los demás capítulos que conforman este escrito – en fuentes de carácter material o real, tales como la historia y filosofía, que permitieron visualizar la mutabilidad del debido proceso y su cariz colectivo.

Finalmente, el cuarto capítulo se nutrió por virtud de un componente histórico, del análisis de la doctrina local y extranjera pertinente a las acciones colectivas y a la acción de grupo en particular, del estudio de las normales legales con efectos colectivos vigentes y derogadas en Colombia, del análisis jurisprudencia ordinaria, constitucional y, contencioso administrativa, además de la presentación de diversos derechos de petición al Fondo para la

Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en los cuales, se le interrogo sobre diversas cuestiones de utilidad para la presente tesis.

#### ***4. Delimitación conceptual del alcance de la investigación.***

- i. Delimitación de orden material en relación a la filosofía y la teoría del derecho:*** Aun cuando la presente investigación hace referencia a temas de carácter eminentemente filosófico, tales como la discusión entre el conocimiento práctico y teórico, así como a temáticas propias y profusamente desarrolladas por la teoría del derecho, como lo son lo relativo a los principios y las reglas, no lo hace con un ánimo omnicomprendivo ni totalizador, sino meramente instrumental, para arribar a un resultado útil debido proceso colectivo y a la acción de grupo, de manera que, esta investigación no es de carácter filosófico ni teórico jurídico, su materia es eminentemente jurídica.
- ii. Delimitación de orden conceptual, en referencia a sistemas políticos y sistemas de organización judicial:*** A pesar que los distintos sistemas de organización política, dan lugar al establecimiento de diferenciados sistemas de administración y organización judicial, esta investigación no habla sobre esas temáticas que rayan con el derecho constitucional y administrativo , así, a pesar de hacer referencia a los sistemas políticos y judiciales de los Estados Unidos, Brasil y la Argentina, esta investigación no se arroja al estudio de esos tópicos de orden genérico, pues recae sobre un único mecanismo existente entre los tres sistemas, los procesos colectivos.
- iii. Delimitación en cuanto al objeto de la presente investigación:*** Esta investigación habla sobre representatividad adecuada y sobre debido proceso, en esa medida su objeto recae sobre un conocimiento de carácter procesal genérico pertinente a dicha figura, por lo tanto le son ajenas objetualmente las temáticas tanto de orden sustancial, como de orden procesal o procedimental

especifico, pues su extensión y entendimiento trasciende del objeto y marco de la presente investigación.

- iv. Delimitación y exclusiones de carácter sustantivo:* Dado que el objeto de la presente investigación recae sobre temas procesales de corte genérico, está a pesar de las exiguas referencias que hace a tópicos de carácter sustancial o sustantivo, los excluye y no versa sobre ellos. En esa medida, esta investigación no versa sobre el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia si bien se hace alusión a su importancia en el marco de los procesos colectivos y de la acción de grupo; tampoco se refiere a derechos fundamentales ni a derechos humanos, de manera que su teórica, interpretación, historia e inteligencias otorgadas tanto por los tribunales patrios, como por los de orden foráneo escapan al alcance de esta investigación; de la misma forma, aunque esta investigación verse sobre acciones de grupo, se excluye lo referente a la indemnización y las distintas formas de reparación con las que pueden ser enmendados los derechos afectados de los miembros del grupo; a su vez, la presente investigación no versa ni pretende relatar y ocuparse sobre la teórica de la reparación extracontractual del Estado, de manera que, no se habla ni profundiza en los distintos títulos de imputación y los elementos de la responsabilidad; finalmente esta investigación no versa sobre derechos colectivos en la forma en que lo hace la Ley 472 de 1998, pues, su entendimiento es pertinente para el desarrollo de la denominada acción popular.
- v. Delimitación y exclusiones de carácter procesal y procedimental específico:* Dado que la teórica de la representatividad adecuada se extiende a lo largo de la denominada acción de grupo, ella raya con distintos temas de orden procesal y procedimental específicos, sin que por eso retoce y se pose en ellos de manera incisiva y detallada, pues, estos dependen de las circunstancias del caso concreto, así mismo, en la medida en que esta es connatural a la acción de grupo, escapa del marco de otro tipo de “acciones”. De esa forma, se excluyen de la presente investigación, la acción popular regulada por la Ley 472 de 1998,

por referirse a una pretensión colectiva diametralmente distinta de la acción de grupo; de la misma forma se excluyen tanto la acción de tutela, como los demás medios de control contemplados por la Ley 1437 del 2011; en lo que hace a las temáticas procesales específicas se excluyen de esta investigación tanto los recursos ordinarios como extraordinarios, su respectiva sustentación, técnica y oportunidad, de la misma forma, en materia de prueba se obvian tanto los medios de prueba, como la carga de la prueba y la técnica y oportunidad probatoria, por ser estos temas que subyacen al desarrollo abstracto de cada caso singular; a su vez, se excluyen de esta investigación lo referente a las medidas cautelares, por limitarse ellas a las contempladas por el Código General del Proceso para los procesos de carácter verbal; finalmente, se excluyen de este escrito lo referente a los distintos medios alternativos de resolución de controversias, por trascender el objeto de este escrito, que versa únicamente sobre el denominado proceso judicial y la acción de grupo.

- vi. ***Delimitación y exclusión temática de la presente investigación:*** A pesar de que esta tesis hace referencia, al denominado Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y, arguye por determinado grado de actuación del representante adecuado, en el marco del procedimiento para el cobro de las indemnizaciones, se excluye de su alcance tanto las funciones que competen al fondo, como su naturaleza y, el procedimiento administrativo para el cobro de la indemnización *in extenso*, pues por su complejidad y dificultad, trascienden de la temática tratada en estas líneas.

## 5. ***Plan de exposición***

Conforme se indicó en el acápite de metodología, esta tesis se gestó a lo largo de cuatro capítulos de manera que el plan de exposición se desarrolla de la siguiente forma:

En el primer capítulo, se abordó la temática de la representatividad adecuada en las acciones colectivas norteamericanas, como elemento garantizador del debido proceso de los miembros ausentes. En primera medida, se observan someramente los antecedentes de la acción colectiva en el derecho anglosajón (*common law*) y su recepción en los Estados

Unidos, hasta la expedición de la Regla Federal de Procedimiento Civil 23 (RFPC 23); en segundo lugar se tratan los requisitos de admisión y mantenimiento de la acción colectiva, además de los casos en que es posible traerla a consideración judicial; seguidamente se analiza la figura de la representatividad adecuada desde el conflicto de interés, luego desde los variados estándares para su estudio tanto frente al representante como a su abogado, así como los efectos de su ausencia en el proceso y finalmente, algunas posturas innovadoras en la materia.

El segundo capítulo inicia con un recorrido histórico por los procesos colectivos en Brasil, hasta la promulgación de la ley de Acción civil pública y el Código de defensa del consumidor ; en segundo lugar se adentra en el contenido de la llamada “acción colectiva”, diseccionando sus correspondientes elementos esenciales, el derecho colectivo, la cosa juzgada colectiva y finalmente la legitimación colectiva, frente a la cual, se desarrollan las distintas teorías que soportan su naturaleza en derecho, así como su justificación en los procesos colectivos, para posteriormente reseñar las distintas posturas en torno a la representatividad adecuada en el seno de la academia brasilera y su consiguiente introducción, seguidamente se reseñan las consecuencias ante su falta en el marco de una acción colectiva y, la intención académica de su positivización y homogenización vía “códigos modelo”.

A continuación se aborda la temática de la representatividad adecuada en los procesos colectivos argentinos, como elemento garantizador del debido proceso de los miembros ausentes. Con tal fin, en primer lugar se esboza un panorama general de los procesos colectivos en la argentina, a partir, de elementos generales de aquellos, como la legitimación y la cosa juzgada; en segundo lugar se analiza desde el ámbito federal, el tratamiento que se le ha dado a la representatividad adecuada, según los trazos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en tercer lugar, se analizan algunos ejemplos provinciales, donde a la gestión del representante colectivo, ávidamente se le ha otorgado un contenido, desde el polo legal o jurisprudencial.

En el tercer capítulo, se analizan los aspectos más emblemáticos del Debido Proceso individual, para tal efecto, se parte de su historia, seguidamente se pone de presente su carácter irreductible y, se ofrecen las diversas formas de conceptualizarlo, a continuación se analizan las características de su naturaleza en derecho, además de su bifurcación en

Debido Proceso “sustantivo” y “procesal”, para conforme a estos elementos, arribar a la idea del proceso que se debe en clave colectiva. Para eso, se hace uso de herramientas de corte filosófico, que permiten afiliar al debido proceso a la realidad y como tal, al cambio, es decir, a la maleabilidad de sus contenidos en razón de la pretensión, posteriormente se desarrolla el debido proceso colectivo y sus caracteres esenciales, dentro de los cuales se halla en un lugar privilegiado la representatividad adecuada, para finalizar con un breve vistazo que denota su existencia en nuestro medio.

En el cuarto capítulo, primeramente se desarrolla un recorrido histórico por las acciones colectivas en nuestro país, que culmina con las expedición de la Ley 472 de 1998, seguidamente se analiza la representatividad adecuada con anterioridad a la Constitución de 1991, para, posteriormente, denotar los cambios que la nueva Carta Política aparejo para los litigios masificados. Siguiendo por ese camino, se desarrolla el estado actual de la representatividad adecuada entre nosotros, desde un punto de vista comprensivo de los distintos formantes del orden jurídico, para luego criticar sus limitaciones y ofrecer un nuevo esquema de idoneidad colectiva que sea más comprensivo y acorde con los requerimientos de las acciones de grupo, como medios para proteger y hacer efectivos los derechos del grupo. Finalmente, se esbozan unas consecuencias ante la falta de representatividad adecuada, en nuestro país. Ultimadamente, se ofrecen las conclusiones a las que se arribó durante el transcurso de esta investigación,

# CAPÍTULO I

## La representatividad adecuada en las acciones de clase (*Class Action*) Norteamericanas.

### 1. *Class Action*, una mirada al pasado.

El litigio colectivo, posee hondas raíces en el sistema del *common law*,<sup>37</sup> los estudiosos de la narrativa histórica en esta temática, han rastreado los orígenes del litigio de grupo, a antecedentes que se remontan hace casi un milenio, en casos adelantados en las Cortes Inglesas de Equidad (*Courts of Chancery*).<sup>38</sup>

Así, en Inglaterra existían dos jurisdicciones, cada una con sus propias competencias,<sup>39</sup> la jurisdicción del derecho (*law*) y la jurisdicción de la equidad (*equity*). La primera de naturaleza rígida, burocrática y formal, con asistencia de un jurado se encargaba de cuestiones relativas a obligaciones pecuniarias, e indemnizaciones (*money damages*), al paso que la segunda, de cariz más flexible y principalista creada de forma suplementaria, tomaba a su cargo decisiones de naturaleza declarativa (*injunctios*).<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Stephen C. Yeazell. *Group litigation and social context: Toward a history of the Class Action*, Columbia Law Review, Volume 77, 1977, p. 867.

<sup>38</sup> Así, por ejemplo en el siglo XII (1125), se observa un mandamiento del rey Henry III al arzobispo de Canterbury, donde aquel resalta el derecho consuetudinario de determinados grupos (villas y parroquias) para adelantar causas de naturaleza representativa a su favor, de la siguiente forma: "according to our law and custom of the realm ... villages and communities of villeins ... ought to be able to prosecute their please and complaints in our courts and in those of others through three or four of their number". Esto puede observarse en: Stephen C. Yeazell (1997) en: T.Susan Spence. *Looking back... in a collective way, a short story of class action law*, Volume 11, No. 6, American Bar Association, (July/ August 2002). (Consultada el 20 de junio de 2016).

<sup>39</sup> Stephen C. Yeazell. *From group litigation to Class Action - Part II: interest, class, and representation*, University of California Los Angeles Law Review, Volume 27, 1979, p. 1087.

<sup>40</sup> Así, la equidad se define como: Equity: In law, the term equity refers to a particular set of remedies and associated procedures. These equitable doctrines and procedures are distinguished from "legal" ones. Equitable relief is generally available only when a legal remedy is insufficient or inadequate in some way(...). Disponible en: Cornell University Law School, "Legal Information Insitute (Lii)," <https://www.law.cornell.edu/wex/equity>.(Consultado el 20 de junio de 2016). Esto también puede verse en: Equity Jurisdiction in the Federal Courts, donde se indica que:"The framers of the Constitution granted the federal courts jurisdiction over both common-law actions and suits in equity. Equity was a centuries-old system of English jurisprudence in which judges based decisions on general principles of fairness in situations where rigid application of common-law rules would have brought about injustice. Judges exercised equitable jurisdiction based on a distinct set of procedures and remedies—most notably, without a jury—that allowed

Debido a la naturaleza de las cortes en derecho, no se permitía el litisconsorcio facultativo, explicitando que todas las partes de la relación jurídica debían comparecer ante el juez, (*Necessary partie rule*) a efectos de que la sentencia que se dictara en dichos procesos, tuviera efecto *erga omnes*. Situación que con el paso del tiempo, demostró que al existir un número muy alto de sujetos, la ausencia de uno fatalmente detenía el pronunciamiento judicial<sup>41</sup>. Dicha regla en cuanto al litisconsorcio necesario encontró su excepción,<sup>42</sup> en prácticas<sup>43</sup> de las cortes de equidad, que facultaban la incoación de acciones representativas, por un sujeto en representación de varios.

Así, como señalan los autores norteamericanos,<sup>44</sup> el litigio grupal durante los siglos doce a diecisiete, estaba arraigado en las cortes inglesas para ciertos grupos sociales, tales como campesinos, habitantes de villas, párrocos y parroquianos, mineros, terratenientes y

---

them greater flexibility to hear cases and resolve disputes. The exercise of equity jurisdiction periodically led to debate about the power and discretion of federal judges (...). En: Federal Judicial Center., "History of the Federal Judiciary," [http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/jurisdiction\\_equity.html](http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/jurisdiction_equity.html). (Consultado el 20 de junio de 2016).

<sup>41</sup> Flávia Hellmeister Clito Fornaciari. *Representatividade adequada nos processos coletivos*, Tesis de Doctorado en Derecho Procesal, Faculdade de Dereito, Universidade Sao Paulo 2010, p. 35.

<sup>42</sup> Dichas excepciones, como señala Story, son tres: (1) those in which the question involved is of common or general interest, (2) those in which the parties have formed a voluntary association for public or private purposes, and (3) those in which the parties are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court. En: *J. Story (1838)*. Citado por: B. Raymond Marcin. *Searching for the origin of the class action*, Catholic University Law Review, Volume 23, no. 3 Spring 1974, pp. 517-518.

<sup>43</sup> Dicha práctica, se denomina por parte de los estudiosos en el tema, como *bill of peace* y, según la visión más pregonada en los Estados Unidos, en cuanto al origen de las *class actions*, surgió en el siglo XVII, como antecedente inmediato de dicho procedimiento. Tal, y como señala Chafee, al decir que: "Class suits began as an offshoot of bills of peace with multiple parties. A common-law action soon came to be a two-sided affair, usually with only one plaintiff and one defendant.... [A] dispute of one person against many persons usually had to come before the law courts, if at all, in the form of many separate actions. Hence it was far cheaper and more convenient to have a single suit in chancery, which was accustomed to handle polygonal controversies. For example, bills of peace would be brought when a lord of the manor sought to appropriate some of the village common lands for his own purposes to the loss of the manorial tenants, as in *How v. Tenants of Bromsgrove*, before Lord Nottingham, or when a vicar quarrelled with his parishioners about tithes. In such situations, each member of the multitude had the same interests at stake as every other member, so that it was an obvious waste of time to try the common question of law and fact over and over in separate actions...It was much more economical to get everybody into a single chancery suit and settle the common questions once and for all. In a sense, the multitude were interested in one piece of property, the tithe, the village common or whatever it might be. From such a bill of peace it was a natural step to the representative suit..." en Z. Chafee (1950). Citado por: Yeazell, Stephen. *Group litigation and*, p. 867. Sin embargo, como enseña Stephen C. Yeazell, el origen de las acciones de clase, es mucho más remoto y complejo.

<sup>44</sup> *Ibid*, p. 871-876; Spence, Susan. *Looking Back*.

sus ciervos,<sup>45</sup> y se caracterizaba por ser común que estos procedimientos se surtieran tanto por grupos del lado activo, como de grupos del lado pasivo de la relación procesal, es decir, se dedujeran pretensiones, tanto a favor de grupos como en contra de los mismos, además, porque en estos casos los derechos sustantivos en juego eran producto de costumbres locales más que de leyes generales, aunado a lo anterior, ninguno de los casos conocidos para esta época involucraba perjuicios de naturaleza pecuniaria y, finalmente, porque todas las disputas provenían de grupos calificados (*manor or parish communities*).<sup>46</sup>

Conforme a esto, los “procesos colectivos” en su primigenia forma, según Yeazell,<sup>47</sup> diferían frente al actual dispositivo de litigio agregado denominado como *class*

---

<sup>45</sup> En este sentido, pueden verse: *Master Martin Rector of Barkway c. Parishioners of Nuthampstead Diocese of London, c. (1199)*. “A dispute concerning a chapel This case is an early example of parishioners as a collective party to a law suit.’ The only document that survives contains depositions of witnesses on both sides (nos. 1 and 2), and it is difficult to piece together what the dispute is about. The witnesses are in general accord that the vill of Nuthampstead, in Hertfordshire, had had at one time an independent chapel, subject to no motherchurch. The patron of the chapel, however, Sir Ralph de Noers, gave it in free alms to the monks of Colchester, who in turn farmed it to the parson of Barkway for ten shillings, and thus ‘the chapel became a member of the church of Barkway’. The dispute seems to concern the various rights and duties of the rector of Barkway, the chaplain of Nuthampstead; and the parishioners. The witnesses on both sides seem to agree that the rector is to receive all the tithes and obventions from the chapel, supplying in turn a chaplain who is to minister at the chapel. There is disagreement, however, as to whether the chaplain is to say mass every day or three days a week, and confusion over what are called spiritualia. The parishioners’ witnesses insist that the chapel receives the spiritualia (except for burial which all agree takes place at Barkway). Some of the rector’s witnesses also say this, but the rector’s witnesses are more insistent that the rector receive the spiritualia through the chaplain. Some sense can be made of the whole if we suppose that two quite different rights are involved: the right of the parishioners to have baptisms, marriages, etc., take place at the chapel, and the right of the parson to receive the customary offerings associated with these services. The parishioners are insisting on the former right, the rector’s witnesses on the latter, and neither side seems clearly to contradict the other (...).” En: Norma Adams, Charles Donahue, y Selden Society. *Select cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury, C. 1200-1301*, Selden Society, University of Michigan, 1981. pp. 8-9; También: *Discart v. Otes (1309)*, la cual, según los estudiosos en historia de las acciones de clase, es de los primeros ejemplos, de creación judicial de una clase. Este caso, se ubica en una isla (*Channel Islands*) ubicada a veinte millas de la costa noroeste de Francia, que había pasado a ser regida por ingleses. El rey Eduardo I, concedió el manejo y administración de la isla a Sr. Otes Grandison, por el resto de su vida, Sr. Otes. decretó que todas las deudas y rentas debidas a él por la corona, le fueran pagadas en moneda francesa, en vez, de la moneda local. Aquella orden tenía el efecto de triplicar el valor de todas las deudas. Discart, quien había servido como granjero de Otes incoó un petición ante los jueces de la isla a efectos de lograr una decisión que obligará al regente a aceptar el pago de sus deudas en moneda local. Los jueces de la isla, si bien no tomaron una decisión de fondo y remitieron el asunto ante el concejo del rey, si indicaron que, no sólo Discart, sino todas aquellas personas con una situación similar a la de aquel, debían comparecer ante el concejo del rey, bien por si mismos o todos a través de un representante, a efectos de recibir la decisión final. Véase, Marcin, Raymond. *Searching for...*, pp. 521-522.

<sup>46</sup> Yeazell, Stephen. *Group litigation and...*, p. 871.

<sup>47</sup> Ibid.

*actions*, tanto en lo que se buscaba adelantando el proceso colectivo, como en cuanto a las funciones para las cuales servía, así como, por la noción de grupo que era inherente al litigio masificado de aquella época.

En relación a su fin, el litigio grupal de los siglos XII - XVII, tenía como objeto el mantenimiento de determinado estatus dentro del terruño, es decir, el mantenimiento de las relaciones jurídicas que se verificaban dentro del feudo. En cuanto a sus funciones, el litigio de grupo funcionaba como una forma, o instrumento de modernización y ajuste de la costumbre que gobernaba las relaciones señoriales y parroquiales y, finalmente, frente a la noción del grupo, está, antecedía al inicio del procedimiento grupal, pues se conformaba de grupos sociales cohesivos, cuyos miembros vivían, trabajan y convivían juntos, tenían conocimiento de la controversia, e incluso podían consentir y seleccionar a quien les representara.<sup>48</sup>

Esto determinaba, ciertas consecuencias de orden procedimental, diametralmente distintas de la actual acción de clase, pues, al coexistir tan cerradamente dichos conglomerados, no requerían certificación que les avalará como grupo y, aspectos como, el estudio de la idoneidad del representante nunca surgían.<sup>49</sup> Tal y Como señala Yeazell<sup>50</sup> al decir que:

“(...) una vez más, la cohesión y organización preexistentes del grupo, implicaban que los aldeanos podían valerse de las ventajas de una acción concertada e insistir en un tratamiento colectivo, sin necesidad de obtener certificación judicial. Tanto la cohesión como la facilidad comunicativa de los litigantes significó que aquellos primigenios casos, no desempeñaban las funciones que hoy en día tendemos a asociar al litigio colectivo (...)”.<sup>51</sup>  
(Traducción nuestra)

---

<sup>48</sup> Spence, Susan. *Looking back...*

<sup>49</sup> Deborah R. Hensler. *Of groups, class actions, and social change: Reflections on from medieval group litigation to the modern class action*, University of California Los Angeles Law Review Discourse, Volume 61, 2013, p. 2; Thomas D. Jr. Rowe. *Distant mirror: The Bill of Peace in early american mass torts and its implications for modern class actions*, Arizona Law Review, Volume 39, 1997, p. 714.

<sup>50</sup> Yeazell, Stephen. *From group.....*, pp. 877-878.

<sup>51</sup>El texto original en inglés es el siguiente: “(...) again, the pre-existing cohesion and organization of the group meant that the villagers reaped the advantages of concerted action and could insist upon treatment as a group without the necessity of court certification. Group cohesion and easy communication of the disputants thus meant that these early cases did not perform the functions we tend to associate with modern class litigation (...)”.

Con el paso del tiempo, el litigio de grupo, pensado para comunidades rurales y pequeños causas, tuvo que adaptarse a nuevos conglomerados sociales, ya no unidos por una costumbre inmemorial y relaciones estrechas, sino laxa y temporalmente, por intereses comunes,<sup>52</sup> como lo son, los entes societarios (*Friendly societies & Joint-Stock Companies*) lo cual a principios del siglo XIX marcó la caída del litigio grupal en Inglaterra, pues, a partir de aquella data, previsiones legales de orden sustantivo comenzaron a contemplar los casos de pleito grupal, que antes eran resueltos por las cortes de equidad, hasta el punto que para 1875, se abolieron las cortes de equidad, como cortes separadas, renunciando a esta rama de la jurisdicción.<sup>53</sup>

La migración de las prácticas de la *equity*<sup>54</sup> inglesas, hacia los Estados Unidos, tuvo como primer impulsor al juez Joseph Story, quien durante la década de los años 30 del siglo XIX, publicó una serie de tratados,<sup>55</sup> relacionados con el estudio de casos, del otro lado del atlántico. Además, ostentó la paternidad teórica, sobre la primera regla del litigio grupal norteamericano, que después serviría de fundamento para la expedición, de la regla federal de equidad No.48.<sup>56</sup>

Dicha regla, fue pronunciada en el marco de la causa *West v. Randall* (1820),<sup>57</sup> donde se señaló que:

“Donde las partes son tan numerosas, que el Tribunal percibe que será casi imposible que todos comparezcan al proceso, o donde el asunto revela una cuestión de interés general y unos pocos podrían incoar acciones en beneficio de todos; o donde los miembros del grupo voluntariamente se asocian con una finalidad pública o privada, y con justicia se pueda suponer que representarán los intereses o derechos de la totalidad del grupo; en esos casos y otros análogos, si el escrito inicial pretende no solo en nombre de los demandantes,

---

<sup>52</sup> Hensler, Deborah. *Of groups, class actions...*, p. 3.

<sup>53</sup> Yeazell, Stephen. *From group...*, p. 1087.

<sup>54</sup> Los Estados Unidos receptionaron la división *Law –Equity*, pero dichas competencias eran manejadas por un único tribunal.

<sup>55</sup> Estos documentos son: *Commentaries on Equity Jurisprudence* (1836) y *Commentaries on Equity Pleadings* (1838).

<sup>56</sup> Spence, Susan. *Looking back.....*; Yeazell. *From group...*, p. 1091.

<sup>57</sup> 29 Fed. Cas. 718, 721 (No. 17,424).

sino de todos los interesados, la falta de los miembros ausentes será desechada y el tribunal procederá a fallar”.<sup>58</sup> (Traducción nuestra).

Tomando como fundamento, la *rule* prevista por Story en dicha decisión, para 1842, la Corte Suprema de los Estados Unidos, promulgó la *Equity Rule 48*.<sup>59</sup> La cual, contemplaba una acción representativa en caso de numerosidad en los extremos de la relación procesal, previendo que el pronunciamiento no cobijaría a los ausentes.

Posteriormente, para el año de 1853, aún bajo la égida de la regla 48, la Corte Suprema, se pronunció en el marco de la causa *Smith v. Swromstedt*.<sup>60</sup> Donde sostuvo, que el proveído final en un caso de carácter colectivo, ligaba también, a los miembros ausentes de aquel. Conforme a esto, con posterioridad a aquella decisión, para el año 1912, la Corte Suprema promulgo una nueva versión de las reglas de equidad (*Equity Rule 38*),<sup>61</sup> la cual, según los autores americanos,<sup>62</sup> a pesar de su sencillez en cuanto a la redacción, conforme a un razonamiento *a contrario sensu*, contemplaba que los efectos de la decisión, cobijaban a los miembros ausentes.

Dicha previsión, gobernó el desarrollo del litigio colectivo en los Estados Unidos, por más de un cuarto de siglo, antes de que nuevamente se revisaran las reglas procesales, destinadas a regular la temática. Para el año 1938, se expidieron las Reglas Federales de

---

<sup>58</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “where the parties are very numerous, and the court perceives, that it will be almost impossible to bring them all before the court; or where the question is of general interest, and a few may sue for the benefit of the whole; or where the parties form a part of a voluntary association for public or private purposes, and may be fairly supposed to represent the rights and interests of the whole; in these and analogous cases, if the bill purports to be not merely in behalf of the plaintiffs, but of all others interested, the plea of the want of parties will be repelled, and the court will proceed to a decree”.

<sup>59</sup> Equity Rule 48: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”.

<sup>60</sup> 57 U.S. 16 How. 288 (1853).

<sup>61</sup> Equity Rule 38: “When the question is one of common or general interest to manu persons constituing a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole”. Según los expertos en historia legal norteamericana, el lenguaje de la regla de equidad 38, fue tomado de otro cuerpo legal más antiguo que se había creado en el Estado de Nueva York, bajo el nombre de “Código Municipal” (*Field Code*) en el año 1849. Esto puede verse en: Marcín, Raymond. *Searching for....*, p. 517; y Spence, Susan. *Looking back....*

<sup>62</sup> Deborah R. Hensler et al. *A matter of some interest....*, en Class action dilemmas, persuing public goals for private gain, Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2000, p. 11; Yeazell, Stephen. *From group....*, p. 1096.

Procedimiento Civil (*Federal Rules Of Civil Procedure*) (RFPC), las cuales modernizaron el andamiaje del procedimiento civil norteamericano en el ámbito federal, unieron las competencias del derecho (*law*) y la equidad (*equity*),<sup>63</sup> e introdujeron una nueva normativa, en relación al litigio grupal, que a partir de entonces, se denominó acciones de clase (*class actions*).

El Comité Consultivo, convocado para tal efecto, tenía como objetivo, el esbozar reglas de naturaleza eminentemente procesal, sin afectar, ni generar cambios en derechos sustantivos, codificando para tal efecto, los casos en los cuales, podría traerse una acción de clase, conforme a las practicas adoptadas bajo el tratamiento de la *equity*,<sup>64</sup> de ahí que, siguiendo a Harkins Jr,<sup>65</sup> el primer intento adoptado bajo la RFPC 23, tenía como finalidad codificar, más que reformar.

En su versión original la RFPC 23, tenía el siguiente tenor:

“a. Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued when the character of the right sought to be enforced for or against the class is

(1) joint, or common, or secondary in the sense that an owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;

or (2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action;

or (3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought.

b. [Provision relating to shareholder suits].

c. Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court. If the right sought to be enforced is one defined in paragraph (1) of subdivision (a) of this rule, notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs. If the right is one defined in

---

<sup>63</sup> John G. Jr. Harkins. *Federal Rule 23-the early years symposium: Rule 23: Class Actions at the crossroads*, Arizona Law Review. Volume 39, 1997, p. 706; Hensler, Deborah et al. *A matter of some interest...*, p. 11; Spence, Susan. *Looking back...*

<sup>64</sup> Harkins, John. *Federal rule 23...*, pp. 705-706.

<sup>65</sup> Ibid.

paragraphs (2) or (3) of subdivision (a), notice shall be given only if the court requires it”<sup>66</sup>

Así, conforme a dicha norma, para esta época se reconocieron tres tipos distintos de acciones colectivas (*class actions*), denominadas, por los autores como, *true*, *hybrid* y *spurious*, cuyo criterio diferenciador, tomaba como base los distintos tipos de interés llevados al proceso.

De esta forma, la *true class action (a) (1)*, versaba sobre derechos compartidos (verdaderos derechos colectivos), por todos los miembros de la clase y cuyo pronunciamiento, a su vez, se extendía a todos los miembros del grupo. La *hybrid class action, (a)(2)*, se enfocaba sobre derechos específicos de propiedad, en los cuales los intereses del grupo no eran compartidos ni articulados, sino varios y divisibles, de tal forma, que esos diversos intereses podrían verse afectados, por el resultado del litigio, en esta categoría, la cosa juzgada frente de los miembros ausentes, se daba en algunos aspectos, mas no en todos<sup>67</sup> y, finalmente, la *spurious class action (a)(3)*, no era considerada una verdadera acción de clase, sino un mecanismo de litisconsorcio facultativo (*permissive joinder mechanism*) a través del cual, el grupo se formaba únicamente por la presencia, de aspectos comunes de hecho o de derecho, y no por una relación preexistente, como en las dos anteriores. A su vez, la cosa juzgada, solo se extendía a las partes representativas y a aquellos miembros ausentes, que hubieren manifestado su voluntad de intervenir (*opt in*).<sup>68</sup>

Debido, a que la diferenciación entre los tres tipos de acciones, era muy sutil y de difícil comprensión tanto para abogados, doctrinantes y tribunales,<sup>69</sup> hacia el año 1960, se nombró un nuevo Comité Consultivo, para que reformara una vez más las reglas del procedimiento civil (RFPC). El cual, para el año 1966, adoptó una nueva forma para la *rule 23*, estableciendo en primer lugar, los estándares o requisitos explícitos, para el mantenimiento y consecución de la acción colectiva (*class action*), (*numerosity*) (*commonality*), (*typicality*), (*adequacy of representation*) y seguidamente, las diferentes

---

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Hensler, Deborah et al. *A matter of some interest*...., p.12.

<sup>68</sup> Harkins, John. *Federal Rule 23*...., p. 706.

<sup>69</sup> Federal Rules of Civil Procedure, (Cornell University Law School - Legal Information Institute (LII): Center for Computer-Assisted Legal Instruction (CALI) eLANGDELL Electronic Publisher). Advisory Committee Notes 1966, pp. 156-157.

hipótesis de cabimiento,<sup>70</sup> eliminando como tal, el antiguo lenguaje de *true, hybrid, y spurious class actions*.<sup>71</sup>

Las décadas posteriores, a la reforma del año 1966, trajeron consigo, vientos de guerra sobre las acciones colectivas norteamericanas, pues, con el paso del tiempo, la alteridad en los intereses de los distintos gremios sociales (empresas, comerciantes, soldados, abogados, jueces, ciudadanos etc.) esbozaban a dicho procedimiento, como algo divino o bien como algo perverso.<sup>72</sup>

Así pues, la sociedad litigiosa de los Estados Unidos, vio surgir nuevas formas de reclamar, colectivamente los derechos (*money damages, mass tort suit, prospective class*

---

<sup>70</sup> Con conocimiento de su tradición legal, el comité consultivo nombrado para adelantar la tarea de reformar las reglas del procedimiento civil, al llegar a la *rule 23* y, contemplar la tripartita división de acciones colectivas, entre verdaderas, híbridas y, espurias, pensó en adoptar una única hipótesis de cabimiento para todas las situaciones, más se pensó que obrar de tal forma, sería volver a los tiempos de la regla de la equidad 38, con lo cual, el juez caso por caso tendría que analizar si la hipótesis sería viable o no, razón por la cual, se tomó la decisión de mantener una división en tres partes con hipótesis separadas. Esto se puede ver en: Benjamin Kaplan (1967). Citado por: Hensler, Deborah et al. *A matter of some interest....*, p.13.

<sup>71</sup> Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure provides that a class action may be maintained under certain circumstances. The Rule provides in pertinent part:

(a) Prerequisites to a class action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class actions maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy.

The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

<sup>72</sup> Yeazell, Stephen. *Group litigation and....*, p. 866; Hensler, Deborah et al. *A matter of some interest....*, pp. 15-17.

*members*), y las consecuencias, que su uso moderado o exacerbado acarrearán, ante lo cual, durante casi 30 años, se formularon y buscaron modificaciones a la RFPC 23, específicamente b(3),<sup>73</sup> sin ningún éxito.<sup>74</sup>

Ahora bien, durante el interregno (1966 -2015), se han presentado un sin número de modificaciones, a la *rule 23* de procedimiento civil,<sup>75</sup> cuya reseña excedería el espacio y objeto de este trabajo. Sin embargo, para finalizar esta reseña histórica, en cuanto a las acciones colectivas en los Estados Unidos, debe resaltarse, que en el año 2003, se introdujo un literal (g) en el cuerpo de la *rule 23*, cuyo contenido faculta al juez, para realizar el recaudo de la representatividad adecuada, ya no sólo sobre el representante de la clase (legitimado en causa), sino también, sobre el abogado que adelanta el proceso, percatándose tal vez, que el miembro de clase (parte representativa), en más de las veces, solo es la llave que abre la puerta del tribunal al abogado.<sup>76</sup> Lo cual, será tratado en acápite posterior.

Habiendo concluido, el recorrido histórico por las *class actions*, es menester revisar el contenido de la RFPC 23, en lo que hace, a sus requisitos e hipótesis de cabimiento.

## **2. Regla Federal de Procedimiento Civil No.23 (*Rule 23*), requisitos de admisión y mantenimiento de la clase, e hipótesis de cabimiento.**

Previo a tratar, la *rule 23*, en lo que hace a sus literales (a) y (b), es menester recordar, que el sistema judicial de los Estados Unidos, es una parte compleja, del sistema político aplicado en dicho país.

---

<sup>73</sup> Las acciones de clase, traídas bajo el esquema (b)(3), fueron las más atacadas por los altos sectores empresariales en los Estados Unidos, dado que en ellas, a diferencia de lo que pasaba con las acciones colectivas espurias, los miembros del grupo se consideran *ab initio* parte del proceso y, como tal la sentencia y sus eventuales efectos beneficios, cobijan a los miembros ausentes a menos de que estos, decidieran excluirse del mismo (*opt out*), aunado a lo anterior, en estas acciones colectivas debe acreditarse que la causa común (de derecho o hecho), predomina sobre los aspectos individuales de los miembros, con lo cual, se hacen sumamente viables para la reclamación de perjuicios de naturaleza monetaria (*money damages*), de multiplicidad de sujetos con pretensiones de pequeña cuantía. Esto puede verse en: Nyal D. Deems. *Cy pres solution to the damage distribution problems of mass class actions, the notes*, Georgia Law Review, volume. 9, 1974.

<sup>74</sup> Hensler, Deborah et al. *A matter of some interest...*, pp.17-37.

<sup>75</sup> Estas modificaciones pueden ser consultadas en: *Federal Rules of Civil Procedure*, pp. 156-176.

<sup>76</sup> Antonio Gidi. *Class actions in Brazil: a model for civil law countries*, American Journal of Comparative Law; U of Houston Law Center No. 2006-A-11. 51 (2003): “The representative is merely a “key” that the attorneys needs to open the courtroom doors”, p. 369.

El cual, asume la forma federal, así, cada uno de los cincuenta estados que componen la Unión Federal, posee su propio sistema de tribunales, además de legislaciones procesales y sustanciales, estas últimas, en áreas que no tengan una regulación federal especial (v.gr. daños, contratos y propiedad), a su vez, el gobierno federal, mantiene una corte de competencia nacional, así como, instancias federales en cada uno de los Estados, incluyendo cámaras de apelación.<sup>77</sup>

De tal forma, en lo relacionado a las acciones colectivas (*class actions*), dado que las normas procesales y sustantivas, que regulan cada caso, pueden variar de estado a estado, en este documento, solo se analizará la práctica de las mismas en el sistema federal, pues, tal y como señala Cooper,<sup>78</sup> aquel, no solo ha servido de modelo, para la mayoría de las regulaciones estatales, en cuando a las acciones colectivas, sino que es, el más desarrollado, además, del más conocido a lo largo del país bajo estudio.

La *rule 23*, en sus dos primeros literales, gobierna los requisitos a través de los cuales una acción colectiva se certifica, es decir, se le da la connotación jurídica y procesal de grupo.<sup>79</sup> En su literal (a), contempla cuatros requisitos que sirven de umbral para dicha decisión, los cuales, deben ser acreditados por el abogado, y la parte que pretenda la

---

<sup>77</sup> Janet Cooper Alexander. *An introduction to class action procedure in the United States*, en Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective, Geneva – Switzerland, 06/21/ 2000, p. 4.

<sup>78</sup> Ibid. Esto puede verse, por ejemplo en: A. William Bianco y Wells Shannon Stevenson. *Rule 23: Class Actions*, Civil Procedure Forms, David, Graham & Stubbs LLP, (May 2006). Disponible en: [http://www.dgslaw.com/images/materials/Rule23\\_ClassActions.pdf](http://www.dgslaw.com/images/materials/Rule23_ClassActions.pdf). Colorado. Donde, se traen ejemplos de estudio de representatividad adecuada, en el Estado de Colorado, cuya propia regla de procedimiento civil (C.R.C.P 23), posee la siguiente forma: “Rule 23. Class Actions. (a) Prerequisites to Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if: (1) The class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

<sup>79</sup> La importancia de la certificación en las acciones de clase, radica en que, si se satisfacen los requerimientos de dicha normativa, el procedimiento podrá seguir como una acción colectiva, al paso que, si desde un principio dicha decisión no es favorable, el procedimiento podrá continuar como una acción individual, pero el representante no ostentará la calidad de tal, para continuar con la lide colectiva. Tal y como señala Cooper Alexander, al decir que: “Although the decision whether to certify a class is not supposed to involve a determination of the merits of the claim, as a practical matter it is a decision whether the claim will proceed at all. If the case is certified, it can proceed to discovery and resolution on the merits. If the class is not certified, the plaintiff may continue the suit to determine his individual claim, but may not represent the class. Because individual claims are usually too small to justify the costs of litigation, denial of class certification usually means that the case is over. For this reason, denial of class certification has been called the “death knell” of the lawsuit. En Cooper Alexander, Janet. *An introduction to...*, p. 6.

representación colectiva. Estos son: numerosidad (*numerosity*), existencia de situaciones de derecho o hecho comunes al grupo (*Commonality*), que las peticiones, o defensas procesales del representante, sean típicos a los demás miembros del grupo (*Typicality*) y, finalmente, que el representante de la clase y, su abogado, gestionen adecuada y justamente, los intereses del grupo, o representatividad adecuada (*Adequacy of Representation*).<sup>80</sup>

Tal, y como se indicó, recae en el abogado de la parte representativa, la carga de probar, que se cumplen todos y cada uno de los requisitos, de la *rule* 23(a), esto implica, que no basta con señalar, y extrapolar el contenido de dicha norma en el escrito de la demanda,<sup>81</sup> en aras de analizar el cumplimiento de aquellos requisitos, los tribunales, se basan en criterios tales como la importancia o relevancia de la prueba (*preponderance of evidence*), y la aplicación lógica y razonable de la discrecionalidad (*limited abuse of discretion standard*),<sup>82</sup> con el fin de dar vía libre a la acción colectiva.

## **2.1 Rule 23 (a), requerimientos explícitos de admisión, y mantenimiento de la acción colectiva (*class action*).**

En cuanto al primer requisito, esto es, la numerosidad (a)(1), el cual implica, que los miembros del grupo sean tan numerosos, que el litisconsorcio sea impracticable, los estándares para su valoración, no se sujetan únicamente a un criterio numérico y cuantitativo, es decir, conforme al número de personas que componga la clase, sino, a la impracticabilidad del litisconsorcio individual.

De forma tal, que para analizar dicho criterio, los tribunales, no se supeditan a una cerrada fórmula legal, sino, que se toman los dictados jurisprudenciales, como punto de

---

<sup>80</sup> *Fed. R. Civ. P.*

Rule 23. Class Actions (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

<sup>81</sup> *Wal-mart stores, INC., Petitioner, v. Dukes* .131 S.Ct. 2541 (2011).

<sup>82</sup> Sarah Summers. *Federal practice manual for legal aid attorneys*, 7.2 Rule 23 Class Certification Requirements, Sargent Shriver National Center on Poverty Law, 2014. (Consultada el 20 de junio de 2016).

referencia,<sup>83</sup> además, conforme al pragmatismo que caracteriza a los norteamericanos, se analiza, caso por caso, la numerosidad en relación a: la distribución geográfica del grupo, el nivel de dificultad en encontrar e identificar a los miembros individuales del grupo, la composición interna del mismo, en cuanto a sus miembros, el tamaño de las pretensiones individuales y, el interés en adelantar acciones individuales, entre otros.<sup>84</sup>

En cuanto al segundo requisito, que existan cuestiones de hecho o derecho comunes al grupo (*commonality*) (a) (2), que posibiliten el tratamiento colectivo, el mismo implica que el demandado se encuentre en una posición común frente a los demandantes, lo que permita observar que se está ante una única causa, que requiere ser debatida en el proceso judicial,<sup>85</sup> aunque la jurisprudencia norteamericana ha señalado que no todas las cuestiones de derecho o de hecho, deben ser comunes a todos y cada uno de los miembros del grupo, de forma tal que, la existencia de determinados hechos aislados e individuales no detienen su certificación, si deben aparecer plasmados elementos de hecho o de derecho que conformen un grupo y no lo disuelvan elementos independientes para cada persona.<sup>86</sup>

Ahora bien, dicho requisito exige la existencia de un núcleo común de controversia, entre todos los miembros,<sup>87</sup> lo cual, implica que el abogado de la parte representativa, demuestre que todos los miembros de la clase, han sufrido una misma lesión.<sup>88</sup> De forma

---

<sup>83</sup> Así, en algunos casos se ha dicho que, menos de 20 miembros son insuficientes para certificar el grupo, mientras que en otros, se ha indicado que todo grupo que exceda de 40 miembros es certificable. Sin embargo, lo anterior, no es una regla fija, pues, se han dado diversos casos en los cuales se certifican grupos con menos de 20 miembros. Esto puede verse en: *Stewart v. Abraham*, 275 F.3d 220 (2001). Donde se indicó que: “No minimum number of plaintiffs is required to maintain a suit as a class action, but generally if the named plaintiff demonstrates that the potential number of plaintiffs exceeds 40, the first prong of Rule 23(a) has been met”, en: *Peoples v. Sebring Capital Corp.*, 209 F.R.D. 428, 430 (N.D. Ill. 2002). Donde se certificó una clase con 11 miembros. A su vez, la modificación introducida al régimen de las *class actions* en el 2005, por la *Class actions fairness act* del 2005 (CAFA), estableció que a efectos de fijar la competencia federal de una acción colectiva, el grupo debía tener mínimo 100 personas. Véase: J. Barbara Rothstein y E. Thomas Willging. *Managing class action litigation: A pocket guide for Judges*, Third Edition ed. (Federal Judicial Center, 2010), p. 4.

<sup>84</sup> Summers, Sarah. *Federal practice...*

<sup>85</sup> *Baby Neal v. Casey*, 821 F. Supp. 320 (E.D. Pa. 1993)

<sup>86</sup> *Hanlon v. Chrysler Corporation*, 150 F. 3d 1011 - Court of Appeals, 9th Circuit 1998. “The existence of shared legal issues with divergent factual predicates is sufficient, as is a common core of salient facts coupled with disparate legal remedies within the class.”

<sup>87</sup> Clito Fornaciari. *Representatividade adequada nos processos coletivos...*, p. 40.

<sup>88</sup> *General Telephone Company of the Southwest v. Falcon*. 457 U.S. 147 (1982). “Conceptually, there is a wide gap between (a) an individual's claim that he has been denied a promotion on discriminatory grounds, and his otherwise unsupported allegation that the company has a policy of discrimination, and (b) the

tal, que existirá una cuestión común (de hecho o derecho), cuando la situación común a todos los miembros del grupo pueda ser resuelta en una única audiencia o a través de un único procedimiento.<sup>89</sup>

Ahora bien, la deficiencia en cuanto a la prueba del requisito de la *commonality*, no acarrea necesariamente la no certificación del grupo, pues, el juez al visar este tipo de situaciones, puede limitar, redefinir la clase, crear sub grupos, o limitar la controversia.<sup>90</sup>

El literal (a) (3) contempla el requisito de la (*Typicality*), esto es, que las pretensiones, o defensas de la parte representativa, sean típicas a los miembros del grupo o clase. En este caso, lo que se busca, es que exista un nexo suficiente, entre los reclamos del representante, y de los miembros del grupo, en razón a esto, se analiza sí las circunstancias individuales del reclamante y, la teoría legal en la cual se fundan los reclamos, difieren de aquellas, en las cuales se fundarían razonablemente los reclamos de los miembros ausentes. De forma tal que, si las defensas o pedidos, se fundan en un mismo curso de eventos y se sustentan en la misma teoría jurídica, se acreditará el requisito.<sup>91</sup>

En este caso, se verifica que los intereses del representante y de los miembros ausentes, se encuentren alineados, en grado tal, que se entienda que aquellos serán justa y adecuadamente representados.<sup>92</sup> De la misma forma que con el anterior requisito, de no acreditarse, por existir situaciones individuales con suficiente entidad, que interfieran en lo típico de las reclamaciones, cabe al juez previo a desechar la pretensión, la reorganización del grupo o la búsqueda de un nuevo representante con defensas típicas.<sup>93</sup>

Ahora bien, los últimos dos requisitos, parecieran sobreponerse el uno sobre el otro,<sup>94</sup> pues ambos exigen, cuestiones comunes respecto del grupo. Sin embargo, los autores y la jurisprudencia, han delimitado el alcance de su estudio a relaciones específicas,

---

existence of a class of persons who have suffered the same injury as that individual, such that the individual's claim and the class claims will share common questions of law or fact and that the individual's claim will be typical of the class claims”.

<sup>89</sup> A. Ruth Bahe-Jachna. *Numerosity, commonality and typicality*, en A Practitioner's guide to Class Actions, Tort Trial & Insurance Practice Section, American Bar Association, 2010, p. 57.

<sup>90</sup> Summers, Sarah. *Federal practice...*

<sup>91</sup> Bahe-Jachna, Ruth. *Numerosity, commonality and typicality...*, p. 63.

<sup>92</sup> 457 U.S. 147 (1982).

<sup>93</sup> Clito Fornaciari. *Representatividade adequada nos processos coletivos...*, pp. 40-41.

<sup>94</sup> Bahe-Jachna, Ruth. *Numerosity, commonality and typicality*, p. 65.

así, la *commonality*, analiza las cuestiones comunes legales o de facto, en relación al grupo, mientras que la *Typicality* refleja aquellas cuestiones, en la relación grupo – representante.<sup>95</sup>

A manera de ejemplo, puede observarse el caso *Marisol. A by Forbes v. Giuliani* (1997), en donde once demandantes, a través de sus representantes demandaron en acción de clase, al sistema de bienestar infantil de la Ciudad de Nueva York, bajo el entendido de que todas las autoridades pertenecientes a dicho sistema habían fallado en prestar adecuadamente su servicio; el grupo se conformaba por todos aquellos niños que para la época se encontraban bajo la custodia de la Administración de Servicios Infantiles de Nueva York (ACS) y aquellos que, aún estando no bajo su custodia, padecían riesgo de descuido, abuso o se encontraban en una situación que debía ser conocida por la ACS.<sup>96</sup>

Presentada la moción para certificación de la acción de clase, la Corte del Distrito de Nueva York encontró que se cumplían con todos los requisitos de la RFPC 23 (a), ante lo cual, los demandados apelaron buscando la anulación de dicha decisión, bajo el entendido de que los demandantes no lograron acreditar los requisitos de *commonality* y *tipicallity* exigidos por la ley procesal, toda vez que, los demandantes no solamente alegaban una única violación de parte de alguna autoridad perteneciente al sistema de Bienestar Infantil, sino que cada uno tenía reclamos dispares frente al sistema, manifestándose así, tanto hechos o como fundamentos de derecho (constitucionales, legales y estatutarios) distintos respecto de cada uno de las partes representativas.<sup>97</sup>

En ese caso, el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, confirmó la decisión de primera instancia y señaló que, si existían cuestiones comunes de hecho y de derecho respecto del grupo, que hacían viable su certificación, así, indicó que a pesar de que los fundamentos de derecho eran variopintos, todos ellos apuntaban a la existencia de una prerrogativa reconocida por el derecho a favor de los niños, a su protección y cuidado, de la cual, fueron privados los miembros de la clase; en cuanto a las cuestiones comunes de hecho, la Corte manifestó que las alegaciones en contra de diversas entidades del sistema de bienestar infantil, revelaba que, todos habían sufrido de una misma

---

<sup>95</sup> Ibid, p. 62.

<sup>96</sup> *Marisol A. By Forbes v. Giuliani*, (1997) 126 F. 3d 372 - Court of Appeals, 2nd Circuit

<sup>97</sup> Entre los reclamos de los demandantes, se encontraban que: 1) Existía poco entrenamiento y supervisión de parte de los padres adoptivos; 2) El sistema fallaba en prestar atención e investigar quejas por presuntas conductas de abuso y descuido; 3) Existía una mora inconcebible e irracional en retirar a los menores de hogares con indicios de abuso; 4) La incapacidad de asegurar locaciones y sitios adecuados para adoptar.

lesión, pues, los demandados sistemáticamente habían fracasado en prestar esos servicios de seguridad y cuidado, que eran debidos.<sup>98</sup>

En relación con el requisito de la *Typicality*, la Corte manifestó que se cumplía a cabalidad, pues las pretensiones de la parte representativa, partían de un mismo curso fáctico y se sustentaban en una misma teórica legal, pues, la invocación de violaciones de orden constitucional, regulatorio y estatutario, tendía a demostrar la existencia de un único esquema de protección y promoción jurídica del bienestar de los niños que demarcaba un estándar de conducta debido a los integrantes del sistema y que dicho estándar había sido perpetrado<sup>99</sup>

Otro ejemplo, es el caso *Parra v. Bashas, Inc (2008)*, donde el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, revocó la decisión del juez de distrito que negaba la certificación de una acción de clase, por carecer del requisito de *commonality*, pues, según su criterio, los demandantes carecían de este requisito al no poder acreditar cuestiones de hecho o de derecho comunes al grupo más allá de su pertenencia a la raza hispánica y el haber trabajado en los establecimientos de comercio del demandado (restaurantes) Bashas, Inc, durante el tiempo en que existieron discriminaciones de orden laboral (1998 – 2003).<sup>100</sup>

La Corte de Apelaciones, señaló que el juez de primera instancia había abusado de su discrecionalidad en la valoración de los requisitos de la RFPC 23(a), pues, efectivamente existían pruebas que acreditaban el requisito de *commonality* respecto del grupo y que permitían su certificación, pues, aun cuando de las pruebas se extraía que la discriminación en cuanto al pago de las horas de trabajo era distinta para cada uno de los miembros de la clase, así como el número de horas laboradas por los afectados, esas circunstancias únicas y especiales de los demandantes no nublaban la existencia de elementos comunes que los ligaban como una clase, como lo eran, que todos buscaban una aplicación colectiva de la ley, para obtener la purga de un mal común, que radicaba en las políticas discriminatorias

---

<sup>98</sup> *Marisol A. By Forbes v. Giuliani, (1997)*

<sup>99</sup> *Idem.*

<sup>100</sup> *Parra v. Bashas, Inc. (2008), 536 F. 3d 975 –Court of Appeals, 9th Circuit 2008.*

en cuanto a las condiciones de trabajo y de pago de los empleados de raza hispana que laboraban en los establecimientos de comercio del demandado.<sup>101</sup>

Finalmente, el literal (a) (4), contempla el requisito de la representatividad adecuada, tópico focal del presente estudio, razón por la cual, se analizará en acápite posterior.

## **2.2 Rule 23(a), requisitos implícitos.**

Analizados los requisitos explícitos, que contempla la RFPC 23, se extenderán unas cuantas líneas, sobre los requisitos implícitos, que los Tribunales han fijado para lograr la certificación de los grupos. Dichos requisitos, son: la existencia de una clase definible, un reclamo vivo (*live claim*) y, la legitimación en causa, de la parte representativa (*standing to sue*).<sup>102</sup>

En aras de la certificación del grupo, el mismo debe ser definible, esto implica, que sea posible y factible su definición, a través de criterios objetivos. Con base en los cuales, el juez, debería poder identificar, a todos los miembros que componen la parte representada. Los criterios utilizados o señalados por la parte que busca la certificación, deben ser sencilla y factiblemente utilizables por el juez, so pena, de que se rehúse dicha decisión.<sup>103</sup> En algunos casos, debido a la masividad del grupo, resulta muy compleja la tarea de identificar a todos y cada uno de los miembros que la componen, en estos casos, conforme a los criterios utilizados, la clase se certifica preliminarmente y, durante el curso del trámite, podrán añadirse o excluirse miembros de la misma. Dentro del abanico de opciones que posee el juzgador, ante la no definibilidad del grupo, está: negar, limitar, redefinir el grupo, denegar la certificación y permitir las acciones individuales de aquellos miembros, que han sido determinados.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> La Corte de Apelaciones, revoco la decisión de primera instancia, pues, a pesar de que el pago en horas laboradas que se otorgaba a los trabajadores de raza hispana, era inferior en relación al dinero devengado por trabajadores de otras razas, disparidad que iba desde \$0,15 centavos por hora, hasta \$2,94 dólares por hora, ello solo lograba demostrar que existía una clase, conformada por todas aquellas personas que durante cierto periodo de tiempo (1998 – 2003), se vieron afectadas por el “mal obrar” de la parte demandada. Véase: *Parra v. Bashas Inc. (2008)*,

<sup>102</sup> Summers, Sarah. *Federal practice...*

<sup>103</sup> *Mueller v. CBS Inc, 200 F.R.D. 227 (W.D. Pa. 2001)*. Citado en *Ibid*

<sup>104</sup> *Ibid*.

El segundo requisito implícito, es que exista una reclamación viva (*live claim*), esto es, que la petición o defensa introducida por el representante sea factible y no insignificante, o sumamente debatible. En cuyo caso, otro representante, cuya petición sea ávida, podrá asumir la gestión del grupo. El tercero de los requisitos implícitos, de la *rule* 23, consiste en que el representante de la clase, es decir, el poderdante, posea legitimación en la causa, pues, al ser un miembro del grupo, debe tener un interés común y haber sufrido la misma lesión.<sup>105</sup>

Habiendo visto, los recaudos impuestos por la RFPC 23 (a), es menester revisar las hipótesis de cabimiento (b), toda vez, que el abogado de la parte representativa, además, de sustentar y probar el cumplimiento de todos los requisitos anteriores, debe encausar su caso, en alguna de las hipótesis previstas por el literal (b),<sup>106</sup> en aras, de lograr la certificación procesal.

### **2.3 Rule 23(b), hipótesis de cabimiento.**

El primer caso, contemplado por la rule 23 (b)(1), busca el uso de la acción colectiva como medio para evitar el conflicto de decisiones, de manera que se proteja al demandado, en caso de que, numerosas acciones individuales en su contra, le impusieran

---

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Esta es la nueva redacción, que contempla la: Fed. R. Civ. P. 23, del año 2014

(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.

The matters pertinent to these findings include:

(A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a class action.

múltiples obligaciones de distinta naturaleza y con fines contradictorios e incompatibles.<sup>107</sup> Tal, y como se puede observar, en los comentarios del Comité Consultivo,<sup>108</sup> nombrado para la modificación de la rule 23, en el año 1966, donde se señala que:

“Cuando una persona tenga derechos en contra o deberes hacia un número elevado de personas que constituyen un grupo o clase y se halle en una posición tal que las múltiples decisiones proferidas en procesos individuales, establezcan obligaciones o mandatos conflictivos o variables respecto de cómo debe actuar. La acción de clase puede ser usada efectivamente para obviar el dilema que confronta quien se opone al grupo”.<sup>109</sup> (Traducción nuestra)

La *class action*, prevista bajo el literal (b)(2), se funda en la conducta uniforme del demandado, en este caso, se protege al grupo frente a actuaciones irregulares de la parte contraria, buscando una decisión de naturaleza declarativa o mandatoria (*declaratory or injunctive relief*),<sup>110</sup> que sea apropiada a la totalidad del conglomerado. De forma tal, que el remedio buscado, por medio de la certificación del grupo sea útil a todos y cada uno de los miembros del grupo, pues, si se buscara una declaración o mandamiento, para cada uno de ellos individualmente, se negaría la postulación y continuación procesal de la acción.<sup>111</sup> Este tipo de acciones, son comúnmente usadas por los “*poverty lawyers*”, en su mayoría, en temas como protección de derechos civiles.

Así, en los comentarios previstos por el Comité Consultivo<sup>112</sup> de 1966, se afirma que:

“ Esta subdivisión busca tocar aquellas situaciones en las que la parte ha actuado o se ha rehusado a hacerlo con respecto a la clase y, una decisión de naturaleza declarativa o mandatoria acerca de la legalidad o ilegalidad de dicho

---

<sup>107</sup> Summers, Sarah. *Federal practice...*

<sup>108</sup> Fed. R. Civ. P, p.158.

<sup>109</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “One person may have rights against, or be under duties toward, numerous persons constituting a class, and be so positioned that conflicting or varying adjudications in lawsuits with individual members of the class might establish incompatible standards to govern his conduct. The class action device can be used effectively to obviate the actual or virtual dilemma which would thus confront the party opposing the class. (...)”.

<sup>110</sup> Normalmente se trata de obligaciones de hacer o de no hacer.

<sup>111</sup> Summers, Sarah. *Federal practice...*

<sup>112</sup> Fed. R. Civ. P, p. 159.

comportamiento, con respecto a la clase, es apropiada (...)”<sup>113</sup> (traducción nuestra)

Paralelamente, a estos dos tipos de acciones, se encuentra la prevista en el literal (b) (3), la cual provoca el sistema judicial, fundada en la predominancia de cuestiones comunes (*common question of fact or law*), dentro del grupo. A diferencia de las anteriores acciones, en esta, se litigan la sumatoria de derechos individuales, que por su naturaleza, serían susceptibles de ser litigados individualmente, por todos y cada uno de los miembros del grupo, más, que por razones de carácter económico, en cuanto al valor de la pretensión, no resultan tentadoras para su acreedor, confrontadas con el costo de un proceso individual.<sup>114</sup> Lo que torna seductor el uso del mecanismo colectivo, de ahí que, este tipo de acciones (*damages*), sea el más usado en los Estados Unidos.<sup>115</sup>

Ahora bien, con miras a que este procedimiento funcione, esta acción colectiva, debe cumplir con dos requisitos adicionales, conforme a los cuales, las cuestiones comunes, salgan a relucir. Primeramente, las cuestiones comunes o colectivas, deben predominar por encima de los aspectos individuales que lleguen a afectar, a cada uno de los miembros del grupo (*Predominance test*). Seguidamente, debe verificarse que el uso del mecanismo colectivo sea superior, a cualquier otro procedimiento, que permita la justa y eficiente resolución de la disputa (*Superiority*), en este caso, se analiza, qué tan complejo puede llegar a ser el manejo o administración del grupo.<sup>116</sup> Finalmente, debe señalarse, que en este tipo de acción, está prevista la notificación<sup>117</sup> a todos los miembros del grupo, a efectos de que estos decidan, si forman parte de la acción colectiva o no (*Opt Out*), de tal forma,

---

<sup>113</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “This subdivision is intended to reach situations where a party has taken action or refused to take action with respect to a class, and final relief of an injunctive nature or of a corresponding declaratory nature, settling the legality of the behavior with respect to the class as a whole, is appropriate.(...)”.

<sup>114</sup> Cooper Alexander, Janet. *An introduction to.....*, p. 4.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Ibid, p. 5.

<sup>117</sup> La Regla 23, expresamente no requiere la notificación para las clases certificadas bajo los literales (b) (1) y (b) (2), en estos casos, se ha dicho, que la notificación no es requerida pues se trata de “clases por necesidad”, dentro de las cuales, no es factible la exclusión del grupo, pues, la decisión para que sea justa debe afectar a todos de la misma forma.

que si no lo hacen, se entenderán miembros de la parte representada y, los cobijaran los efectos del proveído final.<sup>118</sup>

Concluida esta parte, en torno a los requerimientos de la RFPC 23 (a) (1) (2) (3), y (b) (1) (2) (3), como parámetros para la certificación del grupo, en aras de adelantar acciones colectivas. Seguidamente, se tratara el tema focal de este trabajo, cual es, la representatividad adecuada (*adequacy of representation*) en el marco de las *class actions* (a) (4), (g).

### **3. Representatividad adecuada y debido proceso.**

La *rule 23*, en su literal (a) (4) prevé, que la persona que busque la certificación de la acción colectiva, con miras a adelantar el proceso representativo, en nombre suyo y de aquellos ausentes al proceso, deberá proteger justa y adecuadamente los intereses, de los demás miembros del grupo, (*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*) a este requisito, los autores, le han dado el rótulo de representatividad adecuada o *adequacy of representation*. A pesar que en la redacción de la antigua *Rule of Equity 38*, se extraña la mención del requisito en comento, algunos autores, señalan que, el mismo, aunque sin corporeidad en la regla, se sobreentendía como prerequisite del otorgamiento de estatus grupal.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> A diferencia de lo que ocurría con las antiguas *spurious class actions*, donde, para que la sentencia vinculará a personas distintas de las que concurrían al proceso, los miembros del grupo debían optar por hacerse parte (*opt in*). En las acciones colectivas, certificadas bajo la regla (b) (3), todas las personas con cuestiones comunes, son miembros del grupo y el comando de la sentencia, los cobijará a menos de que manifiesten su voluntad de excluirse.

<sup>119</sup> Esto puede verse en: Harkins, John. *Federal Rule 23*...., p. 706; Además, se señala como ejemplo, el caso *Supreme of Ben-Hur v. Cauble*, 255 U.S. 356 (1921). “Rendido bajo la Regla Federal de la Equidad 38, la cuestión que arribo a la Corte Suprema, fue si una decision proferida en un caso, en el cual los demandantes tenían diferentes locaciones y residencias (algunos se encontraban por fuera del Estado de Indiana, incluso en Canadá), a la del demandado, podía ligar y recaer sobre todos los miembros de la clase, la respuesta fue afirmativa, pues, el grupo conformado por beneficiarios de la sociedad, poseían un interés común que se hallaba representado”. A pesar de lo anterior, algunos autores señalan, que antes del pronunciamiento en *Hansberry v. Lee*, donde se identificó la alineación en el interés colectivo como el inicio del recaudo de la representatividad adecuada, antes de 1940 dicho tema se trataba, bajo la forma de “intereses comunes” (*Common Interest*), o de intereses generales, cuyo tratamiento difería diametralmente de la temática actual, imbuida en la *Rule 23 (a) (4)*. Esto puede verse en: Jay Tidmarsh. *Rethinking adequacy of representation*, Texas Law Review, Volume 87, 2008, pp. 1151-1152; A modo de ejemplo, del manejo de intereses comunes, como sinónimo de representatividad, puede verse: E. Ronan Degnan. *Supreme Court of California 1960-1971 Foreword: Adequacy of Representation in Class Actions*, California Law Review, Volume 60, no. 3 (1972), p. 705. Donde se indica que las acciones colectivas, en el Estado de California, se traen bajo la sección 382 del

De tal forma, bajo la égida de la *rule 23*, de las Reglas de Procedimiento Civil Federal, la representatividad adecuada como prerrequisito de las acciones colectivas y garantía del debido proceso,<sup>120</sup> recibió un nuevo y amplio desarrollo por parte de los tribunales y autores norteamericanos.<sup>121</sup> Empezando en el año 1940, momento para el cual, la Corte Suprema de los Estados Unidos (SCUS) se pronunciaría en el marco de la causa *Hansberry v. Lee*.<sup>122</sup>

### 3.1. Conflicto de intereses y representatividad adecuada.

Siguiendo a Tidmarsh,<sup>123</sup> la causa *Hansberry*, marca el punto de partida y es la piedra angular, en el estudio de la representatividad adecuada en los Estados Unidos.

Dicha causa se gestó en la ciudad de Chicago, durante la época de la segregación racial en contra de las personas afroamericanas (1900-1940), en la cual, no solo se usaban como medios, la violencia, sino las herramientas jurídicas, con el fin de lograr los objetivos racistas, de separar a la población blanca de la afro descendiente. Los medios jurídicos utilizados, eran convenios de segregación racial, por virtud de los cuales, en determinados barrios o vecindades de la ciudad, los propietarios de raza blanca y, posteriores adquirentes de los inmuebles, no podían celebrar negocios jurídicos traslaticios de dominio, posesión o uso con personas de color.<sup>124</sup>

---

Código de Procedimientos Civiles, el cual habla de “intereses comunes”. Cal. Code. Civ. Pro. Section 382 “*If the consent of any one who should have been joined as plaintiff cannot be obtained, he may be made a defendant, the reason thereof being stated in the complaint; and when the question is one of a common or general interest, of many persons, or when the parties are numerous, and it is impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the benefit of all*”.

<sup>120</sup> *Barbara J. Key v. Gillette Company*, 782 f.2d 5 (1st cir. 1986). “One of the most important of these requirements is that the representative party fairly and adequately represent the interests of the class. Rule 23(a)(4). This requirement is particularly important because the due process rights of absentee class members may be implicated if they are bound by a final judgment in a suit where they were inadequately represented by the named plaintiff.”.

<sup>121</sup> Tidmarsh, Jay. *Rethinking*...., p. 1152.

<sup>122</sup> 311 U.S. 32 (1940).

<sup>123</sup> Tidmarsh, Jay. JOTWELL, May 1, 2013.(reviewing Margaret H. Lemos, *Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General*, N°126. Harvard Law Review, Volume 486, 2012. and Deborah R. Hensler, *Goldilocks and the Class Action*, 126 Harv. L. Rev. F. 56 (2012). Disponible en: <http://courtslaw.jotwell.com/adequacy-and-the-attorney-general/>.

<sup>124</sup> Allen R. Kamp. *The history behind Hansberry v. Lee*, 20 U.C. *Davis Law Review*, p. 484. Citando *Burke v. Kleiman*. “Does hereby covenant and agree with each and every other of the parties hereto, that his said parcel of land is now and until January 1, 1948, and thereafter until this agreement shall be abrogated as hereinafter provided, shall be subject to the restrictions and provisions hereinafter set forth, and that he will

En caso de que una persona de color, entrara a formar parte de la comunidad, violentando de esa forma el convenio, se le iniciaba un proceso judicial, el cual, culminaba con una sentencia, que ordenaba su correspondiente desalojo (*mandatory injunction*).<sup>125</sup> Ahora bien, aquellos acuerdos, para producir efectos, requerían de la firma cuando menos, del 95% de los propietarios de los correspondientes barrios, sin los cuales, resultaban ineficaces. En este contexto, Carl Hansberry, adquirió una propiedad cobijada bajo uno de dichos convenios, lo cual, atrajo no solo violencia y rechazo, para sí y su familia,<sup>126</sup> sino además, una acción de carácter judicial, cuya pretensión era obtener la aplicación del convenio racista, además, de una indemnización dineraria.<sup>127</sup> Tanto en primera instancia, ante la Corte del condado de Cook, como en la correspondiente apelación, ante la Corte Suprema del Estado de Illinois, se negaron las defensas de Hansberry, pues se consideró, que este (demandado), no podía resistirse a la aplicación del convenio, pues, era miembro de un “grupo”, sobre el cual ya se había formado la cosa juzgada.<sup>128</sup>

Ese grupo, estaba compuesto por todos aquellos propietarios y posteriores adquirentes de la vecindad, que habían firmado el convenio y que a través de una acción representativa anterior, habían buscado su aplicación y obtenido una decisión favorable. La decisión que ligaba a Hansberry, se había rendido 6 años antes, en el caso *Burke v. Kleiman*.<sup>129</sup> Durante el recorrido del caso Hansberry por las Cortes inferiores, se demostró que la afirmación hecha en el caso *Burke*, sobre la efectividad del convenio, debido al umbral de firmas obtenido (95%), por parte de los demandantes, era falso, pues solo el 46% de los propietarios realmente había manifestado su anuencia con el acuerdo, sin embargo,

---

make no sale, contract of sale, conveyance, lease or agreement and give no license or permission in violation of such restrictions or provisions (...).”

<sup>125</sup> Ibid, p. 484.

<sup>126</sup> Esto se puede observar en la obra teatral “*A Raisin in the Sun*”, escrita por la hija de Carl Hansberry, Lorraine, donde se relatan las penurias sufridas por la familia Hansberry en aquella época en el lado sur de Chicago en los Estados Unidos. En: Lorraine Hansberry. *A Raisin in the Sun*, (1959). Disponible en: <http://www.napavalley.edu/people/LYanover/Documents/English%20123%20Lorraine%20Hansberry%20A%20Raisin%20in%20the%20Sun.pdf>.

<sup>127</sup> La demandante Anne Lee, no solo solicitó un mandamiento judicial, para desalojar a los Hansberry, sino además, una indemnización por \$100.000 dólares. Véase: Alison Shay. *Remembering Hansberry v. Lee*, This Day in Civil Right History, Special Collections Library of the University of North Carolina at Chape Hill. Publishing the Long Civil Rights Movement, November 12, 2012..

<sup>128</sup> 311 U.S. 32 (1940).

<sup>129</sup> *Burke v. Kleiman*, 355 Ill. 390, 189 N.E. 372.

dado que dicha afirmación, no fue resistida en el caso *Burke*, la misma había hecho tránsito a cosa juzgada<sup>130</sup> y vinculaba a Hansberry.

Hansberry, apeló por *Certiorari* ante la SCUS, arguyendo que su derecho al debido proceso se veía comprometido, toda vez, que él no formaba parte de la clase en el caso *Burke*, pues nunca se le había otorgado la oportunidad de acercarse y ser escuchado. La SCUS, en aquella oportunidad, sostuvo que, dado que en la primigenia acción colectiva, solo el 46% de los titulares de propiedades en la localidad de *South Park*, había accedido y firmado el convenio, no podía sostenerse, que todos buscaran la aplicación del acuerdo, pues el otro 54% restante, que no firmó el convenio, bien quedaba en libertad de oponerse a su aplicación,<sup>131</sup> quedando manifiesto, un conflicto de intereses.

Conforme a lo anterior, la SCUS, afirmó que el demandado, no había sido representado en la acción anterior, pues, formaba parte del grupo que habría podido oponerse a la aplicación del convenio racial, y como tal, sus intereses, no habían sido representados adecuadamente, pues, se encontraban en eminente conflicto con aquellos que fueron postulados y, que buscaban la aplicación del convenio racista, aparejando la inaplicabilidad de la *res iudicata*.

Así, la SCUS,<sup>132</sup> sostuvo que no podía hablarse de un grupo, ni de una representación efectiva, cuando se verificaba, tal conflicto de intereses al interior de los sujetos a ser cobijados por una decisión. De la siguiente forma:

---

<sup>130</sup> 311 U.S. 32 (1940); En ese mismo sentido, Gidi manifiesta que: “The common law doctrine of res judicata includes both issue preclusion, also known as collateral estoppel, and claim preclusion. Issue preclusion bars relitigation of all issues that are “necessary steps” to the first decision on the merits, provided that those issues have actually been litigated and decided in the first action. Civil law doctrine has claim preclusion alone. In addition, the concept of claim preclusion is broader in common law than in civil law systems. In the civil law tradition, only the claims formally raised in an earlier proceeding are barred from being relitigated. Claims not raised in a previous action may be the object of a subsequent proceeding. The common law tradition, however, precludes not only claims actually raised but also those that could potentially have been raised but were not. Therefore, all claims that *can* be raised in a proceeding, arising from the same conflict (i.e., transaction) between the parties, *must* be raised under penalty of being precluded in a future action”. En: Gidi, Antonio. *Class actions in Brazil: a model for civil law countries...*, p. 385.

<sup>131</sup> 311 U.S. 32 (1940).

<sup>132</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “it is one thing to say that some members of a class may represent other members in a litigation where the sole and common interest of the class in the litigation is either to assert a common right or to challenge an asserted obligation. It is quite another to hold that all those who are free alternatively either to assert rights or to challenge them are of a single class, so that any group merely because it is of the class so constituted, may be deemed adequately to represent any others of the class in litigating their interests in either alternative. Such a selection of representatives for purposes of litigation,

“Una cosa es decir que algunos miembros de la clase pueden representar a otros en un litigio donde el interés único y común de la clase es, bien afirmar o pretender un derecho, o bien resistir a una obligación pretendida. Otra cosa muy distinta es sostener que todos aquellos que son libres para pretender derechos o resistirse a ellos pertenecen a una sola clase, de modo que por el mero hecho de pertenecer a un grupo constituido pueda considerarse que se representen adecuadamente sus intereses, cuando estos son alternativos. Aquella selección de representantes a efectos del litigio, cuyos intereses no son necesaria y ni siquiera probablemente los mismos que aquellos grupales que se considera que representan, viola el debido proceso, pues no otorga la protección exigida a los miembros ausentes”.<sup>133</sup> (Traducción nuestra)

A partir de ese fallo, los intereses del grupo,<sup>134</sup> se convirtieron en la premisa principal en el estudio de la adecuada gestión del representante colectivo, en los Estados Unidos. En lo que hace a su afinidad o alineación y a su divergencia o conflicto, además, de la colusión que pudiera presentarse entre los actores procesales (Parte presente, abogado de la clase y contraparte).<sup>135</sup> Pues, conforme a una mirada teleológica del proceso civil americano, tanto el representante colectivo, como su abogado, pueden iniciar una acción de este tipo, guiados por un amplio abanico de motivaciones (egoístas, altruistas o utilitaristas), mermando la autonomía individual de los miembros ausentes al litigio, en busca de un resultado.<sup>136</sup> De ahí que, el recaudo de este requisito, se convierta en el puente

---

whose substantial interests are not necessarily or even probably the same as those whom they are deemed to represent, does not afford that protection to absent parties which due process requires (...).”

<sup>133</sup> *Ibíd.*

<sup>134</sup> Los intereses del grupo representado, tienen tal relevancia, que en algunos casos se permite la defensa de los mismos, por el litigante cuya pretensión se ha tornado irrelevante (*mooted*), o la decisión de mérito, le ha sido desfavorable. Siempre y cuando, litigue vigorosa y celosamente por los intereses de los demás, aun cuando, el suyo propio, ya no se halle presente. Véase, R. Sandra Kane. *Representation of class actions: is personal interest replacing personal stake?*, Arizona State Law Journal , 1981.

<sup>135</sup> Gordon N. Griffin. *Reinventing adequacy: the need for standardized regulation current developments 2009-2010*, Georgetown Journal of Legal Ethics, Volume 23, 2010, p. 606; Tidmarsh, Jay. *Rethinking...*, p. 1154.

<sup>136</sup> (...) No one is required to bring a case as a class action. Rather, the decision to seek class treatment lies in the unfettered discretion of the class representative and class counsel. The class representative and class counsel can make this choice for any of a number of reasons. Perhaps the representative is virtuous, and wishes to assume the mantle of disinterested and benevolent leadership. Perhaps the representative operates from a sense of duty to take no more than a fair share of a defendant's assets or to treat other claimants as equals. Perhaps she is altruistic, and wants to advance the interests of others above her own. Perhaps she is utilitarian, and believes that class treatment will result in the highest net gain to herself and to others. Or perhaps-and here is the rub-she is an egoist, whose only interest is advancing her own interests and who sees class treatment as the best way to do so.(...) The problem is that egoist representatives and counsel are ultimately indifferent to the interests of those whom they represent-and that indifference creates the risk that,

que protege y une a los intereses del grupo, con las actuaciones del representante y su letrado.<sup>137</sup>

En ese sentido y dirección, cincuenta y siete años después, la SCUS reitero su decisión en cuando a la presencia de representatividad adecuada, en la ausencia de conflicto de intereses, en el caso *Amchem Products, Inc. v. Windsor*.<sup>138</sup> En aquella ocasión, llego ante la SCUS, vía apelación, una acción de clase cuya certificación se buscaba, con el único propósito, de lograr un acuerdo (*settlement*) entre demandantes y demandados, que cubriera los intereses de las personas que habían sido expuestas al asbesto, en productos comercializados por la parte pasiva. El colectivo, en aquella acción, se conformaba así:<sup>139</sup>

“En la demanda se identificaron nueve demandantes principales, designándolos a ellos y a los miembros de su respectiva familia como representantes de una clase que comprendía a todas aquellas personas que no habían incoado acciones relativas a la exposición al asbesto en contra del demandado para la fecha en que la acción colectiva dio inicio, pero que (1) habían sido expuestos – ocupacionalmente o por la exposición ocupacional de un miembro de la familia o cónyuge – al asbesto o producto que lo contuviere y que fuere atribuible al demandado o (2) cuya esposa o miembro de la familia hubiere estado expuesto”.<sup>140</sup> (Traducción nuestra)

De forma tal, que aquel acuerdo, tenía la vocación de cubrir los intereses de todos las personas que habían sido expuestas al asbesto y presentaban actualmente señales o signos de enfermedad (tales como distintos tipos de cáncer, y enfermedades no

---

when it is no longer convenient to advance the interests of others, the self-interested representative or counsel will abandon those interests. En: Tidmarsh, Jay. *Rethinking...*, pp. 1149-1150.

<sup>137</sup> Ibid, p. 1151; Griffin, Gordon. *Reinventing...*, p. 604.

<sup>138</sup> “The adequacy inquiry under Rule 23(a) (4) serves to uncover conflicts of interest between named parties and the class they seek to represent”. En: *521 U.S. 591 (1997)*. En este caso, la Corte sugirió que los conflictos de intereses al interior de la clase, podrían resolverse a través de la subdivisión de los mismos, o en otras palabras la creación de subgrupos, cada uno con un adecuado representante de sus intereses, este parece, ser el camino acogido por la *Rule 23*, la cual en su literal (g)(1)(a) , según las notas del comité consultivo, para la reforma adelantada en el año 2003, que introduce dicho literal, apunta a la solución dada en *Anchem*, ver *Federal Rules of Civil Procedure*, p. 170.

<sup>139</sup> El texto original en ingles, es el siguiente: “The complaint identified nine lead plaintiffs, designating them and members of their families as representatives of a class comprising all persons who had not filed an asbestos- related lawsuit against a CCR defendant as of the date the class action commenced, but who (1) had been exposed— occupationally or through the occupational exposure of a spouse or household member—to asbestos or products containing asbestos attributable to a CCR defendant, or (2) whose spouse or family member had been so exposed.(...)”.

<sup>140</sup> *521 U.S. 591 (1997)*.

malignas),<sup>141</sup> además, de aquellas que si bien, habían sido expuestas, aún no mostraban signos de lesión, es decir, tanto miembros actuales como futuros.<sup>142</sup>

Tanto en la corte de instancia como en la de distrito, se encontraron cumplidos, todos los requisitos exigidos por la *Rule 23*, incluido, el que hace a la adecuada gestión de la parte representativa, más al llegar a la SCUS, se señaló que el grupo o clase, no podría certificarse a efectos de llegar al acuerdo, pues, los representantes no cumplían con el requisito de la *rule 23(a) (4)*. Dado que, los intereses de los miembros que componían la legión, no se encontraban adecuadamente representados, toda vez, que emergían a la superficie conflictos de interés, entre los miembros expuestos y aquellos que manifestaban lesión o enfermedad. De la siguiente forma:<sup>143</sup>

“las nombradas partes, con diversas condiciones médicas, buscaron actuar en nombre de una única y gigantesca clase, en lugar de actuar a favor de diversas y pequeñas subclases. En aspectos significativos, los intereses de los que están dentro de la misma clase, no están alineados. Mientras que el objetivo primordial de los que actualmente están heridos, es hacerse a generosos e inmediatos pagos o indemnizaciones; la meta aquellos demandantes que solo fueron expuestos es asegurar un amplio fondo futuro, que no se vea menguado en tiempos de inflación (...)”.<sup>144</sup> (Traducción nuestra)

Si bien, los autores norteamericanos, señalan las dos decisiones comentadas como emblemáticas en el tema de los intereses, como foco central de la representatividad adecuada (*adequacy of representation*).<sup>145</sup> En otras ocasiones la SCUS, se ha pronunciado con respecto a la importancia de los intereses, y la ausencia de resistencia entre ellos, a

---

<sup>141</sup> De acuerdo con el convenio, esté cubría 4 tipos de afecciones, relativas a la exposición al asbesto. “mesothelioma; lung cancer; certain “other cancers” (colon- rectal, laryngeal, esophageal, and stomach cancer); and “non-malignant conditions” (asbestosis and bilateral pleural thickening). En: *ibíd*.

<sup>142</sup> Anthony J. Carucci. *Functional approach to adequacy of representation, a note*, Journal of Legislation. Volume 40, 2013, pp.164-165.

<sup>143</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “named parties with diverse medical conditions sought to act on behalf of a single giant class rather than on behalf of discrete subclasses. In significant respects, the interests of those within the single class are not aligned. Most saliently, for the currently injured, the critical goal is generous immediate payments. That goal tugs against the interest of exposure-only plaintiffs in ensuring an ample, inflation-protected fund for the future (...)”.

<sup>144</sup> 521 U.S. 591 (1997).

<sup>145</sup> Elizabeth Chamblee Burch. *Procedural adequacy response*, Texas Law Review. See Also, Volume 88 (2009), p. 56; G. Robert Bone. *The puzzling idea of adjudicative representation: Lessons for aggregate litigation and class actions*, George. Washington. Law Review, Volume 79, no. 2, 2011, p. 577; Tidmarsh, Jay. *Rethinking...*, pp. 1152-1158.

efectos, de que pueda existir representatividad adecuada y en consecuencia, extensión de la cosa juzgada a los miembros ausentes.<sup>146</sup>

Ahora bien, como afirma Yeazell, en la búsqueda de los intereses de los miembros ausentes del grupo, no existe un catálogo pétreo y rígido de preocupaciones sociales, esto es, aquellos no se encuentran predeterminados, sino que, conforme a una evaluación hipotética, de las circunstancias del conflicto judicial, se toman aquellos intereses, que mejor se amolden en relación a determinados valores sociales.<sup>147</sup>

En lo que refiere a dichos intereses, pueden observarse, aquellos relativos a: cómo ha de perseguirse la acción, o sobre el desarrollo del litigio y, aquellos que atañen al resultado final o beneficio a ser percibido por la clase o grupo. Este esquema, determina el tipo de conflicto que puede ser elevado,<sup>148</sup> de esta forma H. Cooper,<sup>149</sup> manifiesta que:

---

<sup>146</sup> Esto se puede ver en: *Taylor v. Sturgell*, 553 U.S. 880 (2008). Donde el presidente de una asociación de fanáticos a la aviación y antigüedades relacionadas con ella, incoó acción ante la Corte de Distrito a efectos de obtener una decisión declarativa, que obligará a la autoridad administrativa de aviación (FAA), a otorgar unos documentos relativos a cierto tipo de avión antiguo, que el propietario buscaba restaurar y reparar conforme a los diseños y prescripciones originales. Toda vez que la entidad administrativa, se había rehusado a otorgar los documentos en sede administrativa, fundándose en el secreto comercial. La Corte sostuvo que el demandante no podía formular la pretensión, pues sobre él recaía la virtualidad de la cosa juzgada, que se había formado en una decisión anterior, en la cual había participado un amigo del demandante, buscando la aplicación de la ley de la misma forma. De manera tal, que por virtud de la teoría de la “representación virtual”, aplicada por varias cortes de distrito a modo adicional de excepción al principio *inter partes* de la cosa juzgada. En esa decisión, la Corte Suprema sostuvo que: “A party’s representation of a nonparty is “adequate” for preclusion purposes only if, at a minimum: (1) the interests of the nonparty and her representative are aligned, and (2) either the party understood herself to be acting in a representative capacity or the original court took care to protect the interests of the nonparty(...); Además en: *Ortiz v. Fibreboard Corp.* 527 U.S. 815 (1999). En este caso, relativo a un litigio por exposición a productos con asbesto, se buscó la certificación de una acción de clase, con el único fin de llegar a un acuerdo (*Settlement class action*), con vocación “obligatoria”, pues, cubría todas las reclamaciones, presentes y futuras por daños sufridos con ocasión de la exposición al asbesto, en contra del demandado y, no permitía la auto-exclusión del grupo (*opt out*). La Corte Suprema de los Estados Unidos, encontró deficiencias relativas al conflicto de intereses, en primer lugar, entre los miembros del grupo, pues, paralelo a las negociaciones globales, las partes, estaban adelantando otras negociaciones particulares, por personas expuestas a los productos de la parte pasiva, frente a los cuales, los requisitos para acceder a la indemnización eran distintos a los del grupo en general y, en segundo lugar, frente a las pretensiones de las personas que si bien habían sido expuestas aún no presentaban secuelas, y a aquellas, que para el momento del acuerdo ya las presentaban, pues, según se sugirió en *Anchem* (521 U.S. 591 (1997)), tal conflicto de intereses podía solucionarse a través de la creación de subgrupos, cada uno con su adecuado representante y abogado, sugerencia que no se materializó.

<sup>147</sup> Yeazell, Stephen. *From group...*, p. 1080.

<sup>148</sup> Así, Miller indica que, “(...) the conflict could be either a difference of *opinion* (the parties disagree about the best way to conduct or settle the litigation) or a difference of *interest* (increasing a benefit to one group can reduce the benefit available to the other”. En: P. Geoffrey Miller. *Conflicts of interest in class action*

“Es probable que hayan conflictos de interés, más o menos agudos, comenzando con la selección del foro, la definición de la clase o la elección del abogado, el establecimiento de los objetivos del litigio y así, hasta el final”<sup>150</sup>  
(Traducción nuestra)

En ese sentido, se señala por parte de los autores, que en el litigio colectivo o de las *class action*, todas las partes de la relación jurídico adjetiva, acuden al proceso colectivo acompañados de un interés y, consecuentemente, el conflicto de intereses, se produce no únicamente entre parte ausente y parte representativa, sino entre todos y cada uno de los sujetos que participan de la relación procesal.<sup>151</sup>

Así, los conflictos de interés, pueden darse entre miembros ausentes,<sup>152</sup> miembros ausentes y su letrado,<sup>153</sup> parte representativa y miembros ausentes,<sup>154</sup> entre el representante

---

*litigation: an inquiry into the appropriate standard*, University Of Chicago Legal Forum, Volume 2003, no. 1, p. 598.

<sup>149</sup> H Edward Cooper. *Symposium: the Institute of Judicial Administration Research Conference on class actions: Class Actions and the rulemaking process: Rule 23: Challenges to the rulemaking process*, New York University Law Review, Volume 13, 1996, p. 10.

<sup>150</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “There are likely to be conflicts of interest, more or less acute, beginning with selection of the forum, definition of the class, choice of counsel, setting the goals of litigation, and so straight on to the end (...)”.

<sup>151</sup> Miller, Geoffrey. *Conflicts of interest...*, p. 597.

<sup>152</sup> Algunos autores, han tratado esta temática, esquematizando o diagramando los distintos conflictos; a manera de ejemplo, Miller señala, en este caso, que si bien, es natural que un miembro desee para sí, una porción más grande del total a ser recuperado y, esto implique una correlativa disminución, en lo que resta para los demás miembros, para que dicho conflicto sea impermissible se requiere que: 1) afecte el valor total a ser recuperado para la clase y, 2) se reduzca o varíe el resultado relativo a un estimado justo por reclamación según miembro. Ahora bien, entre los conflictos, se muestran aquellos que si bien no recaen sobre el resultado, ni varían las reclamaciones de los miembros, se presentan entre los miembros ausentes, por ejemplo, los conflictos en la prueba, V.gr “*Culver v City of Milwaukee*, counsel brought a putative class action on behalf of European-American men who claimed to have been discriminated against in hiring by the Milwaukee Police Department. Some members of the class had allegedly been denied the chance to apply for a job at all. Others had managed to apply, but claimed they were rejected because the city had doctored the test results. The court of appeals indicated that these two groups could not be brought together as a single class. The court noted, inter alia, that those who had taken the test would be required to prove that the scoring was discriminatory, whereas those who had been denied the right to take the test would not face this hurdle.”. Además, de los conflictos entre el monto recuperable para la clase, según el subgrupo, v.gr. en *Reynolds V. National Bank*, el abogado de la clase, incoó acción en contra de préstamos de reembolso anticipado de impuestos, otorgados por un banco a los miembros de clase, en el acuerdo buscado por el abogado representativo y aprobado por la corte de distrito, se indicó que a los miembros de la clase, que habían adquirido dos o menos préstamos por parte del banco, se les otorgaría una indemnización de 15 dólares, y a los miembros que habían accedido a 3 o más préstamos la indemnización sería de 30 dólares, lo cual generaba un conflicto, pues, independientemente de ser tres o treinta los préstamos el valor no variaba. Entre estos

y su abogado,<sup>155</sup> de abogado a abogado<sup>156</sup> y, finalmente entre representantes (*from plaintiff to plaintiff*).<sup>157</sup> Conforme a este panorama, los autores,<sup>158</sup> han manifestado que los conflictos son inherentes al litigio de masa, tal y como lo hace Miller,<sup>159</sup> al decir que:

---

conflictos también se hallan los que se presentan entre miembros presentes y miembros futuros, tal y como se observa en *Anchem v. Windsor*, reseñado en líneas anteriores, y los que pueden generar un resultado negativo o un daño a los miembros del grupo. V.gr en "*Martin v American Medical Systems, Inc.*" for example, the court refused to certify a products liability class action seeking damages for alleged defects in the defendant's penile implant device. The court observed that, while some class members had experienced problems with the device, most had not. The satisfied customers might want to receive replacements as their implants wore out, and might be unable to obtain them if the litigation resulted in the defendant terminating production. The litigation, in other words, threatened an outcome that would be affirmatively harmful to a significant faction of the class. The court concluded that the conflict in the goals of the litigation-dissatisfied customers wanting damages, satisfied customers wanting the device to be available in the future-was sufficiently acute as to preclude certification". Esto puede observarse, en *Ibid*, pp. 598-615.

<sup>153</sup> En este caso, los conflictos de interés que pueden surgir, se enmarcan dentro de tres categorías: 1) Cuando la inclinación del ánimo del abogado, no lo impulsa a buscar la mejor gestión jurídica del grupo, sino procurarse un mayor beneficio económico, 2) cuando los intereses del abogado en la acción colectiva, chocan o se ven cegados por sus intereses en una acción paralela, 3) cuando el abogado objeta o se resiste a un acuerdo buscado por los otros abogados del grupo, sobre esto puede verse, *Ibid*, pp. 615-621.

<sup>154</sup> Estos, surgen cuando las características individuales del representante exceden o chocan con los objetivos comunes del grupo, normalmente se valoran este tipo de situaciones a través de un estudio de los requisitos previstos en la *rule 23* (a) (3) y (a) (4), es decir, una evaluación de las pretensiones o defensas de la parte representativa (*typicality*) y su representatividad adecuada (*Adequacy of Representation*). Además, cuando los miembros ausentes desaprueban y/o se oponen a la acción colectiva, esto puede verse en *Ibid*, pp. 622-624. Por ejemplo en: *Waters v. Barry*, 711 F. Supp. 1121 (D.D.C. 1989). En este caso una organización en defensa de los derechos civiles en el Distrito de Columbia, presentó acción colectiva a favor de un grupo conformado por menores y sus padres, y menores *ad portas* de alcanzar la mayoría de edad, a efectos de que se levantaré un toque de queda impuesto por el Distrito entre las 11 de la noche y las 6 de la mañana, por atentar contra sus derechos constitucionales garantizados por la primera, cuarta y quinta enmienda. Si bien, dicha violación era existente, los miembros de la clase, objetaron y atacaron la certificación de la acción colectiva bajo el entendido, de que era preferible la seguridad que les otorgaba el toque de queda, en un entorno de violencia, inseguridad y abuso de sustancias psicoactivas, aún en merma de sus derechos constitucionales. Además cuando el remedio o reparación buscada por la parte representativa difiere del remedio querido por los miembros ausentes, esto puede verse en: Tidmarsh, Jay. *Rethinking...*, p. 1159.

<sup>155</sup> Aquí, los conflictos se presentan, cuando el representante no se encuentra satisfecho con la actuación de su abogado y, por ende busca objetar o ir en contra de un acuerdo buscado por el letrado, o lograr su sustitución. Esto puede verse en: Miller, Geoffrey. *Conflicts of interest....*, pp. 624-625; H. Gregg Curry. *Conflicts of interest problems for lawyers representing a class in a Class Action lawsuit*, Journal of the Legal Profession, Volume 24, 1999/2000, pp.1-2.

<sup>156</sup> En los Estados Unidos, usualmente las acciones colectivas son adelantadas por firmas especializadas y casi empresariales (*entrepreneurial*), que adelantan el litigio en torno a un abogado que es designado líder y su equipo, cada uno, en un tema específico y con subgrupos o clases determinadas. Los problemas surgen, cuando cualquier otro abogado presenta una moción en contra del abogado líder, a efectos de ser seleccionado como tal, lo que puede generar la división del equipo y del resultado. O bien un letrado de una firma distinta opta por representar individualmente a un miembro de la clase. En Miller, Geoffrey. *Conflicts of interest....*, pp. 625-626.

“los conflictos de interés impregnan las acciones colectivas. Debido al gran número de reclamos y a la posibilidad de que los miembros de la clase estén situados abigarradamente en relación con sus aspectos particulares, las tensiones entre los miembros de la clase son comunes y hasta ubicuos”.<sup>160</sup>  
(Traducción nuestra)

De forma tal, que la sola presencia de un conflicto de interés, en el litigio colectivo, de suyo, no acarrea fatalmente la no certificación de la clase, ni su consecuente descertificación en un estadio posterior, pues, aunque la SCUS, en *Anchem*,<sup>161</sup> indicó que la alineación de intereses, entre los distintos miembros del grupo debe ostentar un grado de cohesividad, el estudio riguroso y estricto de cualquier conflicto de intereses en el litigio de masa, implicaría la disfunción del mecanismo colectivo americano.<sup>162</sup>

Así, se ha manifestado que el conflicto de interés, que posee la virtualidad de acarrear la inadecuación de los representantes, es uno de carácter sustancial, o fundamental,<sup>163</sup> es decir, aquel que recaiga sobre el núcleo del litigio,<sup>164</sup> o que impida la vigorosa persecución de la acción.<sup>165</sup> En la misma tesitura, la SCUS, en las decisiones en las que se ha pronunciado acerca del conflicto de intereses, no ha dado parámetros ni

---

<sup>157</sup> Dichos conflictos, surgen cuando una parte representante (parte presente), se torna amenazante para los demás miembros del grupo. Sin embargo, los autores señalan que comúnmente, esa aversión para con las actuaciones de otro representante, embozan un actual conflicto entre abogados. *Ibid*, pp. 626-628.

<sup>158</sup> Griffin, Gordon. *Reinventing adequacy...*, p. 604.

<sup>159</sup> Miller, Geoffrey. *Conflicts of interest...*, p. 581.

<sup>160</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “Conflicts of interest pervade class action litigation. Because of the large numbers of claims and the potential for members of the class to be differently situated with respect to particular issues, tensions among class members are common, even ubiquitous (...)”.

<sup>161</sup> 521 U.S. 591 (1997).

<sup>162</sup> La alineación de los intereses, ha sido también valorada en términos de proporcionalidad, (representante-miembros ausentes/grupo) de tal forma, que el valor numérico de v.gr 1-100, 10-1000, no afecta la persecución de la acción colectiva por un único representante, mientras sus intereses sean adecuadamente representados. Esto puede verse en: Robert DeWitt. *Class Actions - adequacy of representation - applicability to suits involving equal protection of the laws recent decision*, University of Kansas City Law Review, Volume 21, 1952.

<sup>163</sup> Madeleine Fischer. *Adequacy requirements*, en A Practitioner’s Guide to Class Action (Tort Trial & Insurance Practice Section, American Bar Association, 2010), p. 70; Robert H. Klonoff. *Judiciary’s flawed application of Rule 23’s adequacy of representation requirement, the multi-jurisdictional and cross-border class actions symposium issue*, Michigan State Law Review, 2004, p. 678.

<sup>164</sup> A Charles A. Wright, Arthur R. Miller & Mary K. Kane, (3d ed. 2005). Citado por: P. Anna Prakash. *Class-representative adequacy: preparing for and responding to attacks on plaintiffs*, Volume 24, No. 2, American Bar Association, Section of Litigation, (3 jun, 2014). (Consultada el 20 de junio de 2016).

<sup>165</sup> Howard M. Downs (1994). Citado por Miller, Geoffrey. *Conflicts of interest...*, p. 590.

desarrollado un test para su evaluación,<sup>166</sup> de forma tal, que los distintos tribunales, al encarar a este requisito de la *rule 23*, lo hacen, valiéndose de parámetros plenamente individuales y propios.<sup>167</sup>

Ahora bien, visto en general el conflicto de interés, es menester extender unas líneas, en cuanto a los estándares que analizan los tribunales norteamericanos, en aras, no sólo de certificar la acción colectiva, sino, de garantizar el debido proceso de los miembros ausentes, a través de la representatividad adecuada.

### **3.2. Representatividad adecuada, estándares de su estudio.**

El pedigrí constitucional, que ostenta el requisito contemplado en la *rule 23 (a)(4)* y *(g)*, a través del cual, la idónea gestión del representante, y el abogado colectivo, liga y extingue los derechos de los miembros ausentes,<sup>168</sup> es, la más importante de todas las circunstancias que contempla dicho código de ritos.<sup>169</sup> Esto pues, el debido proceso de todos aquellos que siendo parte del grupo, no acuden, ante el juez para ser oídos, compele a que la actuación, actitud y características, tanto del representante como de su letrado, debido a los singulares intereses y propósitos que sirven a las acciones de clase,<sup>170</sup> se sometan a un examen riguroso, durante todo el curso del proceso colectivo, e inclusive más allá.<sup>171</sup>

Como tal, en los Estados Unidos, la representatividad adecuada, se analiza con un criterio eminentemente pragmático, sin fórmulas preestablecidas y, conforme a un sistema

---

<sup>166</sup> Tidmarsh, Jay. *Rethinking...*, p.1155; Burch, Elizabeth. *Procedural adequacy response...*, p. 56.

<sup>167</sup> Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, pp. 671 – 702; Marcus, David. *Making adequacy...*, p. 138.

<sup>168</sup> Tidmarsh, Jay. *Jotwell*; Marcus, David. *Making adequacy...*, p. 138.

<sup>169</sup> Klonoff indica que: “Of all the requirements for class certification, none is more important than the requirement that “the representative parties,” including class counsel, “fairly and adequately protect the interests of the class”. En: Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, p. 672.

<sup>170</sup> Carucci, Anthony. *Functional approach...*, pp. 169-171.

<sup>171</sup> El debido proceso de los miembros ausentes, compele a que de no encontrarse debidamente representados los intereses de aquellos miembros, estos puedan iniciar un litigio por su cuenta, atacando y enfrentándose a la presunción de cosa juzgada, lograda en un litigio anterior. En los Estados Unidos, se han propuesto limitaciones o restricciones a este derecho, como son: supeditarlos a unos requisitos.v.gr, que los puntos de contacto del foro donde se adelanta en litigio, no tomen en cuenta la mejor defensa del interés representado. Es decir, las limitaciones surgen cuando el representante colectivo, extingue los derechos procesales de los miembros ausentes (acción, jurisdicción y competencia) y no los gestiona adecuadamente. Esto puede verse en: Patrick Woolley. *Jurisdictional nature of adequate representation in class litigation, the aggregate litigation: critical perspectives: issues in the certification of class actions*, George Washington Law Review, Volume 79, 2010.

casuístico.<sup>172</sup> En donde cada tribunal le otorga a dicho recaudo, la profundidad y extensión,<sup>173</sup> que a su criterio resguarde los derechos procesales y constitucionales, de la parte ausente. De manera que, los estándares utilizados para medir la gestión colectiva, varían según el juzgador.<sup>174</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, se reseñarán, algunos de los factores que se utilizan en los Estados Unidos, como estándares para medir la adecuación o inadecuación, tanto de la parte representativa como de su letrado, sin embargo, previo a desarrollar aquellos estándares de representatividad adecuada es menester extender unas líneas en cuanto a las “funciones” que corresponden a estos dos sujetos, dentro del marco del proceso colectivo o *class action*, pues, dicho conocimiento es la propedéutica necesaria para la transición hacia el estudio de dichos requerimientos.

### **3.2.1. Las funciones del representante colectivo y del abogado de la clase.**

En los Estados Unidos, cuando se habla de las funciones del representante colectivo o de la parte representativa no se esta haciendo una pregunta fútil e inocente, al punto que los litigantes expertos en *class actions*, usualmente, adjetivan a las actividades que corresponden al representante colectivo de “criticas” y “enormes”,<sup>175</sup> tanto así, que sin un buen representante el caso no podrá continuar como una acción de clase sino que no se podrá formar como una.<sup>176</sup> En ese sentido, al representante colectivo le corresponde como función genérica la de “representar justa y adecuadamente los intereses de clase” RPCF 23(A)(4), a partir de el cual, se escinden las siguientes funciones: 1) sus intereses deben estar suficientemente entrelazados e interrelacionados con aquellos de los de la clase; 2) familiarizarse con el caso, no al punto de conocer cada de sus partes, pero cuando menos, leer la demanda inicial y comprenderla, saber a quien se esta demandando y por que; 3) ser

---

<sup>172</sup> Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, p. 674.

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> Vincent Esades. *What role does a class representative play in a class action lawsuit?*, Reel lawyers ,Where America's lawyers talks law, 2017. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017); Scott Starr. *What is a class representative/ lead plaintiff?*, Starr Austen & Miller LLP, Attorneys at Law, Longsport – Indiana, (EE.UU), 2017. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017).

<sup>176</sup> SommersSchwartz, SommersSchwartz Law Office. 2014, Julio 6, *Understanding Class Action Lawsuits*. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5IIXiZeDd1Q>; Sotos LLP. 2015, Agosto 10, *Representative Plaintiff*. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=QxddRFbXvKg>.

devoto y comprometido con el desarrollo del proceso, a diferencia de los demás miembros de la clase, el representante colectivo debe trabajar muy de cerca con el abogado que maneja el caso, debe estar presente tanto en el juzgado como en las distintas reuniones que adelante el abogado con la contraparte, su compromiso debe ser sustancial y pertinaz;<sup>177</sup> 4) comprender que representa a los intereses de un colectivo y no los suyos únicamente, de forma que no puede exigir que se le dé algo por encima de lo que recibirán los demás miembros del grupo;<sup>178</sup> 5) aportar y conservar todos los documentos necesarios y útiles para el desarrollo del litigio; 6) estar presente y opinar acerca de los acuerdos a los cuales llegue el abogado del grupo a efectos de declinarlos o aceptarlos; 7) poner en conocimiento de la Corte cualquier irregularidad con su abogado que pueda comprometer los intereses de la clase;<sup>179</sup> 8) tener contacto regular con su abogado y ponerle en conocimiento de circunstancias nuevas que puedan alterar el caso;<sup>180</sup> 9) ser honesto en la información proporcionada a sus abogados y a la parte contraria, tanto en la demanda, como en las deposiciones y en las declaraciones juradas;<sup>181</sup> 10) otorgar poder para iniciar la acción de

---

<sup>177</sup> David Goguen. *Anyone Want to Be Lead Plaintiff in a Class Action? - A look at the role of "lead plaintiff" or "class representative" in a class action lawsuit, including how they're appointed and what responsibilities come with the role*, Personal Injury - lawyers. com, 2017. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017); Sotos LLP. 2015, Agosto 10, *Representative Plaintiff...*

<sup>178</sup> El representante del grupo o la parte representativa es “el más importante entre los iguales” (*First among equals*), su actuación debe ser lo suficientemente buena para el grupo y, las decisiones del grupo deben ser suficientemente buenas para él, así, el representante del grupo debe comprender y aceptar que sus pretensiones no pueden exceder, ni ser distintas de aquellas solicitadas para los miembros ausentes. Claro está, dependiendo de su participación y involucramiento con el litigio, al final del procedimiento puede ser premiado con un “estipendio”, que le concederá el juez, previa moción del abogado del grupo. Véase: Brodsky Smith. *Rights and Responsibilities of a Class Representative*, Brodsky & Smith LLC, Bala Cynwyd – Pennsylvania (EE.UU), p. 2; Sotos LLP. 2015, Agosto 10, *Representative Plaintiff...*; Schroeter Golmark Bender. *Rights and responsibilities of a class representative*, SGB-LAW, 2017. Consultada el 25 de Noviembre de 2017).

<sup>179</sup> Mike Arias y Kiley Lynn Grombacher. *Class actions: Getting you class certified. The first of a two-part primer on class actions*, Advocate Magazine, Journal of Consumer Attorneys Associations for Southern California, February, 2010, p. 5.

<sup>180</sup> En este caso, el representante del grupo debería poner en conocimiento su intención de demandar individualmente, la existencia de hechos o circunstancias especiales respecto de su caso que lo convierten en un representante inapropiado, conflictos de interés con los demás miembros del grupo, su pertenencia al grupo, no tener la capacidad ni el tiempo para dedicarse con plenitud al desarrollo del litigio. Etc.. Véase: SommersSchwartz, SommersSchwartz Law Office. 2014, Julio 6, *Understanding Class Action Lawsuits...*

<sup>181</sup> Goguen, David. *Anyone Want to Be Lead Plaintiff in a Class Action? - A look at the role of "lead plaintiff" ...*; Schroeter Golmark Bender. *Rights and responsibilities of a class representative...*; Brodsky Smith. *Rights and Responsibilities of a Class Representative...*

clase y contratar los servicios de una firma de abogados expertos y avezados en acciones de clase.<sup>182</sup>

En cuanto a las funciones del abogado de la clase o del grupo, estas surgen al igual que en el caso del representante colectivo, de una función genérica de “*representar y proteger justa y adecuadamente los intereses de clase*” RFPC 23(G)(4), conforme a la cual, surgen unas funciones específicas como son: 1) informar a sus clientes, sobre las ventajas o desventajas de la acción de clase para la resolución de sus conflictos<sup>183</sup>; 2) informar a quien pretenda actuar como representante colectivo sobre las cargas procesales que esto implica y sobre sus funciones;<sup>184</sup> 3) poner en conocimiento de la Corte cualquier conflicto de interés que surja y que pueda afectar el manejo de la acción de clase;<sup>185</sup> 4) demostrar su idoneidad para el manejo de la acción de clase; 5) proteger los intereses de clase los miembros ausentes, aún por encima de los del representante colectivo;<sup>186</sup> 6) administrar con economía y eficiencia el desarrollo de la acción de clase.<sup>187</sup>

Vistas las actividades propias, tanto del representante colectivo, como del abogado de la clase, se reseñarán los estándares de representatividad adecuada, analizados respecto de estos dos sujetos por parte de los tribunales norteamericanos.

### ***3.2.2. Adecuada representación del representante colectivo (Representative plaintiff).***

La jurisprudencia y los autores señalan, que la regla general, para determinar si la parte representativa goza de idoneidad o es adecuado para adelantar el proceso, en nombre

---

<sup>182</sup> Lauzon Bélanger Lespérance. *The role of the representative plaintiff*, LAUZON BÉLANGER LESPÉRANCE ATTORNEYS, 2017. Consultada el 25 de Noviembre de 2017; SommersSchwartz, SommersSchwartz Law Office. 2014, Julio 6, *Understanding Class Action Lawsuits.*; Brodsky Smith. *Rights and Responsibilities of a Class Representative*.

<sup>183</sup> New York Committee on Professional and Judicial Ethics. *Formal Opinion 2004-01 - Lawyers in Class Actions*, New York City Bar, 2004. Consultada el 25 de Noviembre de 2017.

<sup>184</sup> Starr, Scott. *What is a class representative/ lead plaintiff?...*; Sotos LLP. 2015, Agosto 10, *Representative Plaintiff...*; Vincent Esades. *What role does a class representative play in a class action lawsuit?*.

<sup>185</sup> New York Committee on Professional and Judicial Ethics. *Formal Opinion 2004-01 - Lawyers in Class Actions*, New York City Bar...; Mary Kay Kane. *Of carrots and sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer*, N° 66, Texas Law Review, Volume 385, 1987, p. 403; Nancy J. Moore. *Who will regulate Class Action Lawyers?*, N° 4 Loyola University Chicago Law Journal, Volume 577, 2012, p. 588; Arias, Mike y Grombacher, Kiley Lynn. *Class actions: Getting you class certified. The first of a two-part primer on class actions...*, p. 5.

<sup>186</sup> H. Gregg Curry. *Conflicts of interest...*, pp.1-2; New York Committee on Professional and Judicial Ethics. *Formal Opinion 2004-01 - Lawyers in Class Actions*, New York City Bar...;

<sup>187</sup> Kane Mary, Kay. *Of carrots and sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer...*, p. 393.

de miembros ausentes, radica en que este carezca de un conflicto de interés significativo, con los demás miembros del grupo y, que sea capaz de comprometerse a la devota y celosa persecución de la acción colectiva.<sup>188</sup>

Si bien, el conflicto de intereses, permanece como de mandatoria investigación, en el camino de la representatividad adecuada y, algunos tribunales se limitan a su análisis como único factor, el estudio aislado de este requisito, a la luz del conflicto de intereses, coarta los derechos del grupo, pues, ciega el examen a distintos estándares que acarrearían su inadecuación, en la ausencia de conflictos de interés.<sup>189</sup> Tal y como señala Klonoff<sup>190</sup> al decir que:

“Mientras que de frente a un representante con conflictos materiales o sustanciales de interés, no existe duda sobre su inadecuación la sola ausencia de dicho conflicto de suyo no garantiza que el representante sea adecuado”.<sup>191</sup>  
(Traducción nuestra)

De tal manera, algunos estándares que se hallan bajo el espectro de la representatividad adecuada son, la incompetencia del representante, su carácter moral, es decir, cuestiones relativas a la deshonestidad y actitudes cuestionables, su credibilidad,

---

<sup>188</sup> Véase, Antonio Gidi. *La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo*, en *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogeneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamerica*, ed. Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord), México, editorial Porrúa, 2004, p.149; Fischer, Madeleine. *Adequacy requirements*, p. 69; *Hassine v. Jeffes*, 846 F.2D 169 (3RD CIR. 1988). “The inquiry that a court should make regarding the adequacy of representation requisite of Rule 23(a)(4) is to determine that the putative named plaintiff has the ability and the incentive to represent the claims of the class vigorously, that he or she has obtained adequate counsel, and that there is no conflict between the individual's claims and those asserted on behalf of the class”. *Kirkpatrick v.J.C. Bradford Co*•827 F.2d 718, 727 (11th Cir. 1987). “Among the prerequisites to the maintenance of a class action is the requirement of Rule 23(a) (4) that the class representatives "will fairly and adequately protect the interests of the class." The purpose of this requirement, as of many other of Rule 23's procedural mandates, is to protect the legal rights of absent class members. Because all members of the class are bound by the res judicata effect of the judgment, a principal factor in determining the appropriateness of class certification is "the forthrightness and vigor with which the representative party can be expected to assert and defend the interests of the members of the class"; Prakash, Anna. *Class-representative adequacy...*

<sup>189</sup> Véase: 827 F.2d 718, 727 (11th Cir. 1987); Además: R. Michael McDonald y V. Damian Santomauro. *Cutting the String pulling the puppet class representative*, For the defense, Commercial Litigation, Gibbons P.C, New Jersey, July 2013, p. 40. “while a potential conflict between the named plaintiff and the class that he or she purports to represent would certainly offer a court a sufficient basis to find that the named plaintiff is inadequate, courts have focused on other considerations”.

<sup>190</sup> Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, p. 678.

<sup>191</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “while it is no doubt true that a representative who suffers from a material conflict of interest is inadequate, the absence of such a conflict does not guarantee that the representative is adequate”.

violaciones de carácter ético, falta de control sobre el abogado, el conflicto de intereses, la desatención o renuencia a jugar un papel significativo en el litigio, cuestiones de carácter financiero, entre otros.<sup>192</sup>

En cuanto a la competencia del representante, son indicadores de aquella, que el candidato a representante, demuestre interés en la purga del agravio sufrido por el grupo, además, de estar dispuesto a comprometer su tiempo devotamente al litigio colectivo,<sup>193</sup> para lo cual, deberá entender y apropiarse de sus deberes<sup>194</sup> como representante colectivo, entre los cuales, se hallan por ejemplo, el conocimiento básico de la demanda y sus elementos, esto es, las pretensiones deducidas, el sustento fáctico, además, de su propósito.<sup>195</sup> A efectos, de que pueda responder y participar en las correspondientes etapas del procedimiento (*discovery and deposition*).<sup>196</sup>

Esto, se analiza de manera tal, que el representante no lo sea únicamente en forma, cuando en realidad, su ignorancia y desentendimiento de las cuestiones del litigio, lo tornarían inadecuado, por haber dejado, el litigio completamente en manos del abogado, así en *Kirkpatrick v.J.C. Bradford CO*, la Corte de Apelaciones de la SCUS,<sup>197</sup> onceavo circuito, indico que:

“Varias cortes de distrito niegan justificadamente la certificación de la acción colectiva cuando los representantes de la clase poseen un conocimiento y

---

<sup>192</sup> Klonoff, es de la opinión que deberían mirarse factores tales como, la probabilidad de éxito del representante colectivo en la lide colectiva, es decir, que el juzgador al analizar la gestión del demandante o demandado presente debería hacer una evaluación sobre determinadas cuestiones, que si bien recaen en el mérito del litigio, se sobreponen al estudio de la representatividad adecuada, tales como la caducidad de la acción. Además de situaciones relacionadas con la salud del representante, que pudieran entorpecer el adecuado seguimiento de la acción. Añádase a esto, los casos en que el representante se muestra renuente a cooperar con otros representantes y busca su exclusión, sin motivos. En *Ibid*; Además, dentro de las situaciones a ser valoradas, algunos autores estudian, por ejemplo, la existencia de un motivo de interés público para el representante, en su acción colectiva, sobre esto, véase, Thomas.A. Dickerson. *Class Actions: The Law of 50 States*, New York 10016, Law Journal Seminars Press, 2016, p. 242.

<sup>193</sup> El celo del representante se ha analizado por ejemplo, en situaciones donde por ausencia de impulso, transcurre mucho tiempo entre etapas del procedimiento, esto puede verse en: *Ratray v. Woodbury County, Ia*, 614 f. 3d 831 - *Court of Appeals, 8th Circuit 2010*. Donde la Corte Suprema confirmó el proveído de Corte de Distrito, negando la petición de certificación de la clase, por transcurrir catorce meses entre la presentación de la demanda y la moción para certificar al grupo.

<sup>194</sup> Estos deberes, usualmente se denominan “Fiduciarios” o “Casi- fiduciarios” por parte de la doctrina norteamericana, esto puede verse en: Cooper Alexander, Janet. *An introduction to...*, p. 7.

<sup>195</sup> Dickerson, Thomas. *Class Actions...*, p. 242.

<sup>196</sup> Prakash, Anna. *Class-Representative Adequacy*.

<sup>197</sup> 827 F.2d 718, 727 (11th Cir. 1987).

devoción tan pobre en relación con aquella, que se verifica su indisposición para proteger los intereses de la clase contra los posibles intereses contrapuestos de los abogados”.<sup>198</sup> (Traducción nuestra)

Ahora bien, como se indicó en líneas anteriores, el conocimiento del libelo introductorio o su modificación (*Amended Complaint*), ha de ser básico, pues, no se exige que el representante, sea experto en *class action*, ni en el derecho sustancial que subyace al proceso, ni que tenga familiaridad con las teorías legales invocadas,<sup>199</sup> para esas cuestiones, las cortes han indicado, que el representante puede recaer completamente, en la experticia de su letrado.<sup>200</sup>

En relación a la moralidad, los umbrales utilizados para medir al representante son graduales, esto pues, para algunos es necesario, que quien pretenda asumir el litigio colectivo, sea una persona de reconocida honestidad, credibilidad y altura en la sociedad,<sup>201</sup> al paso que, para otros, dichos valores, se aminoran, o ignoran siempre y cuando no interfieran con el litigio, o tengan relación con los hechos.<sup>202</sup>

De tal forma, que los antecedentes criminales, determinadas conductas en la vida privada del representante, historial en la ingesta de alcohol o sustancias psicoactivas,<sup>203</sup> dependiendo del tribunal, afectaran o no la representación colectiva y, tornaran inadecuado a su portador. A manera de ejemplo, pueden verse *Weisman v. Darneille*,<sup>204</sup> donde la Corte del distrito de Nueva York, denegó la petición para certificar, una acción colectiva, compuesta por personas que habían sido víctimas de fraude, en el mercado de valores, e indicó que:

---

<sup>198</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “Several district courts thus have properly denied class certification where the class representatives had so little knowledge of and involvement in the class action that they would be unable or unwilling to protect the interests of the class against the possibly competing interests of the attorneys”.

<sup>199</sup> Dickerson, Thomas. *Class Action...*, pp. 242-243.

<sup>200</sup> Así, Prakash señala que (...) there is no requirement that the plaintiffs know every detail of the case in order to be adequate class representatives; in fact, plaintiffs are allowed to rely on the expertise of counsel. See, e.g., *Iglesias-Mendoza v. La Belle Farm, Inc.*, 239 F.R.D. 363, 372 (S.D.N.Y. 2007) (“Rule 23 requires that the named plaintiffs have adequate personal knowledge of the essential facts of the case” and “[f]or the legal underpinnings of their claims, plaintiffs are entitled to rely on the expertise of their counsel. En: Prakash, Anna. *Class-representative adequacy*).

<sup>201</sup> Dickerson, Thomas. *Class Actions...*, p. 239.

<sup>202</sup> Prakash, Anna. *Class-representative adequacy*.

<sup>203</sup> Fischer, Madeleine. *Adequacy requirements*, p. 72.

<sup>204</sup> 78 F.R.F. 669 (SDNY 1978).

“La condena penal del demandante y su subsiguiente conducta en este litigio, nos convence de que carece de la “honestidad, conciencia y otras cualidades personales afirmativas” requeridas para gestionar como representante de la clase”.<sup>205</sup> (Traducción nuestra)

Y *Stanich v. Travelers Indem CO.*,<sup>206</sup> donde la Corte de Distrito para el distrito norte de Ohio, manifestó que:

“La regla general, (...) es que conductas no éticas e incluso penales, que no guarden relación con el litigio colectivo, no son suficientes para justificar una constatación de inadecuación”.<sup>207</sup> (Traducción nuestra).

A su vez, la falta de honestidad y de credibilidad, también se estudian intraprocesalmente, es decir, por conductas del representante dentro del procedimiento, como por ejemplo, mentir o cambiar la versión durante el testimonio<sup>208</sup> y, testificar falsamente durante el curso de la declaración.<sup>209</sup>

Las violaciones de carácter ético, pueden verificarse, cuando el demandante o el abogado, acuden al proceso colectivo en causa propia (*pro se plaintiff*), lo cual, se haya contemplado en un estatuto federal,<sup>210</sup> y se regula, conforme a lo que dispongan las cortes federales de cada estado.<sup>211</sup> Más, se prohíbe, porque en este tipo de procedimientos, tanto la parte representativa como los miembros ausentes, deben ser representados por un abogado competente y con experiencia.<sup>212</sup>

Se puede dar también, en presencia de los denominados “demandantes profesionales” (*Professional Plaintiff*), es decir, aquel representante, que aparece como tal

---

205 El texto original en inglés, es el siguiente: “Plaintiff’s conviction and subsequent conduct here, convince us that he lacks the “honesty, conscientiousness, and other affirmative personal qualities” required as class representative”.

<sup>206</sup> 259 F.R.D. 294, 314–15. Citado en: Prakash, Anna. *Class-representative adequacy.*

207 El texto original en inglés, es el siguiente: “The general rule (...) is that unrelated unethical or even criminal conduct is not sufficient to support a finding of inadequacy”.

<sup>208</sup> Klonoff, Robert. *Judiciary’s flawed...*, pp. 685-686.

<sup>209</sup> 78 F.R.F. 669 (SDNY 1978).

<sup>210</sup> 28 U.S.C. § 1654 : US Code - Section 1654: Appearance personally or by counsel

<sup>211</sup> La Corte de Distrito para el Distrito sur de Nueva York tiene prohibido que un litigante en causa propia adelante acciones colectivas. Esto puede verse en: United States District Court, Southern District of New York: [http://www.nysd.uscourts.gov/courtrules\\_prose.php](http://www.nysd.uscourts.gov/courtrules_prose.php).

<sup>212</sup> Dickerson, Thomas. *Class Actions...*, pp. 231-232.

en varias y diversas acciones colectivas.<sup>213</sup> O, cuando el representante y su abogado, están emparentados y a aquel, se le identifica con el grupo de abogados trabajando para la clase, es decir, tanto el representante como su procurador judicial, trabajan para la misma firma legal.<sup>214</sup> La falta de control sobre el abogado, implica un análisis por parte de la corte, sobre la relación cliente- abogado, en la cual, se toman como indicios de inadecuación, los largos periodos de tiempo, en los cuales, el representante no tiene contacto con su letrado,<sup>215</sup> además, de aquellos casos, en los que emerge un conflicto de intereses de parte del abogado, en relación a cualquiera de las partes en la relación procesal, y el representante, no lo pone en conocimiento de la corte.<sup>216</sup>

El desentendimiento del litigio colectivo, o la carencia de un papel activo en el mismo, son indicadores de inadecuación del representante colectivo, que se relacionan, con el factor de la competencia, pues, se analiza que el representante colectivo sea realmente el director y maestro del litigio, es decir, no haya abdicado completamente su rol, en manos del abogado, quien tras bambalinas, maneja la acción.<sup>217</sup> Para esto se analiza, su conocimiento básico, de los elementos que componen el litigio (pretensiones, hechos, definición del grupo),<sup>218</sup> además, su entendimiento de los deberes que como representante le competen,<sup>219</sup> su participación y asistencia activa, de las actuaciones y etapas procesales<sup>220</sup> y, finalmente, el abandono de ciertas pretensiones o reclamos frente al

---

<sup>213</sup> De la misma forma que con los demás estándares estudiados para evaluar la adecuación del representante, depende del tribunal si aplicarlo o no. Esto se puede ver: *Welling v. Alexy*, 1994 WL 280502 (N.D. Cal. 1994), donde se consideró inadecuado a un representante profesional, que había presentado más de 14 acciones colectivas. En: *Ibid*, p. 232. Además en: *Murray v. Gmac Mortg. Corp.*, 434 f. 3d 948 - *Court of Appeals, 7th Circuit 2006*. Donde una familia, había presentado más de cincuenta acciones colectivas, alegando la violación de la “*Fair Credit Reporting Act*”, la Corte, no consideró inadecuada la actuación del representante, e indicó que: “Nothing about the frequency of Murray's litigation implies that she is less suited to represent others than is a person who received and sued on but a single offer. Repeat litigants may be better able to monitor the conduct of counsel, who as a practical matter are the class's real champions”.

<sup>214</sup> *Ibid*, p. 233.

<sup>215</sup> Klonoff, Rober. *Judiciary's flawed...*, p. 684.

<sup>216</sup> Curry, Gregg. *Conflicts of interest...*, p. 3.

<sup>217</sup> McDonald, Michael y Santomauro, Damian. *Cutting the string...*, p. 38.

<sup>218</sup> *Ibid*, pp. 41-42.

<sup>219</sup> *Ibid*, pp. 43-44.

<sup>220</sup> En este caso, se analizan entre otros factores, que los representantes, 1) desconozcan, no hayan leído, ni interiorizado el escrito de la demanda, 2) no participen activamente de la etapa de descubrimiento 3) no tomen roles activos en las decisiones cruciales para el litigio colectivo 4) el abogado de la clase no les notifique, a los representantes de los eventos cruciales antes de que ocurran (llamamiento a ser testigo, retiro de la demanda, propuesta de acuerdo con la contraparte), véase, *Ibid*.

demandando, en beneficio de otras (*claim splitting*), con lo cual, se afecta a los miembros ausentes, pues, por virtud de la doctrina de la preclusión de cuestiones (*issue preclusion*), dichas pretensiones abandonadas, ya no podrían ser perseguidas en un litigio posterior, pues, sobre ellas se habrá formado la cosa juzgada.<sup>221</sup>

Finalmente, en relación a las cuestiones financieras, en principio, el representante debe estar dispuesto a soportar la carga financiera, que el litigio colectivo le acarree, v.gr sufragar el costo de las notificaciones, a todos aquellos miembros que puedan ser identificados, a través de un esfuerzo razonable.<sup>222</sup> Ahora bien, dichas cargas financieras no deben estudiarse, por regla general, en cada acción de clase, salvo que la carencia de músculo financiero afecte la habilidad y disposición del representante, para adelantar vigorosamente el litigio colectivo.<sup>223</sup> Sin embargo, tal, y como reseña Cooper, las cargas económicas que imponen las acciones de clase, normalmente son soportadas por firmas especializadas (*Entrepreneurial Lawyer*), que acceden a distintos tipos de financiación, para acreditar dicho requisito.<sup>224</sup>

Concluido el estudio de los estándares de la representatividad adecuada, utilizados para medir la gestión de la parte representativa, en las acciones de clase. Ahora, se analizarán, los factores que se aplican al abogado de la clase, en aras de medir, su idóneo actuar.

---

<sup>221</sup> *Pearl v. Allied Corp.*, 102 F.R.D. 921, 923–24 (E.D. Pa. 1984). “In addition, it appears that the plaintiffs’ efforts to certify a class by abandoning some of the claims of their fellow class members have rendered them inadequate class representatives... [C]lass members whose claims would be abandoned by the plaintiffs may find themselves precluded by the doctrine of res judicata from asserting those claims in subsequent actions. For this reason, the plaintiffs cannot properly serve as class representatives.” Citado por MacDonald, Michael y Santomauro, Damian. En: *Ibid*, p. 45.

<sup>222</sup> *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974). En este caso, un inversionista demandó en acción colectiva a una serie de firmas dedicadas a la inversión, por violentar normas antimonopolio, la clase estaba compuesta por al menos seis millones de personas, con lo cual la notificación a cada uno de los miembros identificables, ascendía a \$ 250.000 dólares, aun, cuando el reclamo individual del representante valía \$ 70 dólares. Aquí la corte, indicó que la *Rule 23*, impone la carga al representante, de notificar personalmente a cada miembro que pudiera ser identificado a través de un esfuerzo razonable.

<sup>223</sup> Summers, Sarah. *Federal practice*....

<sup>224</sup> Cooper Alexander, Janet. *An introduction to...*, pp. 10-13.

### 3.2.3. Representatividad del abogado de la clase (*Adequacy of counsel*)

La representatividad adecuada del abogado, es quizás, más importante que la de la parte representativa, pues, la mayoría de las veces, es este, quien cursa el drama del litigio y toma parte en las decisiones relevantes, que han de afectar a los miembros ausentes.<sup>225</sup>

De tal forma, si bien la *rule 23 (a)(4)*,<sup>226</sup> en sus primigenias redacciones, al referirse al recaudo de este requisito, solo hablaba de la parte representativa (*representative parties*), permaneciendo muda respecto de su abogado, el estudio y aplicación de aquella sobre el procurador judicial del grupo, era reconocida jurisprudencialmente (*case law*).<sup>227</sup> Hasta el año 2003, momento para el cual fue modificada la *rule 23*, para añadir un literal (g),<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3D 908, 910 (7TH CIR. 2002). “Often the class representative has a merely nominal stake (...) and the real plaintiff in interest is then the lawyer for the class, who may have interests that diverge from those of the class members”.

<sup>226</sup> Fed. R. Civ. P.

<sup>227</sup> *Wetzel v. Liberty Mutual Insurance Co*, 508 F.2d 239, 247 (3rd Cir). “An essential ingredient of this requirement is that the class representative’s attorneys be qualified to vigorously and adequately prosecute the interests of the class.”; además en : 782 F.2D 5 (1ST CIR. 1986)

<sup>228</sup> Fed. R. Civ. P. (g) Class Counsel.

(1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel’s knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney’s fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney’s fees or

nontaxable costs under Rule 23(h); and (E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as

class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and

(4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) Attorney’s Fees and Nontaxable Costs. In a certified class action, the court may award reasonable attorney’s fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties’ agreement. The following procedures apply:

extrayendo y codificando en una norma escrita, la experiencia adquirida en los casos anteriores a esa data.<sup>229</sup>

Dicho literal, compele al tribunal, a analizar las características y calidad del abogado (representatividad adecuada), a efectos de seleccionarle<sup>230</sup> para la causa colectiva. Pues tal y como señala el comité consultivo<sup>231</sup> para dicha reforma:

“Esto se compagina con la realidad, en que tanto la selección como la actividad del abogado del grupo usualmente son de una importancia crítica para el exitoso manejo de la acción colectiva.”<sup>232</sup> (Traducción nuestra)

Ahora bien, dado que antes de la modificación que introdujo el literal (g), la representatividad adecuada del abogado, se estudiaba bajo los requisitos de certificación de la acción colectiva (a) (4), es decir, se analizaba a la par con la representación del demandante o demandado, como parte del proceso de certificación, han surgido dudas, sobre cómo debe tratarse este asunto por parte de los tribunales. Si el recaudo, de la gestión del letrado para la clase debe tratarse, como parte de la certificación del grupo,<sup>233</sup> o si por otro lado, una vez agotada esa etapa, debe el tribunal, auscultar sobre las calidades y características de aquel, a efectos de seleccionarlo o nombrarlo<sup>234</sup> para la clase.<sup>235</sup>

---

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

<sup>229</sup> Véase, D. Jocelyn Larkin. *Pick Me, Pick Me: Getting appointed as class counsel*, Class Actions and derivate Suits Committee, CADS Report, American Bar Association, (Spring/ Summer 2009) “To a great extent, Rule 23(g) codifies the case law that evolved under Rule 23(a)(4) concerning the adequacy of class counsel, and those pre-2003 cases are still relevant authority”. Además, en: *Fed. R. Civ. P.*, p. 169.

<sup>230</sup> Si bien la selección del abogado, depende de quien pretenda ser representante colectivo, pues, es este quien le otorga el poder para presentar la demanda de acción de clase, es el juez quien tiene la última palabra en este asunto, pues, será él quien decida conforme a la RFPC 23 (G)(2), si el abogado que presenta la demanda es capaz de “representar justa y adecuadamente los intereses de la clase”, si lo es, el juez lo fijará, seleccionará o nombrará (por su traducción literal del inglés “Appointed”) como abogado de la clase.

<sup>231</sup> Ibid.

<sup>232</sup> El texto, original en ingles, es el siguiente: “It responds to the reality that the selection and activity of class counsel are often critically important to the successful handling of a class action”.

<sup>233</sup> Ibid.

<sup>234</sup> A efectos de seleccionar a un abogado en una causa colectiva en los Estados Unidos, existen diversas formas, como: 1) *Single- lawyer model*, 2) *Private Ordering*, 3) *Selection by the Judge*, 4) *Empowered*

Entre los distintos factores, que debe apropiarse el abogado, para ser considerado adecuado por parte de los tribunales, la *rule* 23 (g) (1) (A), señala, la experiencia en el manejo de acciones de clase, así, como otro tipo de litigios complejos,<sup>236</sup> los fondos o recursos, que esté dispuesto a comprometer en la persecución de la causa colectiva, y el conocimiento de la ley aplicable. Todos estos, que se articulan bajo un conjunto más genérico, denominado competencia y celo (*Zeal and Competence*),<sup>237</sup> del abogado colectivo.

Dentro del cual, se observa: la firma legal para la cual trabaja el abogado, que pretende asumir la carga colectiva, su conducta en anteriores acciones colectivas, así como en la actual, la calidad del escrito inicial y su modificación, la diligencia durante el curso del procedimiento, v.gr, que al advertir un posible conflicto de intereses, informe a la corte, a efectos de que tome las medidas necesarias<sup>238</sup> y, su disposición a comunicar situaciones de interés para el desarrollo del litigio.<sup>239</sup>

Aunado a lo anterior, el literal (g), no contempla un listado exhaustivo de los rubros que deben ser estudiados por parte del tribunal, por el contrario, ostenta un cariz abierto y enunciativo, que permite al juzgador, verificar un sin número de cuestiones, para crear convicción en torno a la representatividad del procurador judicial. Así, el literal (g) (1) (b) prevé que al adentrarse en el estudio del abogado, el juez pueda considerar cualquier otro tema (*may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class*),<sup>240</sup> como lo es, el conflicto de intereses.<sup>241</sup>

---

*plaintiff model, 5) Competitive Binding*. Esto puede verse en: Rothstein, Barbara y Willging, Thomas. *Managing Class...*, pp. 7-8.

<sup>235</sup> Fischer, Madeleine. *Adequacy requirements*, p. 74.

<sup>236</sup> La representatividad adecuada, es vista como la piedra angular del debido proceso en todos aquellos casos, en que una persona con un interés, adelanta un litigio en nombre de otro u otros con el mismo o similar interés, de ahí que, se halla transpolado del campo de las acciones de clase, a otros tipo de litigio agregado. Véase: Bone, Robert. *The puzzling...*, pp. 577-580.

<sup>237</sup> Summers, Sarah. *Federal Practice...*

<sup>238</sup> *Ibid.*

<sup>239</sup> Entre estas se señalan: que se encuentre suspendido del ejercicio de la profesión, que sea un mero practicante para una firma o, que resista y sea renuente a otorgar información sobre su especialidad en derecho, su experiencia o información del grupo v.gr la cantidad del grupo, esto puede verse en: Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, p. 692.

<sup>240</sup> Fed. R. Civ. P.

<sup>241</sup> Larkin, Jocelyn. *Pick Me, Pick Me...*

Dado que, en acápite anterior, se hizo un breve acercamiento a la temática del conflicto de interés *in genere*, ahora, se verán algunas situaciones que comportan un conflicto de interés y, pueden afectar la gestión del abogado para el grupo.

### **3.2.3.1. Representatividad del abogado, conflictos de interés.**

Los autores, coinciden en que por la forma en que está plasmado y diagramado el debate de las acciones colectivas, en los Estados Unidos, los conflictos de interés le son inherentes, además, que crean un sistema donde el abogado, buscando procurarse una mejor comisión, puede adoptar posiciones y tomar determinadas decisiones,<sup>242</sup> que lo lleven a esa meta, aún en perjuicio, de los mejores intereses del grupo que representa.<sup>243</sup>

Con base en esto, los conflictos de interés que toman como centro al abogado, pueden tener como fuente, la relación que esté tenga con la parte contraria, la mayor atención prestada a los reclamos de la parte representativa, por encima de los de los miembros ausentes, el afán por procurarse honorarios, por encima de perseguir las pretensiones colectivas adecuadamente y además, el llegar a un acuerdo con la parte contraria, a sabiendas, de que la persecución en juicio de la pretensión, mejoraría la posición de los miembros de la clase.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> Entre aquellas decisiones, esta negociar y acordar los derechos de la clase, de forma en que no los beneficie, para esto, el juez debe estar atento a determinados indicadores denominados “*hot buttons indicators*”, cuya aparición, puede traer abajo un acuerdo, pues, el juez no lo consentirá por sacrificar los intereses del grupo. Entre esos indicadores, están: 1) *Coupon Settlements* 2) *Cy pres relief (“fluid recovery”)* 3) *Restrictions on claims/reversion of unclaimed funds to defendants* 4) *Indicia of “reverse auctions”* 5) *Injunctive relief* 6) *Release of liability without remedy*, entre otros, véase: Rothstein, Barbara y Willging, Thomas. *Managing Class...*, pp.10-16.

<sup>243</sup> Griffin manifiesta que: “The settlements that invariably follow class certification benefit the attorneys first, the interests of justice and deterrence second, and the plaintiffs last, if at all”. En: Griffin, Gordon. *Reinventing adequacy...*, p. 604.; Un ejemplo de esta situación, es el siguiente: “Immediately after the case has been filed, the defendant offers to settle the case for \$100,000. Let us say that in this state, the lawyer expects to be awarded a fee equal to 20 percent of the total recovery, or \$20,000. The lawyer has spent 10 hours preparing the complaint. Thus the lawyer would be compensated \$2,000 for each hour of work. Let us suppose that the lawyer believes that by litigating the case for 3 years, spending 5000 hours of lawyer time on the case and expending \$100,000 in litigation costs, she could win a judgment of \$1 million for the class. This would clearly be a better outcome for the class. They would share \$800,000 rather than \$80,000, after the 20 percent attorney’s fee is deducted from the recovery. But for the lawyer would receive only \$36 per hour worked.”. En Cooper Alexander, Janet. *An introduction to...*, p.17.

<sup>244</sup> Curry, Gregg. *Conflicts of...*, pp. 1-2.

Las relaciones con la parte contraria, pueden generar la remoción del abogado, como gestor del grupo en la acción colectiva, aun cuando haya litigado vigorosa y ferozmente las pretensiones a favor de la clase, esto puede verse en *Palumbo v. Tele-Communications, Inc.*<sup>245</sup> Donde, en un caso de discriminación laboral al interior de una empresa de telecomunicaciones, el demandado objetó la representación del abogado de la parte actora, por haber sido propietario y miembro de la junta, de un afiliado de la demandada. La Corte indicó, que de haber sabido en el tiempo que fue miembro de la empresa demandada, de la existencia de las políticas discriminatorias, el abogado estaría demandándose así mismo, en la actual acción colectiva, más, si para el tiempo que formaba parte de la persona jurídica, desconocía aquella política, podría ser llamado a testificar por la parte demandada, lo cual, implicaba un doble conflicto de intereses, que las partes (activa y pasiva), no deben soportar.

Los conflictos de interés, en el marco de los acuerdos o negociaciones (*Settlement*) en las acciones de clase, se presentan, cuando alguno de los sujetos procesales se opone a la negociación adelantada por otro, en otras palabras, cuando a un acuerdo, al cual ha arribado el abogado colectivo se opone, bien la parte representativa, o el letrado de la parte contraria, v.gr buscando la descalificación y remoción del abogado colectivo, por oponerse a un acuerdo adelantado por la parte representativa, directamente con la contraparte.<sup>246</sup>

En ambos casos, el principio que enmarca la actuación del abogado colectivo es, que este se debe a la clase o grupo como un todo y no a su poderdante, esto es, la parte representativa,<sup>247</sup> de forma tal, que al adelantar una negociación el letrado, puede sacrificar los intereses de su representante, si estos se oponen al mejor resultado para el grupo.<sup>248</sup> Lo mismo aplica, cuando el abogado de la clase se opone a una negociación a la que pretende

---

<sup>245</sup> 157 f.r.d. 129, 133 (d. d. c. 1994). En: Ibid.

<sup>246</sup> Ibid.

<sup>247</sup> Ibid; Véase también: Fed. R. Civ. P, p. 151. "(g)(4) *Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class*"

<sup>248</sup> Cuando la parte representativa, busque la remoción del abogado colectivo por adelantar una negociación, en merma de los intereses de la clase como un todo, debe fundarse en argumentos concretos que demuestren conductas inapropiadas del letrado, así como que su continuación en la dirección jurídica del caso traería desmejora a los derechos de la clase. Véase: *Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum CO*, 67 F.3D 1072 (2D CIR. 1995). "In the absence of concretely alleged acts of impropriety by the duly certified Class Counsel, or a showing [of] abridgment of a significant minority of the Class' rights, this Court will not grant the hasty application of the Moving Representative Plaintiffs to replace Class Counsel on the eve of the Settlement Hearing".

arribar la parte representativa con la contraparte, colocando sus propios intereses por encima de los de la clase.

Finalizado, este aparte sobre los estándares de evaluación, de la representatividad adecuada, aplicable a los abogados que pretenden servir al grupo, es menester, verificar las consecuencias ante la ausencia, de dicho requisito a lo largo de la relación jurídico procesal.

### **3.4. Representatividad adecuada, ausencia y sus efectos.**

Cuando el requisito previsto por la *rule 23(a)(4)* y *(g)*, no se satisface, el tribunal posee un abanico de opciones, en cuanto a su proceder, puede: 1) rechazar la acción colectiva, por encontrar que los requerimientos para la certificación de la clase no se cumplen, 2) omitir la faz colectiva de la demanda (pretensiones), y permitir su continuación en clave individual, con el demandante y su abogado, 3) en presencia de conflictos de interés, puede, redefinir la clase, limitar las pretensiones, dividir al clase entre sub grupos, cada uno con su adecuado representante, 4) en instancia de apelación, puede descertificarse una clase previamente avalada, por ausencia del requisito 5) Puede sustituir, al litigante que falló en la prueba de su representatividad y nombrar a otro<sup>249</sup> 6) cuando es el abogado, quien no representa adecuadamente al grupo, se le descalifica y retira del conocimiento del asunto,<sup>250</sup> 7) en litigio posterior, se puede atacar la cosa juzgada, formada en acción colectiva previa, bajo el argumento de estar indebidamente representados.<sup>251</sup>

### **3.5. Nuevas aproximaciones a la representatividad adecuada.**

Dada la ausencia, de estándares claros y predeterminados por parte de la SCUS, para valorar la representatividad adecuada en general y, el conflicto de intereses de forma particular, los tribunales inferiores han desarrollado la temática, de la forma más heterogénea, e irregular posible.<sup>252</sup> Lo anterior, ha impulsado de parte del gremio de

---

<sup>249</sup> Fischer, Madeleine. *Adequacy requirements*, p. 71; Prakash, Anna. *Class-representative adequacy...*

<sup>250</sup> *Palumbo v. Tele-Communications, Inc*, 157 F.R.D. 129, 133 (D. D. C. 1994). En: Curry, Gregg. *Conflicts of...*, p. 2.

<sup>251</sup> 311 U.S. 32 (1940).

<sup>252</sup> Más allá de la diversidad de factores y, su contingente aplicación, según el tribunal, otro tipo de situaciones denotan la irregularidad en el manejo de la Representatividad Adecuada, por parte del Poder Judicial Americano, como lo es, el tema relativo a la carga de la prueba, pues si bien, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, ha radicado la carga de acreditar, cada uno de los requisitos previstos en la *rule 23(a)* en cabeza del demandante, algunos tribunales han dicho, que la adecuación se presume a menos

estudiosos de las acciones de clase, que se lancen propuestas para la redefinición, y esquematización de la representatividad adecuada, conforme a estándares y parámetros, más claros y concisos.

Entre estos, hay quienes proponen, que dejando de lado las consideraciones morales y axiomáticas del litigio colectivo, la adecuación del representante y su abogado, deben fundarse únicamente en el resultado. Así, Tidmarsh, propone la fórmula del “*Do no Harm*”, la cual, cimenta en la siguiente premisa:

“Representation . . . is adequate if, and only if, the representation makes class members no worse off than they would have been if they had engaged in individual litigation”.<sup>253</sup>

Con fundamento, en esa fórmula, tanto el conflicto de intereses, como la colusión y, las negociaciones que pongan en último lugar, el beneficio de los miembros del grupo, no afectan la adecuación de los actores procesales, si el resultado obtenido, es igual o superior a aquel, que hubieran obtenido los miembros de haber litigado individualmente. A pesar, de reconocer el evidente atractivo de la fórmula del “*do no harm*”, varias voces se han levantado en contra del mismo, por considerarlo excesivamente rígido y carente de cualquier consideración moral o principalista, propia del proceso civil norteamericano.<sup>254</sup>

Otra propuesta, apunta a la erradicación de la legitimación en causa, sobre un miembro particular del grupo y, como tal del representante colectivo, como se le conoce actualmente, para en su lugar, otorgar legitimación a una entidad pública, libre de todo conflicto de intereses con las partes, que represente idónea e íntegramente los intereses de la clase.<sup>255</sup> Además, de aquellas que apuntan a la utilización de teorías de la justicia, para evaluar la representatividad adecuada, en el marco del conflicto de intereses.<sup>256</sup>

Realizado el recorrido por el pasado de las acciones colectivas, en el sistema del *common law*, para luego ver su trasplante e importación a los Estados Unidos a través de las reglas de la equidad, que posteriormente, evolucionarían en las reglas federales de procedimiento civil, se pasó revista sobre los requisitos que habilitan la certificación de la

---

que el demandado logre desacreditarla. Esto se puede ver en: McDonald, Michael y Santomauro, Damian, *Cutting the string...*, p. 39; Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, pp. 676-677.

<sup>253</sup> Tidmarsh, Jay. *Rethinking...*, p.1139.

<sup>254</sup> Burch, Elizabeth. *Procedural...*, pp. 59-63; Marcus, David. *Making adequacy...*, pp. 139-145.

<sup>255</sup> Griffin, Gordon. *Reinventing adequacy...*, pp. 613-616; Carucci, Anthony. *Functional approach...*, pp. 181-190; Cooper, Edward. *Symposium...*, pp. 9-13.

<sup>256</sup> Miller, Geoffrey. *Conflicts of...*, pp. 581-583.

acción de clase y las hipótesis sobre las cuales deben recaer las pretensiones de la clase, para en seguida, analizar la representatividad adecuada, a través de los ejes que fundan su estudio, en el conflicto de interés, pero que no la limitan únicamente a este factor, en ese punto se observaron los distintos estándares aplicados por los tribunales americanos sobre el representante y su abogado en aras de acreditar dicho requisito, además de las consecuencias cuando se extraña dentro del procedimiento colectivo, para culminar con una ojeada al futuro, de dicho requisito.

Se observa, que en los Estados Unidos, la preocupación por la materialización y resguardo de la garantía constitucional del debido proceso de los miembros ausentes, es latente y de primordial relevancia, pues, los tribunales son celosos, en cuanto a los sujetos que pueden maniobrar y eventualmente extinguir los derechos de los ausentes, exigiendo para tal ,que durante todo el término de vida de la relación adjetiva, se persigan agresiva y celosamente los intereses del grupo, por personas que, conocen sus deberes, además de las cargas que tal decisión impone y consienten en aceptarlos y gestionarlos a efectos de que la sentencia o acuerdo que ponga fin al proceso, sea indiscutible, pues el derecho humano al debido proceso, se ha satisfecho.

## CAPÍTULO II

### La representatividad adecuada en la experiencia latinoamericana, Brasil y Argentina.

#### 1) Los procesos colectivos un recorrido histórico por Brasil.

La consagración de instrumentos procesales, antecede al estudio de los derechos que estos tutelan, esta afirmación marca el punto de partida de las acciones colectivas y la protección judicial de los derechos masificados en Brasil.

Inicialmente, la legislación brasileña en torno a “acciones colectivas” se caracterizó por ser una amalgama de dispositivos jurídicos que establecían legitimación procesal para determinados sujetos con la finalidad de provocar causas con algún contenido colectivo o grupal, tal y como ilustra Alusio Gonçalves de Castro Mendes,<sup>257</sup> al decir que:

“el desenvolvimiento de la defensa judicial de los intereses colectivos, en Brasil, pasa, en una primera etapa, por el surgimiento de leyes extravagantes y dispersas que preveían la posibilidad de ciertas entidades y organizaciones de adelantar en juicio en nombre propio, acciones para la defensa de derechos colectivos o individuales ajenos” (Traducción nuestra)

De esta forma, entre los diversos cuerpos normativos de aquella data,<sup>258</sup> la primera acción,<sup>259</sup> de contornos colectivos relevantes en Brasil reseñada por la doctrina<sup>260</sup> es la

---

<sup>257</sup> Alusio Gonçalves de Castro Mendes. *Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito individuais homogêneos no Brasil e em Portugal*, en Las Acciones Para La Tutela De Los Intereses Colectivos Y De Grupo, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2011, p. 64. En ese mismo sentido Luciana de Oliveira Leal indica que “O processo coletivo começou a se delinear por legislação esparsa, associada a cada tipo de procedimento que se construía”. En: Luciana de Oliveira Leal. *A coisa julgada nas ações coletivas*, Texto disponibilizado no Banco de Conhecimento em 16 de julho de 2008, Tribunal de Justiça, Rio de Janeiro, p. 1.

<sup>258</sup> Entre los años 50 y 60 se verifica la existencia de cuerpos legales con implicaciones colectivas. Tales como: Lei nº 1.134 de 14 de Junho de 1950. Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica. Diário Oficial da União. Seção 1. 20/06/1950. Además del antiguo estatuto de los abogados: Lei nº 4.215 de 27 de Abril de 1967. Dispõe sobre o estatuto da ordem dos advogados do Brasil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 10/5/1963.

<sup>259</sup> Se hace referencia al vocablo “acción”, en lugar de “pretensión” por ser está, la terminología comúnmente usada en el país que se estudia.

llamada “acción popular”, establecida en la Constitución de 1934<sup>261</sup>, la cual dentro de su Capítulo II, relativo a los “Derechos y Garantías Individuales”, preveía dentro del artículo 113 núm. 38 que: “Cualquier ciudadano será parte legítima para solicitar la declaración nulidad o anulación de los actos lesivos al patrimonio de la Unión, de los Estados o de los Municipios”.<sup>262</sup>

Dicha acción fue retirada del ordenamiento jurídico brasileiro en égida de la Constitución de 1937, más reintroducida con la carta de 1946<sup>263</sup> momento a partir del cual formaría parte de todos sus textos constitucionales.<sup>264</sup> Pasarían casi 20 años, antes de que se reglamentara la disposición constitucional por medio de la ley 4.727 de 1965, la cual dentro de su articulado estableció el concepto de “patrimonio público” para efectos de esta acción, la legitimación procesal y la extensión de los efectos de la sentencia.<sup>265</sup>

Claro está, tal y como reseña Gonçalves de Castro Mendes,<sup>266</sup> a pesar de la innovación introducida por la ley de acción popular la doctrina para ese entonces permanecería pasiva en el estudio de los derechos y su tutela colectiva. Sólo sería hasta mediados de los años 70 que el estudio de las figuras jurídicas sustanciales relativas a derechos colectivos en el Brasil tomaría vuelo.<sup>267</sup>

---

<sup>260</sup> Hermes Zaneti Jr. *De la Ley a la Constitución*, Revista Jurídica del Perú, 2011, p. 66; Gonçalves de Castro Mendes. *Tutela dos interesses difusos, coletivos...*, p. 65.

<sup>261</sup> Enrique (Traductor) Martínez Paz. *Constitucion de la Republica de los Estados Unidos de Brasil (16 de junio de 1934)*.

<sup>262</sup> El texto original en portugués es el siguiente: 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

<sup>263</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946; 125º da Independência e 58º da República.

**Art. 141.** A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 38 Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

<sup>264</sup> Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio. *Tutela dos interesses difusos, coletivos...*, p. 64.

<sup>265</sup> Zaneti Jr, Hermes. *De la Ley a la Constitución*, p. 67.

<sup>266</sup> Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio. *Tutela dos interesses difusos, coletivos...*, p. 65.

<sup>267</sup> Esto se puede observar en: Antonio Gidi. *Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, en Derecho Procesal Constitucional, ed. Eduardo Ferrer Mac- Gregor, México, 2001, p. 891; *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil un modelo para países de derecho civil*, Primera Edición ed., Public Law and Legal Theory Series 2006 - a-14, University of Houston, 2004, p. 17.

Así, conforme señala la doctrina, en Brasil la génesis del análisis de los derechos transindividuales se dio de manera secundaria, es decir, a través de estudios realizados por doctrinantes extranjeros del derecho norteamericano en torno a las *class actions*, así siguiendo a Hermes Zaneti Jr.<sup>268</sup>

“los juristas brasileños fundaron los estudios preliminares sobre derechos difusos no en los autores del *common law* americano, donde está vigente el modelo de las *class actions* más conocido en el mundo, sino, principalmente, en la interpretación que los juristas italianos de la década del setenta confirieron al derecho norteamericano”

Como tal, afirma Gidi que: “los trabajos de mayor influencia en Brasil fueron escritos por Mauro Capelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoritti”,<sup>269</sup> esto es así, pues en la mayor parte de literatura especializada en temas de litigios colectivos en el Brasil por la década de los ochentas y noventas figuran como fuentes bibliográficas<sup>270</sup>

Dicha predisposición al estudio de los autores italianos por parte de la doctrina brasilera, se dio por razones de orden práctico, cuales son la marcada influencia de autores italianos como (Liebman, Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei y Capelletti) en las instituciones del proceso civil individual, sumado a la carencia de interés por parte de la doctrina de ese tiempo al estudio de derecho norteamericano,<sup>271</sup> es decir, por virtud del denominado “bartolismo”.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Zaneti Jr, Hermes. *De la Ley a la Constitución*, p. 70.

<sup>269</sup> Véase en: Ibid. Además en: Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 30. Estos trabajos en orden cronológico, son los siguientes: “Il limiti soggettivi Del giudicato e Le class actions”, *Rivista di Diritto Processuale*, num. 24, (1969) Taruffo, Michele, Capelletti Mauro, “Formazioni social e interessi di grupo davanti alla giustizia civile” *Rivista di Diritto Processuale*, num, 30 (1975) y Vigoritti, Vincenzo “Interessi collettivi e processo la legittimazione ad agire, (1979).

<sup>270</sup> Zaneti Jr, Hermes. *De la Ley a la Constitución*, p. 70.

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> En ese sentido, Parglander y Meyerhof manifiestan que: “Atualmente no Brasil, a referência a Bartolo (e à sua corruptela, o bartolismo) muitas vezes reflète uma característica histórica do direito brasileiro, a saber, a de que as doutrinas e análises jurídicas são recebidas menos por sua força argumentativa, e mais por seu número de patronos, especialmente estrangeiros e preferencialmente italianos ou alemães”. En: Mariana Parglander y Bruno Meyerhof Salama. *Dereito e consequência no Brasil: Em busca de um discurso sobre o método*, *Revista de Direito Administrativo*, 2013, p. 105; También manifiesta Zanetti que: “este concepto expresa (...) nuestra predisposición para la aceptación de la “buena razón” de los pueblos civilizados, en la búsqueda de resolver mejor as cuestiones jurídicas, tanto con importación doctrinaria, como trasplante legislativo de normas extranjeras”. En: Ibid.

En tales estudios, se analizaba la necesidad de un cambio de pensamiento, de apropiarse de una realidad social que pugnaba por nuevos instrumentos procesales, que tutelaran adjetivamente las nuevas situaciones de índole colectiva, es decir, de superar los esquemas tradicionales del derecho subjetivo y del litigio individual en aras de un proceso colectivo, tal y como lecciona Mauro Capelletti,<sup>273</sup> al indicar que:

“No es necesario ser sociólogo de profesión para reconocer que la sociedad (...) en la que vivimos es una sociedad o civilización de producción en masa, de intercambio y de consumo en masa, así como de conflictos en masa (...). De ahí deriva también, que las situaciones de la vida que el Derecho debe regular se tornen más complejas, por cuanto, a su vez, la tutela jurisdiccional – la “justicia”- será invocada ya no solamente frente a violaciones de carácter individual, sino más frecuentemente contra violaciones de carácter esencialmente colectivo, por cuanto envuelven a grupo, clases y colectividades. Se trata en otras palabras de “violaciones en masa (...)

Los derechos y los deberes no se muestran más como en los códigos tradicionales de inspiración individualista-liberal, como derechos esencialmente individuales, sino como derechos meta-individuales o colectivos (...)

En particular el derecho al medio natural y al respeto a las bellezas monumentales o el derecho a la salud y la seguridad nacional, o el derecho a no ser sobrecogido por un caótico desarrollo urbanístico, por una publicación engañosa, por el fraude financiero, bancario, alimentario, o por discriminaciones sociales, religiosas o raciales, todos estos derechos que nunca fueron colocados en ninguna legislación progresista, tienen el carácter de “difusos”, pertenecen a la colectividad (...). Continuar según la tradición individualista del siglo XVIII, de atribuir derechos exclusivamente a las personas individuales (...) significaría tornar imposible una efectiva protección jurídica de aquellos derechos”<sup>274</sup> (traducción nuestra)

---

<sup>273</sup> Cappelletti, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça civil*, pp. 130-132.

<sup>274</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “Nao é necessário ser sociologo de profissao para reconhecer que a sociedade (...) na qual vivemos e uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa(...). Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, sao tronadas sempre mis complexas, enquanto, por su avez, a tutela jurisdiccional- a “justica” – será invocada nao mais somente contra violações de carácter individual, mas sempre mais frequente contra violações de carácter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se em outras palavras , de “ violações de massa (...)

Os direitos e os deveres nao se apresentam mais, como nos códigos tradicionais, de inspiração individualistica-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta- individuais e coletivos (...).

Como resultado del contacto e influjo en Brasil, de las ideas expresadas por los estudiosos italianos en especial de Capelletti,<sup>275</sup> en sus diversos escritos y conferencias pronunciadas por la década de los años 70 en torno a las acciones colectivas,<sup>276</sup> es que se introducen en dicho país las acciones de masa. Pues siguiendo a Gidi, dicho movimiento fue recibido con los brazos abiertos por parte de grandes procesalistas brasileiros como, Ada Pellegrini Grinover, Waldemar Mariz Oliveria Junior y José Carlos Barbosa Moreira, quienes en el transcurso de esa data publicaron artículos relativos a las pretensiones colectivas, los cuales aunados a la constante investigación, reputación de dichos juristas, e importancia de la temática, cultivaron la curiosidad de la comunidad académica brasileira en torno a los derechos colectivos y su protección procesal, hecho que posteriormente derivaría en la gestación de un “sistema desarrollado de derecho y doctrina”.<sup>277</sup>

Para inicios de los años 80, el germen implantado por los esfuerzos de los procesalistas ya se había desarrollado,<sup>278</sup> lo que inicialmente desembocó en la presentación

---

Em particular o direito ao médio natural e ao respeito ás belezas monumentais o direito á saúde e ãa segurança social, o direito a nao ser esmagado por um caótico desenvolvimento urbanístico, por uma enganosa publicação comercial, por fraude financeira, bancária, alimentar, ou discriminações sociais, religiosas ou raciais, todos estes direitos que nunca foram colocados em qualquer legislação progressista, têm carácter “difuso” pertencem á coletividade. (...) Continuarem segundo tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais (...) significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos”.

<sup>275</sup> Vale la pena reseñar aquí, que Mauro Capelletti, en su texto se refiere a los derechos colectivos *latu sensu* como derechos en busca de un autor o de un artífice, pues, considera que los mismos dada su importancia requieren una mayor comprensión del debido proceso legal, al que denominó como social, a partir de ahí hablo de la existencia de un “demandante ideológico”, o “aquel que representa los intereses del grupo en juicio”. Esto se puede observar en: Ibid, pp. 147-156. De esa forma, Cassio y Guilherme Santos indican que: “Foi o jurista italiano Mauro Cappelletti a grande referência intelectual dos processualistas brasileiros que propugnaram por reformas na direção da coletivização do processo no último quartel do século passado”. En: Luís Cássio Casagrande y Paulo Guilherme Santos Périssé. *Ministério Público do trabalho e tutela judicial coletiva*, Brasília DF, editorial ESMPU, (Rodrigo de Lacerda Carelli – Coordenador) 2007, p. 17.

<sup>276</sup> Tal y como reseñan Luis Cassio Casagrande y Paulo Guilherme Santos Perisse, entre las primeras conferencias pronunciadas en el ámbito del *civil law* entorno a las acciones colectivas en Europa, tomarían parte grandes procesalistas brasileiros, que luego impulsarían la inserción de la figura jurídica en el Brasil. Esto se puede observar en: Ibid, p. 18.

<sup>277</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos*, p. 19.

<sup>278</sup> En ese sentido: O artigo de Barbosa Moreira foi publicado no Brasil em 1977, e a ele seguiram-se outros estudos doutrinários que serviriam de inspiração a um profícuo debate entre os operadores de direito sobre aquela temática. A necessidade de adoção, no Brasil, de uma legislação processual destinada ao exercício da jurisdição coletiva foi tema de um seminário, em 1982, realizado sob os auspícios da faculdade de Direito da USP, com a organização da Associação Paulista dos Magistrados e do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Como resultado desse conclave, um grupo de juristas reuniu-se com fim de

de dos iniciativas legislativas ante al Congreso Nacional en relación a la protección de los “derechos difusos” la primera presentada por una comisión de académicos brasileiros<sup>279</sup> y la segunda formulada paralelamente por el Ministerio Público del Estado de Sao Paulo<sup>280</sup>.

De dichas propuestas tendientes a la regulación de los Derechos Colectivos, la primera de corte más académico, denominada “proyecto Bierrenbach”, en honor al Diputado Flavio Bierrenbach, portaba dentro de su contenido una disposición relativa al control judicial sobre la actuación del representante en las acciones colectivas,<sup>281</sup> postura innovadora para ese momento en el ámbito Brasileiro, pues tal y como indica Kátia Sérvulo De Lima Rocha.<sup>282</sup>

“Se intentó introducir la representatividad adecuada en el ordenamiento brasileiro, con el proyecto de Ley n° 3034 en 1984 presentado por el diputado Flavio Bierrenbach, sin embargo, se apartó al magistrado de analizar dicha función, caso por caso, la adecuación y la capacidad del representante, lo eran ope legis”.<sup>283</sup> (Traducción nuestra)

---

apresentar anteprojeto de lei para apreciação da Associação dos Magistrados Paulistas, o que efetivamente ocorreu em 1983. Véase: Cássio Casagrande, Luis y Santos Perissé, Paulo. *Ministério Público do trabalho e Tutela judicial coletiva*, p. 19.

<sup>279</sup> Conformada por: Candido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Waldemar Mariz de Oliveira Junior.

<sup>280</sup> Cuyos miembros eran: Nelson Nery Junior, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré.

<sup>281</sup> Conforme reseña De Lima Rocha: El artículo que se refería a la adecuada representación en el proyecto de ley versaba sobre el control de los requisitos de constitución de las asociaciones y su pertinencia temática o con los derechos en contienda. Así: “de esta forma O art. 2.º do projeto de lei dispõe que no processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, com os poderes previstos no Código de Processo Penal, a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como: I - estar constituída há seis meses, nos termos da lei civil; II - incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos. Parágrafo único. Poderão as associações legitimadas intentar ação privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal (art. 29, CPP)”. En: Kátia Sérvulo de Lima Rocha. *Ação Civil Pública: origens, evolução histórica e prospectivas*, Tesis de Maestría en derecho público, Universidade de Brasília, Brasil, 2013, p. 99.

<sup>282</sup> Ibid, p. 97.

<sup>283</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “Houve tentativa de inserir a representatividade adequada no ordenamento brasileiro com o projeto de Lei n.º 3034 em 1984 apresentado pelo deputado Flávio Bierrenbach, entretanto, afastou-se do magistrado a função de examinar, caso a caso, a adequação e capacidade do representante e escolheu-se a legitimação ope legis”.

A pesar de esto, como recalca la doctrina,<sup>284</sup> dicha innovación quedaría en una tentativa o ilusión, pues el segundo proyecto presentado por el ejecutivo (por los miembros del Ministerio Público), el cual no poseía ninguna disposición relativa al control de la representatividad adecuada, sería al final el adoptado en el foro legislativo, convirtiéndose en la ley 7.347 de 1985 denominada Ley de Acción Civil Pública (LACP).

Ahora bien, la promulgación de la LACP en Brasil, marca el punto de partida en la tutela diferenciada de los derechos colectivos,<sup>285</sup> puesto que introduce un sistema paralelo de reglas sustanciales<sup>286</sup> y procesales específicas, distintas del proceso civil individual. En ese sentido Ada Pellegrini Grinover,<sup>287</sup> indica que:

“entre los países del civil law, Brasil fue pionero en la creación e implementación de los procesos colectivos. A partir de la reforma de 1977 de la Ley de Acción Popular, los derechos difusos ligados al patrimonio ambiental, en sentido lato, recibieron tutela jurisdiccional por intermedio de la legitimación del ciudadano. Después, la Ley n. 6.938/81 previó la titularidad del Ministerio Público para las acciones ambientales de responsabilidad penal y civil. Sin embargo fue con la Ley n. 7.437/85 – Ley de Acción Civil Pública – que los intereses transindividuales, ligados al medio ambiente y al consumidor, recibieron tutela diferenciada, por intermedio de principios y reglas que, de un lado, rompían con la estructura individualista del proceso civil brasileiro y, de otro, acabaron influyendo en el Código de Procedimiento Civil. Se trataba sin

---

<sup>284</sup> De esta forma, Rocha indica que: “do Projeto de Lei nº 3.034/1984 inspirados na class action e em sua adequacy of representation apresentaram proposta do magistrado aferir no caso concreto a representatividade adequada revelada pelos dados de constituição a seis meses da associação e que esta incluísse entre suas finalidades a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos. Entretanto, como é de conhecimento, a LACP optou por condições objetivas para a aferição. Ibid, p. 99; además véase en: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 79-80; Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 55.

<sup>285</sup> Esto pues, la Ley de Acción Civil Pública, fue la que por primera vez en Brasil codificó y sistematizó las reglas referentes a la tutela colectiva de los derechos colectivos en un solo cuerpo normativo, ya no disperso en distintas leyes cuya órbita era dispersa. Esto puede observarse en: Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 53; Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 19-21; Rocha, Kátia. *Ação Civil Pública: origens, evolução histórica e prospectivas*, p. 19; Marina Mezzavilla Verri. *Legitimidade da defensoria pública na Ação Civil Pública: limites...*, Tesis de Maestría, Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Brasil, 2008, p. 54.

<sup>286</sup> Nótese que se hace referencia a “reglas sustanciales” y no derechos, pues si bien durante la época de la expedición de la Ley de Acción Civil Pública se estableció que su objeto sería la protección de los derechos difusos y colectivos, como el medio ambiente y los derechos de los consumidores, la definición legal de la categoría jurídica de “derechos colectivos” en sentido amplio, sería positivizada hasta la aparición del Código de Defensa del Consumidor en 1990.

<sup>287</sup> Citada por: Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na Ação Civil Pública: limites...*, p. 54.

embargo, de una tutela supeditada a objetos determinados (...).<sup>288</sup> (Traducción nuestra)

Así, la LACP inicialmente cubría los daños causados al medio ambiente, al consumidor, y a los derechos de valor artístico, estético, turístico y del paisaje,<sup>289</sup> no obstante, el legislador brasileño posteriormente amplió dicha cobertura a la protección de cualquier otro “derecho difuso y colectivo”, transformándola en lo que Gidi denomina una ley transubstantiva.<sup>290</sup> La cual, comporta instrumentos procesales idóneos para la protección de Derechos Colectivos en sentido abierto mas no para la judicialización de causas individuales afectas a tratamiento masificado.<sup>291</sup>

Siguiendo con esta línea histórica, para el año de 1988 advino para Brasil un nuevo texto constitucional, el cual sería de azas importancia para los derechos colectivos, pues les daría una impronta superior para su desarrollo como garantías fundamentales, en ese sentido Zanetti Jr <sup>292</sup>manifiesta que:

“los derechos colectivos fueron expresamente reconocidos por la Constitución brasileña, tanto en el campo material como en el campo procesal. Figuran de esta manera como garantías primarias y secundarias de la efectividad de los derechos sociales y de los nuevos derechos surgidos en la postguerra denominados derechos de tercera generación”

---

<sup>288</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “entre os países de civil Law, o Brasil foi pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos. A partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a Lei n. 6.938/81 previu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Mas foi com a Lei n. 7.437/85 – Lei da Ação Civil Pública – que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no Código de Processo Civil. Tratava-se, porém de uma tutela restrita a objetos determinados (...)”.

<sup>289</sup> Lei nº 7.347, de 24 de Junho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 1985.

<sup>290</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 21.

<sup>291</sup> Ibid; en concordancia con esto, Clito Fornaciari, lecciona que la protección colectiva de los derechos individuales en el Brasil se introduce con el Código del Consumidor, el cual, trasplanta las enseñanzas norteamericanas en cuanto a las *class actions for damages*. Esto se puede observar en: Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 30.

<sup>292</sup> Zanetti Jr, Hermes. *De la Ley a la Constitución*, pp. 80-81.

Seguidamente en 1990 se expidió la ley 8.070 de 1990, denominada Código del Consumidor (CDC), el cual entre su contenido estableció entre otros tópicos, la definición de los derechos colectivos, reguló las reglas procesales aplicables a los litigios colectivos por daños individuales y estableció su condición de “transustantividad”, pues a pesar, de encontrarse el procedimiento en el código del consumo, el mismo es aplicable a todo tipo de materias.<sup>293</sup> De esta forma se verifica que en el Brasil a efectos de tutelar colectivamente los derechos difusos y colectivos,<sup>294</sup> las reglas procedimentales se hayan en la LACP, mientras que el procedimiento para tutelar colectivamente las causas individuales de incidencia colectiva se hayan en el CDC,<sup>295</sup> más dichas leyes no son paralelas la una de la otra, sino que mantienen una relación simbiótica entre ambas.<sup>296</sup>

Es precisamente dicha comunicación, entre los distintos dispositivos relativos a acciones colectivas en el Brasil lo que se ha llamado por parte de la doctrina y la jurisprudencia como “microsistema de procesos colectivos” o “Código de procedimientos colectivos” así el Supremo Tribunal de Justicia,<sup>297</sup> realza que :

“Los artículos 21 de la Ley de Acción Civil Pública y 90 del Código de Defensa del Consumidor, como normas de envío, posibilitan el surgimiento del denominado Microsistema o Mini sistema de protección de los derechos e intereses colectivos en sentido amplio, al igual que otras normas, como el Estatuto del Anciano o el de Infancia y Adolescencia, la ley de Acción Popular, la Ley de Improbidad Administrativa y otras que buscan tutelar derechos de esa

---

<sup>293</sup>Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 22; Clito Fornaciari, *Representatividade...*, p. 11.

<sup>294</sup> Como es sabido, los derechos masificados son tres: los derechos difusos, los derechos colectivos y los derechos individuales homogéneos. Al hacer uso de la terminología *latu sensu se* indica, que aplica a la tres clases de derechos colectivos indistintamente, mientras que al hacer uso de la terminología *stricto sensu*, solo se hace referencia a los derechos colectivos.

<sup>295</sup> En ese sentido véase: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 23.

<sup>296</sup> Marcelo Henrique Matos Oliveira. *Ações coletivas no direito brasileiro*, en Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, 2012, p. 285. Al referirse al microsistema de derechos colectivos Azevedo indica que: “O microsistema de processo coletivo pode ser tomado como o microsistema mais complexo do direito brasileiro, quiçá um dos mais complexos do mundo. Nota- -se que sua formação é composta pela reunião intercomunicante de diversos diplomas legais, dos mais variados ramos do direito, e não só por influência de normas gerais. Esses conjuntos de leis interpenetram-se e subsidiam-se, compondo um microsistema independente do Código de Processo Civil (que se aplica apenas residualmente, e não subsidiariamente, como de costume ocorre em nosso ordenamento)”. En: Júlio Camargo de Azevedo. *O microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita á luz das tendências codificadoras*, Revista ESMP, p. 118.

<sup>297</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, (695.396 Rs 2004 /0146850-1), Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima.

naturaliza, de forma que los instrumentos e instituciones puedan ser utilizados con el alcance de “propiciar su adecuada efectiva tutela”.

La ley de improbidad administrativa, junto con la ley de acción civil pública, la de acción popular y el mandamiento de seguridad colectivo, el código del consumidor y, los estatutos de la infancia y la adolescencia y, el del anciano, componen un microsistema de tutela de los derechos transindividuales y sobre ese enfoque interdisciplinario, se compenetran y subsidian<sup>298</sup>. (Traducción nuestra)

Con posterioridad a la expedición del CDC, devino en Brasil una cascada legislativa en aspectos que reformaban en algunos puntos, definiciones o conceptos de las acciones que contempla el microsistema de procesos colectivos, sin alterar sustancialmente sus lineamientos esenciales.

Con todo, como menciona Clito Fornaciari,<sup>299</sup> a pesar de que el ordenamiento jurídico brasileño en torno a las acciones colectivas ha crecido y se ha fortalecido, la experiencia judicial ha demostrado recelo a la aplicación proba y confiada de los mecanismos colectivos, pues, aún en el desarrollo de estos mecanismos los operadores judiciales siguen aplicando teorías y figuras eminentemente individualistas. Lo cual, demuestra la necesidad y utilidad del estudio de la tutela jurisdiccional colectiva.<sup>300</sup>

Concluido este breve recorrido histórico por la recepción y desarrollo de las acciones colectivas en Brasil, del cual se ha de destacar, la preocupación desde los inicios del sistema por la regulación de la Representatividad Adecuada, se pasa al estudio de los elementos que hacen a la acción colectiva brasilera.

---

<sup>298</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (1085218 / RS n. 2008/0187271-3) Relator: Ministro, LUIZ FUX. El texto original en portugués, es el siguiente: “Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de enviô, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de “propiciar sua adequada e efetiva tutela”

“A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se”.

<sup>299</sup> Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 31.

<sup>300</sup> Ibid.

## 2) El concepto de acción colectiva y sus elementos.

La teleología detrás de la acción colectiva, es la separación de los esquemas individualistas establecidos por los códigos sustantivos y de ritos civiles del siglo XX.<sup>301</sup> Conforme esta premisa, la acción colectiva posee unos elementos que le son inherentes y le otorgan un contorno diferenciado.

Así, una acción será colectivamente considerada no solo por el simple hecho de estar los extremos de la relación jurídico adjetiva conformados por sujetos colectivos sino por trascender una magnitud colectiva, de esta forma Rodolfo de Camargo Mancuso,<sup>302</sup> manifiesta que:

“una acción recibe la calificación de “colectiva”, cuando a través de ella se pretende alcanzar una dimensión colectiva, y no por la mera circunstancia de existir una gran cantidad de personas en su polo activo o pasivo (...) una acción es colectiva cuando algún nivel del universo colectivo es alcanzado en el momento en que la decisión proferida en el juzgado, irradia sus efectos”,<sup>303</sup> (traducción nuestra)

De esta forma, la determinación de dicha “dimensión colectiva”, ha llevado a la doctrina brasilera a delimitar unos elementos que integran la acción procesal colectiva, más dicha tarea se ha desarrollado de forma disonante, pues variando de autor se agregan o disminuyen factores, así, para algunos autores la dimensión colectiva se haya en el objeto

---

<sup>301</sup> Entre estos tópicos, son de resaltar: el concepto de derecho subjetivo, la cosa juzgada *inter partes*, la legitimación *ad causam* ordinaria y extraordinaria. Todos ellos elementos inherentes al sistema liberal individualista, relativos a la primera generación de derechos humanos, reconocidos como derechos de abstención o de libertad. En relación a estas problemáticas puede consultarse: Cappelletti, Mauro. *La protección de los intereses...*, pp. 73-101; Gidi. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 23-27; Felipe Silva Noya. *Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*, Tesis de Maestría, Universidade Federal de Bahía - Faculdade de Direito, Brasil, 2012, p. 97; Clito Fornaciari. *Representatividade ...*, pp. 8-10.

<sup>302</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso, “Ação Popular”. Citado por: Leal, Luciana. *A coisa julgada nas ações coletivas*, p. 4.

<sup>303</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “uma ação recebe a qualificação de ‘coletiva’ quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo e passivo; [...] uma ação é coletiva quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espreado assim seus efeitos”

de la acción,<sup>304</sup> para otros además de aquel en el sujeto y el efecto del proveimiento final,<sup>305</sup> y hay quienes le suman a los anteriores factores una causa de interés público.<sup>306</sup>

En efecto, Rennan Faria Krüger Thamay,<sup>307</sup> establece que la acción colectiva, se caracteriza: por un sujeto que postule un derecho colectivo con base en el cual se pueda dictar una decisión que cobije a una colectividad, en otras palabras, los elementos de la acción en discusión son: 1) el derecho colectivo; 2) la legitimación colectiva y, 3) la cosa juzgada colectiva.

## 2.1. Los derechos colectivos.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en cuanto al primer elemento, esto es, los derechos colectivos, ellos encuentran prescripción legislativa en el Código del Consumidor,<sup>308</sup> de la siguiente forma:

“Art. 81”. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

---

<sup>304</sup> En este sentido Didier Jr manifiesta que: “ Assim processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva ( deveres individuais homogêneos .Observe-se. Então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso”. En: Fredie Didier Jr. *Conceito do processo juriscional coletivo*, Processos Coletivos, Volumen 5, 2014.

<sup>305</sup> Esto puede observarse: en Gidi, Antonio. *El concepto de acción colectiva*, en La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogeneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamerica, ed. Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord), México, Editorial Porrúa, 2004, p. 15; Rennan Faria Krüger Thamay. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil: Legitimidade e coisa julgada*, Revista de Direito, 2013, p. 167; Elpídio Donizzetti y Marcelo Malheiros, Curso de Processo Coletivo. Citado por: Samuel Rodrigues Freires. *A coisa julgada nas ações coletivas*, Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, Numero 118, noviembre 2013.

<sup>306</sup> Algunos autores agregan a los anteriores elementos, un interés público primario, entendido este como aquel que “direcciona los actos del administrador y merece tutela de acuerdo con el que deberán actuar siempre los órganos del poder ejecutivo, legislativo y judicial. Esto puede observarse en: Zaneti Jr, Hermes. *De la Ley a la Constitución*, p. 74.

<sup>307</sup> Thamay, Rennan, *O processo coletivo na teoria geral do processo civil...*, p. 167.

<sup>308</sup> Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da Uniao, Brasília, DF, 12 setembro.1990.

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”<sup>309</sup>

Así, haciendo uso de expresión corriente en la doctrina,<sup>310</sup> los derechos colectivos, se clasifican en esencialmente colectivos y accidentalmente colectivos, son esencialmente colectivos los derechos difusos y los colectivos *stricto sensu*, mientras que son accidentalmente colectivos los derechos individuales homogéneos.

En cuanto a los primeros, estos poseen en común las características de transindividualidad e indivisibilidad. La transindividualidad se refiere a que el derecho colectivo trasciende el mero escenario individual, pues no le pertenece al sujeto individualmente considerado, mas sí lo detenta una pluralidad de sujetos, colectivamente hablando;<sup>311</sup> la indivisibilidad apareja la imposibilidad de dividir el derecho en cuotas individuales, lo que en términos procesales comporta “unitariedad”, es decir, unidad en el trato, de tal forma que como indica Gidi,<sup>312</sup> la satisfacción del derecho de uno lo será del de todos y la violación del derecho de uno será la de todos.

Ahora bien, los derechos esencialmente colectivos difieren en dos aspectos, cuales son, el espectro de sujetos que cobija cada uno y la naturaleza del vínculo que une a cada grupo,<sup>313</sup> en ese sentido, los derechos difusos se caracterizan por atngir a una comunidad indeterminable o de muy difícil determinación, vinculada por situaciones de hecho, al paso

---

<sup>309</sup> En Brasil, a pesar de existir una definición legal de los derechos colectivos en sentido abierto, su aceptación no es unánime, pues, hay algunos autores que la consideran innecesaria y otros que aún considerando su utilidad, la consideran insuficiente, en la medida en que a futuro podría no abarcar otro tipo de situaciones. Esto puede verse en: Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 11.

<sup>310</sup> Didier Jr, Fredie. *Situaciones jurídicas colectivas pasivas*, Revista Jurídica del Perú, Agosto, 2009, p. 264.

<sup>311</sup> Véase en: Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio. *Tutela dos interesses difusos...*, p. 71; Didier Jr, Fredie. *Situaciones jurídicas colectivas pasivas*, p. 264; Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 53.

<sup>312</sup> Idem, p. 54-55.

<sup>313</sup> Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio. *Tutela dos interesses difusos...*, p. 78.

que los derechos colectivos *stricto sensu* se relacionan a una comunidad determinada o determinable, vinculada entre sí o con la parte contraria por un vínculo de derecho.<sup>314</sup>

Frente a los derechos accidentalmente colectivos, también conocidos como “derechos individuales homogéneos”, conforme a una visión maniqueísta, estos se caracterizan por ser derechos divisibles y –esencialmente- individuales, que parten de un origen común, del cual surge su homogeneidad,<sup>315</sup> los cuales conforme a la doctrina reciben un tratamiento colectivo por cuestiones de conveniencia,<sup>316</sup> entre las cuales, se hallan el aumento en el acceso a la justicia, la aplicación de la regla técnica de la economía procesal y el servir de motor para la judicialización de causas que, consideradas individualmente conforme a un razonamiento costo-beneficio, no tendrían mérito alguno.<sup>317</sup>

En Brasil, a pesar de la terminología del CDC, no es claro cuando se está ante un derecho difuso, un derecho colectivo –en sentido estricto- o un derecho individual homogéneo, tanto así que se ha afirmado por parte de la doctrina que, no existen categorías

---

<sup>314</sup> Para un estudio más profundo en torno a los derechos colectivos. Véase: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil un modelo para países de derecho civil*. Obra dentro de la cual, se arguye por la unificación de las categorías de derechos colectivos y difusos en una sola.

<sup>315</sup> Conforme preceptúan Didier Junior y Zaneti Junior, en su curso de Derecho Procesal Civil. El término homogéneo, parte de que los derechos nacen de una misma lesión o amenaza de lesión, que no necesariamente debe darse en un único y estático periodo de tiempo. Así: “O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum ou seja, os direitos nascidos em consequência da propina lesão ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é post factum (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se de em só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais” citados por: Freires, Samuel. *A coisa julgada nas ações coletivas*.

<sup>316</sup> Tópico recurrente en la doctrina brasileña, es el de las razones que llevaron a la positivización de los derechos individuales homogéneos, entre las cuales, a parte de las ya mencionadas, se hallan el descongestionamiento de despachos judiciales, la reducción en la cultura litigiosa brasileña, la reducción de sentencias contradictorias, la profesionalización de la rama judicial en asuntos colectivos y la protección de los hiposuficientes o personas vulnerables jurídica o materialmente hablando. Esto se puede observar en: Fernando Soares Tolomei y Gelson Amaro de Souza. *Apontamentos sobre ações coletivas no direito brasileiro*. En: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, N.º. 90, jul 2011. Disponible en: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9861](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9861)>.

<sup>317</sup> Existe disparidad en el ámbito brasileiro en lo que a la naturaleza de los derechos individuales homogéneos se refiere, pues, hay quienes los clasifican como “derechos colectivos” y quienes los tienen por “derechos individuales que reciben un tratamiento colectivo”. Esto se puede observar en: Freires, Samuel. *A coisa julgada nas ações coletivas*.

y formas prefijadas para estas tres figuras jurídicas,<sup>318</sup> pues, dependiendo del caso concreto unos mismos hechos pueden dar lugar a uno u otro tipo de derecho colectivo en sentido amplio, así, siguiendo a Nery Junior, lo que importa para clasificar los derechos colectivos no radica en una materia genérica como el “ambiente sano” o el “consumo”, sino, el tipo de pretensión que se deduzca en la demanda, pues, dependiendo del pedido o pretensión, se estará en presencia de una de esas tres categorías o de un derecho individual.<sup>319</sup>

Un ejemplo de lo anterior, es el naufragio de la embarcación Bateau Mouche IV, el 31 de diciembre de 1988 en Río de Janeiro, donde murieron 55 de los 142 pasajeros que se encontraban en ella, producto de la sobrecarga de pasajeros que excedían por más del doble la capacidad del navío y la negligencia del capitán en adentrarse a media noche en aguas agitadas. Siguiendo a Nery Junior, cinco pretensiones distintas podrían provenir de este único suceso, así, consecuencia de la muerte de las 55 personas, sus causahabientes estarían legitimados para iniciar la respectiva demanda individual, solicitando la indemnización de los perjuicios sufridos (derecho individual); una asociación en nombre de todas las podría iniciar una acción colectiva, solicitando la declaración genérica de responsabilidad en contra del demandado (derecho individual homogéneo); podría iniciarse una acción colectiva solicitando que se obligue a la empresa demandada a realizar una campaña para relegitimar y rescatar la credibilidad del transporte marítimo (derecho colectivo *stricto sensu*) y, finalmente, podría incoarse una acción colectiva solicitando que se obligara a las empresas a aumentar el entrenamiento de los funcionarios y la seguridad de todas las embarcaciones (derecho difuso).<sup>320</sup>

En torno a la legitimación, como segundo elemento de las acciones colectivas, baste por el momento decir que, ella hace alusión a los sujetos que la Ley a determinado como representantes para actuar en la lid colectiva, y que en Brasil a través de la interpretación de

---

<sup>318</sup> Hermes Zaneti Junior. *Dereitos Coletivos Lato Sensu: A definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos*, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ABDPC, 2005, pp. 11 – 12.

<sup>319</sup> Suzana Gastaldi. *Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação*. En: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14164](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164)>. Acesso em dez 2017.

<sup>320</sup> En: Hermes Zaneti Junior. *Dereitos Coletivos Lato Sensu: A definição conceitual...*, p. 12; Gastaldi, Suzana. *Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação...*

las normas que contemplan dicho elemento, se vislumbró e introdujo un examen de representatividad adecuada, como se verá en acápite posterior.

## 2.2 La cosa juzgada colectiva

En atención a la cosa juzgada en las acciones colectivas, es menester recordar lo leccionado por Gidi,<sup>321</sup> al señalar que “una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo”. Así, resulta mandatorio transcribir lo prescrito por el CDC,<sup>322</sup> cuya disposición pertinente, indica que:

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

De cara a esta disposición, la doctrina ha previsto los datos esenciales de la cosa juzgada en las acciones colectivas – los cuales poseen como norte la protección de los miembros ausentes del grupo — estos son, sus límites (subjetivos y objetivos) y, su forma de producción.<sup>323</sup>

Frente a los límites, estos se refieren a la extensión del espectro del comando de la sentencia colectiva en cuanto a las personas que toca (*inter partes*, *ultra partes* y *erga omnes*),<sup>324</sup> así como a la pretensión valorada en la parte resolutive del proveído final. En

---

<sup>321</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 98.

<sup>322</sup> Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

<sup>323</sup> Thamay, Rennan. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil...*, pp. 179-180.

<sup>324</sup> El tratamiento diferenciado que recibe la cosa juzgada en relación a los distintos tipos de derecho colectivo, se relaciona directamente con la relación sustancial que subyace a cada uno de ellos, en ese sentido Ada Pellegrini Grinover indica que: “o régimen dos limites subjetivos da coisa julgada, nas ações em defesa dos interesses coletivos, e exatamente o mesmo tracado para as ações em defesa dos interesses difusos. Anota

cuanto a la segunda, se hace alusión a las determinadas opciones legislativas ligadas a la formación de la cosa juzgada (*pro et contra, secundum eventum litis, secundum eventum probationem*).

Siendo este último punto, heterogéneo dentro de los medios académicos brasileros, pues frente a la formación de la cosa juzgada existen adeptos para cada uno de sus pilares.

Así, quienes proclaman la existencia de un sistema de *res iudicata* con independencia al resultado del litigio (*pro et contra*).<sup>325</sup> Se fundan, en que la inmutabilidad de lo decidido en la sentencia se presentará en los casos en que se acoja o se niegue la pretensión, indistintamente, de tal forma, que la vía colectiva quedará cerrada en cualquiera de los dos casos para los respectivos legitimados colectivos. Estos sostienen que, lo que se presenta conforme al resultado de la controversia (*secundum eventum litis*), es la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada material colectiva hacia las esferas individuales de los respectivos terceros afectados (miembros ausentes), por la conducta lesiva consistente en la violación del derecho transindividual en caso de ser acogida la pretensión, a esto se denomina el efecto *in utilibus*.

Los partidarios de la teoría que funda la cosa juzgada en el agotamiento del material probatorio en el proceso,<sup>326</sup> se basan en la tradición legislativa sobre la materia en el Brasil,<sup>327</sup> la cual hace hincapié en el hecho de que la respectiva cualidad de la sentencia

---

que a única diferença reside na diversa extensão dos efeitos da sentença com relação a terceiros, colante se trate de interesses difusos ou interesses coletivos. No primeiro caso, e propina da sentença a extensão da coisa julgada a toda a coletividade, sem exceção: no segundo, a naturaliza mesma dos interesses coletivos restringe os efeitos da sentença aos membros da categoria ou classes, ligados entre si ou com a parte contraria por ima relação base". Citada por: Freires, Samuel. *A coisa julgada nas ações coletivas*.

<sup>325</sup> Esto se puede observar en: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 100-103; *Cosa juzgada en acciones colectivas*, en *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogeneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamerica*, ed. Gidi Antonio & Mac- Gregor Ferrer Eduardo (Coord.), México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 265-267; Luciana de Castro Concentino. *Cosa julgada nas ações coletivas*, *Revista Meritum*, 2009, p. 250.

<sup>326</sup> Vinicius José Corrêa Gonçalves. *A inexistência de coisa julgada secundum eventum litis nas ações coletivas: em busca de uma unidade terminológica científica adequada*, *Revista Argumenta*, 2005, p. 278; Thamay, Rennan. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil*, pp. 181-182.

<sup>327</sup> Las leyes que regulan la Acción Popular y la Acción Civil Pública incluyen disposiciones semejantes al artículo 103 del Código de Defensa del Consumidor, donde se resalta la importancia de la depuración probatoria en la formación de la cosa juzgada material:

Lei nº. 4.417, de 29 de Junho de 1965, Regula a Ação Popular. *Diário Oficial da Uniao*, Brasília, DF, 05 set. 1965.

sólo se forma a menos que sea por insuficiencia de pruebas. Lo cual sugiere que, el elemento determinante de la efectividad de la sentencia en los casos colectivos, no es el resultado del conflicto (derechos difusos y colectivos *strictu sensu*) sino, el agotamiento del material probatorio, de tal forma que, en determinada acción dentro de la cual se hubiere acogido o negado la pretensión, más la labor probatoria hubiese sido deficiente no habrá cosa juzgada, así cualquier legitimado podrá presentar la misma acción colectiva, *contrario sensu*, habiendo depurado la labor probatoria en cualquiera de los dos casos (acogimiento o rechazo de la pretensión), la inmutabilidad de la sentencia se hará presente para los miembros del grupo.<sup>328</sup>

Acto seguido, si bien la teoría que funda la formación de la cosa juzgada en el resultado favorable al grupo, es la más propagada en el ámbito brasilero, como apunta la doctrina, ella parte de una indeterminación terminológica,<sup>329</sup> pues se confunden la extensión de los límites subjetivos de la sentencia con el sistema de formación de la cosa juzgada, llegando así a la afirmación de que la cosa juzgada es *secundum eventum litis*, de tal forma que, apenas sirve para beneficiar la respectivas acciones individuales (de los ausentes) pero jamás para perjudicarlas en caso de improcedencia de la pretensión colectiva.<sup>330</sup>

Finalmente, el hecho de que en Brasil dentro de los cuerpos legales que contemplan las acciones colectivas no se haya incorporado la estricta fórmula norteamericana del *pro et*

---

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Lei nº 7.347, de 24 de Junho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

<sup>328</sup> En esta teoría se hace referencia a los derechos colectivos en estricto sentido, pues, el artículo 103 del CDC solo incluye esta opción al referirse a esos derechos, con todo la doctrina ha determinado que no existe razón válida, para no extender los efectos según el resultado de la prueba a los derechos individuales homogéneos. Esto puede verse en: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 107.

<sup>329</sup> Véase: Gonçalves, Vinicius. *A inexistência de coisa julgada secundum eventum litis...*, p. 276.

<sup>330</sup> En este sentido manifiesta Eduardo Braga Bacal que: "Conforme já se analisou em momento anterior, tendo a LACP e o CDC acolhido o modelo da coisa julgada *secundum eventum litis*, resulta que a sentença, transitada em julgado, proferida em ação civil pública, apenas poderá beneficiar o resultado das ações individuais e, portanto, jamais prejudicá-las em caso de improcedência do pedido formulado na ação coletiva." Citado por: Freires, Samuel. *A coisa julgada nas ações coletivas*.

*contra*, se justifica en las razones más variopintas.<sup>331</sup> Incluida, dentro de ellas, la ausencia de un control por parte del juez sobre el legitimado colectivo expresamente en la ley,<sup>332</sup> situación que no ha sido óbice para que la doctrina y posteriormente de forma tímida la jurisprudencia revele su imperiosa necesidad. Como se verá a continuación.

### 2.3. Legitimación colectiva.

El tópico relativo a la legitimación colectiva, responde a la pregunta - ¿Qué sujeto será el que la ley determine para representar los intereses colectivos ante los tribunales? Conforme a la doctrina brasilera esté ha sido uno de los puntos más conflictivos en el desarrollo de las acciones colectivas.<sup>333</sup> Pues acostumbrados y formados en una tradición de individualismo liberal, preconizada por medio de las reglas singulares del Código de Procedimientos Civiles de 1973, se observa que los tradicionales esquemas como la “pertinencia subjetiva de la acción”,<sup>334</sup> no se amoldan a los nuevos esquemas colectivos.

En ese sentido, la estricta e inequívoca correspondencia entre el titular del derecho material y el sujeto que acude al proceso, es ajena a las situaciones colectivas, donde precisamente se vislumbra que por virtud de una titularidad colectivizada y en algunos casos indeterminable del derecho colectivo, las masas no pueden acudir por si mismas al

---

<sup>331</sup> Entre estas, en primer lugar se encuentra la falta en el procedimiento civil brasilero de un descubrimiento extenso de pruebas, obstáculo importante al acceso a la información relevante del proceso, en segundo lugar, el legislador consideró las dificultades prácticas y económicas de establecer un mecanismo de notificación a los miembros ausentes del grupo, en tercer lugar, la ausencia de confianza de la población brasilera en el sistema judicial aunado al desarrollo técnico y falta de información científica hacen que la cosa juzgada sea más flexible en Brasil de lo que es en los Estados Unidos. En: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 107-108.

<sup>332</sup> A diferencia del sistema norteamericano, donde la legitimación se otorga al individuo y existe un control exhaustivo en todo el curso del proceso judicial en torno a la adecuación del representante colectivo, aunada a la existencia de una *fair notice* y el respectivo derecho de los miembros de excluirse expresamente del grupo a efectos de que la sentencia no los alcance, pues, se considera que si la representación ha sido idónea, se ha garantizado que las personas han gozado de su derecho “a un día en la corte” lo que impide la re-litigación a modo individual, diferente de lo previsto en Brasil. Para un análisis más amplió, véase: Marcelo Malheiros Cerqueira. *O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis*, Revista Processos Coletivos, Porto Alegre, Volumen 1, N°1, Año 2009.

<sup>333</sup> Pedro Da Silva Dinamarco. *Ação Civil Pública*, Sao Paulo – Brasil, 2001, p. 200.

<sup>334</sup> Nathália Mariel Ferreira Souza. *Algumas considerações acerca do controle judicial sobre a legitimidade nas ações coletivas*. En: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, N° 78, jul 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8105](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8105)>.

provocamiento de sus causas judiciales. Así surge la disociación entre el titular del derecho colectivo y quien posee legitimación en la causa.<sup>335</sup>

Tradicionalmente, como enseña la doctrina,<sup>336</sup> tres han sido las formas de responder a este problema de legitimación: 1) bien se da legitimación al individuo miembro del grupo o no; 2) se otorga legitimación a entidades privadas; – asociaciones– 3) o se otorga dicha titularidad a funcionarios o entidades públicas. A su vez dicha legitimación puede otorgarse por el legislador de forma aislada a alguno de ellos o conjuntamente a todos, en ese sentido Gidi,<sup>337</sup> leccionando a Cappelletti manifiesta que la opción más sensata siempre será la más amplia, es decir, es mucho más benéfico y trae menos inconvenientes que los legitimados sean muchos que únicamente uno.

Concordante con dicha resolución, el esquema brasilero posee un sistema de legitimación colectiva, que contempla las tres situaciones anteriormente referenciadas, en ese sentido, son primordialmente legitimados para iniciar acciones colectivas, tanto asociaciones como entidades públicas, además del individuo en el aislado escenario de la acción popular,<sup>338</sup> tal y como se indicó en acápite anterior.

De tal forma, las disposiciones pertinentes y preferentes en relación al tópico *sub examine*, se hayan en los artículos 5 de la LACP y el 82 del CDC, sin desconocer los demás estatutos formantes del microsistema de derecho colectivo que en su contenido poseen disposiciones concordantes, relativas al legitimado en causa para el ámbito directo de estatuto pertinente.<sup>339</sup>

---

<sup>335</sup> Cerqueira, Marcelo. *O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo*; Gidi, Antonio. *Rumo a un código de processo civil coletivo - a codificação das ações coletivas no Brasil*, Rio de Janeiro – Brasil, 2008, p. 79.

<sup>336</sup> Cappelletti, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, pp. 136-143; Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de Los derechos difusos...*, p. 71; *Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil...*, p. 915.

<sup>337</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 71

<sup>338</sup> Algunos autores, afirman que en Brasil de aceptarse la figura de la adecuada representación, se daría vía libre al individuo en el marco de la acción popular para representar los derechos difusos, siempre que aprobara el examen hecho por el juzgador. En ese sentido, véase: Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 72.

<sup>339</sup> Véase: Lei nº 10.741, de 1 de Outubro de 2003, Dispoe sobre estatuto de idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1, de 3 de outubro de 2003; Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, Dispoe sobre estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1, de 16 de julho de 1990; Lei nº 12.016 de 7 de Agosto de 2009, Disciplina o Mandado de Segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União de 10 de agosto de 2009.

Así, según la Ley de Acción Civil Pública,<sup>340</sup> los sujetos que poseen legitimación para la persecución de causas colectivas son:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (...)”.

Consecuentemente, el Estatuto del Consumidor,<sup>341</sup> contempla como legitimados para actuar en *pro* de las acciones colectivas a los siguientes sujetos:

“ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (...)”

---

<sup>340</sup> Lei nº 7.347, de 24 de Junho de 1985.

<sup>341</sup> Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

De manera que, ambos dispositivos contemplan prácticamente los mismos sujetos, entre personas morales de naturaleza pública o privada, razón por la cual se afirma que en el Brasil, la legitimación en cuestiones colectivas es una mixtura entre las teorías *parens patriae* y *private attorney general* oriundas del sistema norteamericano.<sup>342</sup>

En ese sentido, en Brasil según lo señalado por el sector académico estudioso de las acciones colectivas, los principales actores, cuya iniciativa pone en movimiento al poder judicial son el Ministerio Público y las asociaciones,<sup>343</sup> fungiendo el primero como protagonista en el ámbito brasileiro.<sup>344</sup>

Ahora bien, tal y como señala Gidi,<sup>345</sup> es costumbre de los juristas criados en el sistema del derecho civil encasillar los fenómenos jurídicos en una u otra categoría por considerar el derecho como una ciencia y no como una dinámica social. De ahí que, haya sido un punto neurálgico por parte de la doctrina el determinar la naturaleza jurídica de la legitimación que versa sobre acciones masificadas.<sup>346</sup> Valiéndose de esta forma en algunos casos de herramientas propias del derecho adjetivo individual.

### ***2.3.1 Legitimación colectiva – Naturaleza jurídica.***

En Brasil, existen cuatro teorías que explican la naturaleza en derecho de la actuación del representante colectivo. La primera indica que es *legitimación extraordinaria por sustitución procesal*, la segunda indica que es *legitimación en la causa ordinaria*, la tercera proclama una *legitimación autónoma en asuntos colectivos* y la última pregona una *legitimación propia colectiva*.

---

<sup>342</sup> Gidi, afirma que en Brasil se presenta una mixtura entre ambas teorías, pues, las acciones colectivas pueden ser enjuiciadas tanto por entidades públicas, como por cuerpos intermediarios de la sociedad civil (asociaciones). Esto puede verse en: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 72-73

<sup>343</sup> Ibid, pp. 80-91.

<sup>344</sup> Cerca del 95% de las acciones civiles públicas, para el año 2005 fueron propuestas por el Ministerio Público. Véase: Eduardo Cambi. *Ação Civil Pública - 20 Anos - Novos Desafios*, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ABDPC, N/S, p. 3.

<sup>345</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, pp. 9-10.

<sup>346</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, pp. 87-93.

En efecto, la primera teoría formulada por José Carlos Barbosa Moreira,<sup>347</sup> y de mayor acogida en el ámbito brasilero aduce que el representante colectivo se introduce al proceso colectivo vía de legitimación extraordinaria, pues concurre al proceso en nombre propio para tutelar derechos ajenos<sup>348</sup> y se sustenta por vía de excepción, ya que constituye el quiebre a la regla de oro en materia de litigio individual, según la cual “nadie puede concurrir al juicio a nombre propio a defender derecho ajeno, salvo autorizado por la ley”, conforme reza el código de ritos civiles brasilero.<sup>349</sup>

En torno a la segunda teoría formulada por Kazuo Watanabe,<sup>350</sup> ella proclama que el legitimado colectivo se introduce al debate dialéctico por vías colectivas, a través de una interpretación abierta del artículo 6º del código de procedimientos civiles de Brasil, según la cual, el interés general que subyace a los derechos colectivos *lato sensu* lo diferencia de la mera sumatoria de pretensiones individuales, lo cual, hace que el representante colectivo se legitime ordinariamente.

La tercera corriente doctrinaria, abanderada por Nelson Nery Junior y Rosa María de Andrade Nery,<sup>351</sup> apunta a una legitimación propia o autónoma en el proceso colectivo, entendiendo que los esquemas tradicionales de legitimación (ordinaria y extraordinaria) se construyen bajo la premisa de defender el interés de un sujeto previamente identificado, como en el litigio individual, cuestión que en materia de derechos difusos y colectivos (*stricto sensu*) no se presenta. Finalmente el último eje doctrinario, defendido por Luiz

---

<sup>347</sup> Gidi, Antonio. *Legitimación para demandar en las acciones colectivas*, en La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogeneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamerica, ed. Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord), México, Editorial Porrúa, 2004, p. 111.

<sup>348</sup> Esto puede verse en: Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública: limites*, p. 30; Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 93.

<sup>349</sup> Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

Art. 6º-Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei

Según afirma, Silva Noya dicha previsión legal, es un trasplante legal del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil Italiano, el cual prevé la misma regla con la salvedad que indica que las autorizaciones hechas en la ley deben constar de manera expresa. Véase en: Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 94.

<sup>350</sup> Según manifiestan: Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 94; y Gidi, Antonio. *Legitimación para demandar en las acciones colectivas*, p. 111.

<sup>351</sup> Como afirma Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública: limites*, p. 31; y Gidi, Antonio. *Legitimación para demandar en las acciones colectivas*, p. 112.

Manoel Gomes Junior,<sup>352</sup> invoca una legitimación procesal colectiva, es decir, propia de este ramo del derecho procesal sin consideración a los tradicionales esquemas singulares de los códigos procesales, la cual sustenta en la relevancia social de los derechos colectivos *latu sensu* y lo imperativo de su protección. En este punto, resulta necesario hacer un paréntesis para indicar que la legitimación colectiva, dependiendo de la teoría con la que se afilie tendrá profundas implicaciones procesales relativas a la adecuada representación en los procesos colectivos, pues determinará al menos doctrinariamente las consecuencias ante su ausencia, como se verá en otra parte.

Así, más allá de la simpatía o recelo a las clasificaciones<sup>353</sup> en torno a la naturaleza jurídica de la legitimación en causa colectiva, existe concordia en Brasil al momento de determinar las formas en que ella se presenta, es decir, exclusiva, concurrente y disyuntiva<sup>354</sup>.

En ese mismo orden y dirección, vistas las teorías que analizan la naturaleza jurídica de la legitimación colectiva en ámbito brasileiro, se pasa a revisar la teórica de la representación en las acciones colectivas.

### **2.3.2 Teorías de la representación colectiva – La actuación del legitimado colectivo.**

Habiendo visto, el “cómo” se presenta la legitimación colectiva (naturaleza jurídica) en el derecho brasileiro, ahora se extenderán unas líneas en cuanto al “porqué” de dicha legitimación. En otras palabras, las teorías que sustentan la actuación del legitimado en el proceso colectivo.

---

<sup>352</sup> Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública: limites*, p. 32.

<sup>353</sup> Gidi en una visión pragmática, señala que hoy en día las clasificaciones pierden su utilidad, pues lo que realmente interesa es que los miembros del grupo se hallen protegidos. Esto puede observarse en: Gidi, Antonio. *Legitimación para demandar en las acciones colectivas*, pp. 111-112.

<sup>354</sup> “Diz-se concorrente, pois a norma quis dar maior proteção a tais direitos conferindo poderes a certos entes de maneira igualitária, de forma que um não anula o outro. Assim, segue-se a ideia de que os interesses difusos e coletivos sejam protegidos na medida em que o leque de legitimados seja amplo suficiente para atender a demanda da sociedade. É disjuntiva, quando se diz que uma entidade legitimada não precisa da anuência da outra para ingressar com a ação coletiva. En: Francisco Das Chagas de Vasconcelos Neto. *A legitimação para agir nas ações coletivas e os novos desafios a serem superados*, Revista processos coletivos, Volumen 2, Número 4, 2011. Y es exclusiva, pues solo las entidades enlistadas en la ley pueden proponer acciones colectivas, Véase: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de Los derechos difusos...*, p. 73.

Pues, siguiendo a Noya Silva,<sup>355</sup> quien al leccionar a Leal Fabra, manifiesta que: “la búsqueda por el sustituto adecuado para la tutela colectiva de los derechos transindividuales e individuales homogéneos no se restringió a la elaboración de un modelo representativo, pero antes incluyó el análisis de la legitimidad de esta actuación” (traducción nuestra)

De esta forma, la primera teoría sobre la temática, se denomina teoría de la corporación de hecho, la cual parte de la premisa, de que, todos aquellos conglomerados sociales o grupos que busquen el reconocimiento de una tutela judicial deberían cuando menos, asumir la forma de una “corporación” o persona jurídica, sin que esto implique de suyo una capacidad en derecho.<sup>356</sup> Situación que en lo tocante al plano legal no tiene mayor acogida pues tanto el CDC como la LACP, no exigen la personalidad jurídica de las asociaciones para provocar el sistema judicial.<sup>357</sup>

La segunda teoría llamada de la hipo – suficiencia,<sup>358</sup> concepto que se asemeja al de vulnerabilidad (económica, técnica, jurídica), sustenta la actuación del sustituto colectivo en el proceso, por virtud que la actuación presunta y propia de los sustituidos en el manejo de la lid colectiva no sería el más apropiado, V.gr en el caso de los derechos individuales susceptibles de tratamiento colectivo, cuando el exánime resultado a ser obtenido, de manera individual no cautivara al sujeto a su persecución directa en juicio.<sup>359</sup>

La tercera teoría, o teoría del consentimiento, basa la actuación del legitimado colectivo en la previa manifestación de voluntad por parte de los sujetos que van a ser cobijados por los efectos de la sentencia colectiva, situación que de suyo restringe su aplicación a los casos de determinabilidad de los titulares del derecho (Individuales Homogéneos y Derechos Colectivos *strictu sensu*), facto que ha desencadenado contradicción jurisprudencial al momento de otorgar legitimación a los sindicatos, por

---

<sup>355</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 58.

<sup>356</sup> Ibid, p. 59.

<sup>357</sup> Ibid. El autor resalta que en lo atinente a los sindicatos, el Tribunal Superior de Justicia si ha exigido que estos adopten personalidad jurídica para representar a los intereses colectivos.

<sup>358</sup> El término hipo-suficiencia surge en el derecho laboral, a partir de las relaciones no paritarias en los contratos de trabajo, posteriormente el concepto se traslada al derecho procesal. Esto puede verse en: Cássio Casagrande, Luis y Santos Perissé, Paulo. *Ministério Público do trabalho e tutela judicial coletiva...*, p. 15.

<sup>359</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 61.

distintas interpretaciones otorgadas al texto constitucional,<sup>360</sup> lo que ha conllevado a que en el Brasil, esta teoría no sea muy acogida.

La cuarta posición teórica, o teoría del interés parte de la premisa, que entre los intereses del sustituido y el sustituto debe existir un grado de compatibilidad tal, que el primero no pueda negar su representación en juicio por parte del segundo, pues dicho interés adopta una connotación superior dado que no solo establece la relación titular - legitimado, sino que define al grupo, pues, la pretensión deducida en la demanda será la pretensión del grupo.<sup>361</sup>

Esta teoría, en Brasil se adopta bajo el tópico de la “pertinencia temática”, y se puede observar en el ámbito de las asociaciones, respecto del objeto institucional, es decir, frente la manifestación estatutaria avocada a la protección de los derechos colectivos, a su vez, en relación con los entes público, V.gr el Ministerio Público, al momento de accionar para la defensa de derechos individuales homogéneos y colectivos en sentido estricto, este deberá acreditar la pertinencia temática, no en el sentido de que su interés sea el mismo que el del grupo, más si que su pretensión coincida con la de aquel.<sup>362</sup>

En este tópico, vale la pena relatar que la protección de los derechos individuales Homogéneos en el Brasil por parte del Ministerio Público, no siempre fue viable, pues las disposiciones constitucionales que regulan las funciones de este ente, hacen mención a la protección de derechos difusos y colectivos, además de derechos individuales indisponibles,<sup>363</sup> de ahí que, en un primer momento no fuera viable la protección de dichos derechos, lo que puso en duda la propia constitucionalidad del artículo 82 del CDC.<sup>364</sup>

---

<sup>360</sup> Ibid, pp. 62-65.

<sup>361</sup> Ibid, p. 66.

<sup>362</sup> Ibid, p. 67. En materia de derechos difusos no se exige dicha pertinencia temática, pues, dada la previsión constitucional esta se presume. Así, el artículo 129 Superior, prevé las funciones del Ministerio Público e indica que este debe velar por la protección de los derechos difusos y cualquier otro derecho colectivo. De La siguiente forma: Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de out. 1988, Seção I.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

<sup>363</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05 de Outubro de 1988.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>364</sup> Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio. *Tutela dos interesses difusos...*, p. 84.

Más, con el paso del tiempo la doctrina y la jurisprudencia evolucionaron en el sentido de otorgar legitimación al mencionado ente, para provocar estas causas, en el entendido de que estos derechos poseen como trasfondo un interés general (interés social relevante), de forma tal, que existiendo dicho interés, las puertas de la jurisdicción se abren al Ministerio Público.<sup>365</sup> Consecuentemente, a tono con la doctrina, la pertinencia temática en materia de derechos individuales homogéneos para efectos de su protección por parte Ministerio Público es viable bajo el velo de un “interés social relevante”.<sup>366</sup>

Por último, la quinta teoría que sustenta la actuación del sustituto en Brasil, se denomina “teoría de la institucionalidad”, la cual guarda similitudes con la doctrina del *parens patriae*, mas abarca un objeto más amplio, ya que ella sustenta la legitimación, no en la coincidencia de intereses entre el titular del derecho y su sustituto sino en un deber irrogado por la cláusula del Estado Social de Derecho, conforme al cual, corresponde a los órganos del poder público la protección de los derechos que incumben a la comunidad.<sup>367</sup>

Clausurado lo tocante a la legitimación colectiva como elemento de la acción colectiva, además de las teorías que estudian tanto su naturaleza en derecho, como su justificación en el proceso. A continuación se relata cómo a partir de dichas consideraciones se ha gestado un contralor sobre la idoneidad del legitimado colectivo en Brasil.

### ***2.3.3. Legitimación ope legis – Hacia un examen sobre la representatividad adecuada.***

Como se ha mostrado, en Brasil, la legitimación de los sujetos colectivos se verifica exhaustivamente de los preceptos legales, es así como nace la visión *ope legis* o por virtud de la ley, en cuanto al control judicial sobre la legitimación en causa en procesos los colectivos. La cual, en palabras de Souza<sup>368</sup> implica que:

---

<sup>365</sup> Ibid.

<sup>366</sup> Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio. *Tutela dos interesses difusos...*, p. 85; Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 75.

<sup>367</sup> Ibid, p. 68.

<sup>368</sup> El texto original en português, es el siguiente: “A representação adequada foi analisada de maneira abstrata e anterior à ação em caso concreto, ela foi propriamente definida pelo legislador, que elegeu os entes mais aptos e capazes de exercer em juízo a representação da tutela metaindividual”. En: Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial sobre a legitimidade nas ações coletivas*.

“la adecuada representación fue analizada de manera abstracta y anterior a la acción en el caso concreto, y fue definida correctamente por parte del legislador quien eligió a los entes más aptos y capaces de ejercer en juicio la representación meta individual” (traducción nuestra)

De tal forma, al ser exhaustivos los listados de legitimados contemplados en los distintos textos legales pertenecientes al mini sistema de protección de derechos colectivos, conforme a una interpretación inicial y cerrada, un análisis posterior sobre el comportamiento de dichos sujetos no sería viable.<sup>369</sup> Lo cual, llevó a la afirmación por parte de la doctrina de que en Brasil no existía control judicial sobre la actuación del representante en acciones masificadas.<sup>370</sup>

Dicha postura era sostenida por Pedro Da Silva Dinamarco,<sup>371</sup> para quien:

“(…) aquí el autor es un representante institucional previsto de forma abstracta por el legislador. O sea la verificación de la legitimidad se da *ope iudicis* en los países anglo-americanos, y en algunas materias en Italia; aquí se da *ope legis* (...) De esa forma, entre nosotros no existe un verdadero requisito de adecuada representación para que los legitimados puedan iniciar una acción civil pública” (traducción nuestra)

Ahora bien, las posturas adversas a la existencia de la adecuada representación en Brasil no solo se limitan a decir que no existe, sino desde una perspectiva algo más radical, que está vetado al juez el análisis de la actuación del legitimado colectivo en el caso concreto. En ese sentido Nelson Nery Junior y Rosa de Nery Junior<sup>372</sup> afirman que:

---

<sup>369</sup> Ibid.

<sup>370</sup> Gidi, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo*, p. 143.

<sup>371</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “aquí o autor é um representante institucional, previsto em abstrato pelo legislador. Ou seja, a verificação da legitimidade se dá *Ope iudicis* nos países anglo-americanos e, em algumas matérias, na Itália; aqui ela se dá *ope legis* (...) Dessa forma, entre nós nao existe um verdadeiro requisito da representatividade adequada para que os legitimados possam ajuiciar uma ação civil pública”. En: Dinamarco, Pedro. *Ação Civil Pública*, p. 201.

<sup>372</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: As limitações à legitimação das associações para a propositura da ACP são apenas e tão-somente as estipuladas na norma ora comentada (constituição na forma da lei civil há pelo menos um ano; inclusão, entre suas finalidades institucionais, da defesa de um dos direitos protegidos pela LACP). Não tem lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção, principalmente tendo em vista a qualidade da entidade, que restrinja a legitimação para agir das associações, fora das hipóteses expressamente enunciadas na norma sob exame”. En: Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 13a Edição revista, atualizada e ampliada ed, Sao Paulo – Brasil, 2013, p. 1662.

“las limitaciones a la legitimación de las asociaciones para la incoación de la Acción Civil Pública son apenas y solamente las estipuladas en la norma comentada (artículo 5 LACP) no tiene lugar por ser ilegal otro requisito o distinción distinta, principalmente teniendo en cuenta la calidad de la entidad que restringe la legitimidad para actuar de las asociaciones fuera de las hipótesis establecidas de forma expresa en la norma bajo examen” (traducción nuestra)

De forma mucho más directa, Eduardo Cambi,<sup>373</sup> afirma que el establecimiento judicial de requisitos exógenos a los contemplados en la ley, para la verificación de la legitimidad colectiva rayaría con las bases constitucionales que establecen el derecho de acción por ende no es permitido, así:

“(…) la adecuada representación todavía no existe en el derecho brasilero, no siendo legítimo al juez limitar el derecho de acción con fundamento en criterios personales” (Traducción nuestra).

A pesar de lo anterior, algunos autores de forma más pragmática e inicialmente, bajo el manto del control *ope legis*, afirmaban que la ausencia de requisito legal respecto a la adecuada representación de suyo no reflejaba su irrelevancia, sino que dicha figura no era generalmente dejada a la discrecionalidad judicial,<sup>374</sup> puesto que, el cuerpo de la ley contempla instrumentos que mermaban y aminoraban la necesidad del estudio judicial.

De esos instrumentos previstos en la ley,<sup>375</sup> deben destacarse el efecto *in utilibus* de la sentencia colectiva brasilera, con base en la cual, ante la negativa de la pretensión colectiva, los derechos individuales de los miembros del grupo no se verían comprometidos. Seguidamente, se halla el listado taxativo de entidades legitimadas para la tutela colectiva, en los escenarios judiciales a quienes con base en un juicio *a priori* se consideró podrían representar sensata y apropiadamente los intereses grupales, lo cual, conforme señala la doctrina resalta la desconfianza del legislador brasilero, en el individuo, para la provocación judicial de las causas colectivas, a quien considero inidóneo para la representación justa de los intereses colectivos.

---

<sup>373</sup> El texto original en português, es el siguiente: Por isto, a representatividade adequada ainda não existe no direito brasileiro, não sendo legítimo que o juiz limite o direito de ação com fundamento em critérios pessoais. En: Cambi, Eduardo. *Ação Civil Pública - 20 Anos - novos desafios*, pp. 35-36.

<sup>374</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 74.

<sup>375</sup> Ibid, pp. 73-78.

Al lado de ello, dentro de ese amplio listado se prevé que entre las distintas entidades, cualquiera pueda intervenir en el procedimiento para colaborarle al demandante original o sustituirle en caso de abandono de la acción. Aunado a lo anterior, se prevé que el Ministerio Público deba participar de cada acción colectiva, bien cuando este la incoe, bien como *custos legis* para observar su desarrollo cuando otro fuere su actor. En ese sentido Gidi manifiesta que:

“(...) el Ministerio Público puede estar en una mejor posición que el juez para monitorear el procedimiento, evaluando la representación adecuada y protegiendo los interés del grupo y de sus miembros”.<sup>376</sup>

Con base en lo anterior, preliminarmente podría sostenerse, conforme lo hace Diogo Campos Medina,<sup>377</sup> que el sistema adoptado en Brasil es de legitimidad presunta por oposición a la legitimidad real del sistema norteamericano, pues en aquel hay una presunción de adecuabilidad de los entes enlistados en la ley.<sup>378</sup> Más, dicha afirmación es parcialmente cierta, pues la práctica de las acciones colectivas, derivaría en la introducción del recaudo analizado y en la evolución del instituto.

Así, las consecuencias de un sistema de legitimación y adecuabilidad fundado en el estudio riguroso y restricto de premisas legales, no tardaron en aparecer, pues la imposibilidad de prever las situaciones futuras, que se presentan caso por caso,<sup>379</sup> dejó claro que la realidad superaba los preceptos legales. De tal forma, siguiendo a la doctrina, de la práctica de las acciones colectivas en Brasil, se observó que aunque se contemplaran rigurosamente los requisitos previstos en la ley, se dejaban de lado situaciones tales como la seriedad, credibilidad, la capacidad económica, las posibilidades de ejercer una defensa procesal válida,<sup>380</sup> todas relativas a la idoneidad y adecuación del representante colectivo.

---

<sup>376</sup> Ibid, p. 75.

<sup>377</sup> Diogo Campos Medina Maia. *Ações coletivas passivas*, Río de Janeiro – Brasil, 2009, p. 110.

<sup>378</sup> En ese mismo sentido, Gidi afirma que la adecuada representación en Brasil es objetiva, basándose en un ejemplo de la sentencia conforme al resultado de la prueba. En: Gidi. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 105.

<sup>379</sup> Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial...*

<sup>380</sup> Ada Pellegrini Grinover. *Ações coletivas Ibero-América: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, Revista Forense, 2002, p. 5.

Además, tal y como indica Thamay,<sup>381</sup> “A veces, por más que estén legalmente habilitados, determinados órganos o entidades no tienen interés en proteger y pelear por los derechos de algunos ciudadanos (...)”, de forma tal, que como señala Ada Pellegrini Grinover.<sup>382</sup>

“En la actuación del Ministerio Público han aparecido casos concretos en que los intereses defendidos por esta entidad no coinciden con los verdaderos valores sociales del grupo cuyos intereses aquel dice portar en juicio. Así, sin que sea la regla general, no es raro que algunos miembros del Ministerio Público, con excesivo celo, litiguen en juicio como pseudo-defensores de una categoría cuyos verdaderos intereses pueden estar en contraste con el petimento”.

Aunado a lo anterior, la doctrina al analizar las funciones del Ministerio Público en el procedimiento colectivo, observo que si bien este es invitado a participar como fiscal de la ley en las acciones colectivas que él mismo no adelanta, su participación es inocua, si no existe la posibilidad, de constatada una inadecuada representación, ponerla en conocimiento del juzgador para que tome la decisión correspondiente, ante lo cual, debería esta entidad asumir el caso aun cuando no se halle en las condiciones más óptimas.

Más allá, en caso de iniciada una acción colectiva por parte del Ministerio Público, y verificada su ineptitud para adelantarla con probidad “*¿quis cuestiodes ipsos custodes?*”. Pues, “una representación inadecuada perjudica los intereses del grupo, aunque esté cubierta de buena voluntad y de buena fe y bendecida por el poder estatal”.<sup>383</sup>

De manera tal, que sin perjuicio de los demás ejemplos,<sup>384</sup> al observarse las consecuencias de un sistema formado en abstracciones, y sus implicaciones en los derechos

---

<sup>381</sup> Thamay, Rennan. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil...*, p. 175.

<sup>382</sup> Pellegrini, Ada. *Ações Coletivas Ibero-América...*, p. 5.

<sup>383</sup> Gidi, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas...*, p. 146.

<sup>384</sup> Así, Souza manifiesta que hay ocasiones en las que a pesar de constar como ente legitimado las asociaciones, los jueces no las reconocen y prefieren al ministerio público como pretendiente de la causa colectiva, de la siguiente forma: “apesar da previsão de associações como legitimados a propor ações coletivas, como forma de aproximação da sociedade civil com o debate e o contexto decisório de seus direitos coletivos, a realidade aponta para a inexpressividade da atuação destes entes, que quando atuam são rechaçados pelos tribunais, ferindo a isonomia de tratamento ao darem preferência aos entes institucionalizados e com maior reconhecimento, caso do Ministério Público, quando atua como autor em ações coletivas, fazendo com que as associações encontrem dificuldades em face de sua flagrante hipossuficiência em alguns casos”. En: Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial...*

del grupo, se hizo claro para la doctrina brasilera que, aunque los roles del poder judicial en sistemas paralelos, como son el *common law* y el de derecho civil sean distintos y por ende en este último exista recelo a la verificación judicial de la legitimación colectiva, este examen no puede escaparse enteramente de su conocimiento, pues el juez del sistema de derecho civil no debe permanecer impotente a estas situaciones, sobre todo si se apoya en otros medios.<sup>385</sup>

Pues, privilegiar una postura contraria, significaría que “por más clara que sea la ineptitud o la negligencia del representante del grupo durante el desarrollo del proceso colectivo, el juez estará obligado a aceptar pasivamente la situación y a pronunciar sentencia contraria a los legítimos intereses del grupo”.<sup>386</sup> Situación a todas luces adversa a los postulados constitucionales en torno al debido proceso, premisa según la cual, la ausencia de norma expresa respecto al control jurisdiccional de la legitimidad del representante colectivo es irrelevante, pues las normas infra constitucionales (LACP y CDC) se insertan bajo una óptica mucho más amplia, la de la Constitución de 1988, la cual dio rango superior a los derechos colectivos, e incluyó en su cuerpo las acciones de índole colectiva, haciendo mandatoria la observancia de un debido proceso legal colectivo.<sup>387</sup>

Por esta razón, de *lege data* la doctrina en Brasil vislumbró la posibilidad del control judicial sobre la actuación del legitimado colectivo, así conforme a un razonamiento *a contrario sensu* Ada Pellegrini,<sup>388</sup> denoto esta posibilidad, al afirmar que

---

<sup>385</sup> El autor, ejemplifica el caso de una acreditación gubernamental que acredite al menos extra procesalmente la representatividad adecuada de las asociaciones, de tal forma que, al momento del proceso sea el juez quien certifique lo postulado en dicha acreditación. En: Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 79.

<sup>386</sup> Gidi, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas*, p. 143.

<sup>387</sup> *Ibid*, p. 151.

<sup>388</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “O art. 82, § 1o, do Código de Defesa de Consumidor permite ao juiz dispensar a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. A análise atribuída ao juiz no caso concreto, para o reconhecimento da legitimação, está muito próxima do exame da “representatividade adequada”, podendo-se afirmar que, a contrario sensu, o juiz pode negar a referida legitimação, quando entender não presentes os requisitos da adequação. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, após alguma tergiversação, tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses. Este exame, que se faz caso a caso, implica a análise de algo muito próximo à representatividade adequada, dependendo do objeto da demanda ou da quantidade de pessoas envolvidas na causa”. En: Pellegrini, Ada. *Ações coletivas Ibero-América...*, p. 6.

“El artículo 82 art § 1, del Código de defensa del consumidor, permite al juez dispensar a las asociaciones del requisito de pre constituirse con al menos un año, cuando exista manifiesto interés social que se evidencie por la dimensión o características del daño o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido. El análisis atribuido al juez en el caso concreto para el reconocimiento de la legitimación es muy próximo al examen de la “adecuada representación”, pudiéndose afirmar que *a contrario sensu*, el juez puede negar la referida legitimación cuando a su entender no se hallen presentes los requisitos de adecuación. (...)

Por otro lado, la jurisprudencia brasilera, después de alguna tergiversación, tiene afirmada la posición de reconocerle legitimación al ministerio público para la defensa de las acciones en defensa de los derechos individuales homogéneos, solamente en la hipótesis de que el juez reconozca la relevancia social de los referidos intereses. Este examen, que se hace caso a caso implica un análisis muy cercano a la adecuada representación dependiendo del objeto de la demanda o la cantidad de las personas envueltas en la causa.” (Traducción nuestra)

Dicha afirmación, marca la tendencia doctrinaria en Brasil en relación al control jurisdiccional de la legitimación en acciones colectivas, pues tal y como se observa del grueso de la literatura sobre acciones colectivas el tema es tratado conforme a las premisas expuestas.<sup>389</sup> Así según la aseveración de Verri,<sup>390</sup> si bien en Brasil no es común hablar de “adecuada representación” hay situaciones conforme a las cuales dicho instituto es reconocido.

Así, la figura bajo estudio, en Brasil se analiza bajo la óptica de los requisitos propios imbuidos en la propia ley, que permiten al juez a través de un análisis caso por caso consentir la legitimación colectiva. De tal suerte son: los artículos 82 § 1º del CDC y el artículo 5º, inciso V, literal “a” § 4º de la LACP, los cuales, permiten al juez en el caso de las asociaciones pasar por alto el requisito de pre constitución a la incoación de la acción colectiva, siempre que la misma envuelva un manifiesto interés social o por la importancia

---

<sup>389</sup> Esto puede observarse en: Rocha, Kátia. *Ação civil pública: origens, evolução histórica e prospectivas*, p. 96; Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública: limites*, p. 71; Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial...*; Tolomei, Fernand y Souza Gelson. *Apontamentos sobre ações coletivas no direito brasileiro*; Cerqueira, Marcelo. *O controle judicial da atuação adequada no Processo Coletivo*; Leal, Luciana. *Coisa julgada nas ações coletivas*, p. 240.

<sup>390</sup> Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública: limites...*, p. 71.

del bien jurídico, y paralelamente permiten la tutela de intereses individuales homogéneos por parte del Ministerio Público siempre que se halle envuelta una “relevancia social”.<sup>391</sup>

Siguiendo a Verri,<sup>392</sup> será la “repercusión social” el faro que conduzca al juez en el análisis de la legitimación, pues a través de aquel este podrá “seleccionar las hipótesis merecedoras de énfasis en el ámbito nacional, situaciones que realmente hagan cambiar la vida de millones de personas”, así en plena referencia a las teorías sobre la actuación referidas en líneas anteriores, se indica que el juez, podrá constatar la existencia de la adecuada representación en los casos concretos respecto de las asociaciones, cuando verificada su pertinencia temática al momento de otorgar legitimación denote una hipótesis de relevancia social,<sup>393</sup> de la misma manera, al analizar la pertinencia temática entre el objeto de la demanda iniciada por Ministerio Público, halle coincidencia con la pretensión del grupo.

Como se observa, desde el polo doctrinario la existencia del control jurisdiccional sobre la legitimación colectiva, es casi unánime, lo que ha conllevado a que los tribunales comenzaran – aunque tímidamente – a dar relieve a dicha figura. Así, el Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, rechazó un recurso de apelación en contra de una providencia que desestimaba la legitimación de una asociación, cuyo objeto era la protección de los derechos del consumidor, por establecerse su inadecuación al cobrar una cuota (tasa de inscripción) a sus miembros para el adelantamiento de la acción civil pública.<sup>394</sup>

En esa dirección, en apelación civil,<sup>395</sup> conocida por la “sección primera civil” del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, promovida por una asociación en contra de una tabacalera, se afirmó que:

---

<sup>391</sup> Se toman estos dos ejemplos por ser recurrentes en la doctrina, más en lo que refiere a los demás entes legitimados enlistados en la LACP y el CDC, también hay manifestaciones de control judicial, basados también en criterios de relevancia social y pertinencia temática, para una mayor explicación puede verse en: Rocha, Kátia. *Ação civil pública: origens, evolução histórica e prospectivas*, pp. 97-100.

<sup>392</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “(...) selecionar as hipóteses merecedoras de ênfase no âmbito nacional, situações que realmente faça mudar a vida de milhões de pessoas“. En: Verri, Marina. *Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública: limites*, p. 71.

<sup>393</sup> Ibid.

<sup>394</sup> Apelação Cível no 02809/2003, relator: Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 14.10.05. Citada por Silva Noya, "Representatividade E Atuação Adequada Nas Ações Coletivas", p. 131.

<sup>395</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Teritórios, Primeira Turma Cível, No. 2006 01 1 035946-5, Apelação Cível, Relator: Desembargador Flavio Rostirola.

“1. Aunque el control de la representatividad adecuada con carácter ope legis y de forma objetiva, se verifica que el sistema se ajusta más a una discrecionalidad judicial. El modelo de derecho comparado, que atribuye al juez el control de la “*representatividad adecuada*” (Estados Unidos de América, Código Modelo para Iberoamérica, Uruguay y Argentina) puede ser tranquilamente adoptado en Brasil, en ausencia de norma que lo impida.

2. La representatividad adecuada es un concepto jurídicamente indeterminado, abierto, por lo tanto, debe ser integrado en caso concreto por el convencimiento fundado del juez de acuerdo con la finalidad de la Ley. Existen datos sensibles que caracterizan a la representatividad idónea o adecuada. Según la doctrina, esos datos son: la credibilidad, la seriedad, el conocimiento técnico-científico, la capacidad económica y, la posibilidad de producir una defensa procesal válida”<sup>396</sup> (traducción nuestra)

Conforme a todo lo anterior, resulta palpable la existencia de la representatividad adecuada en Brasil. Ahora bien, en aras de tener una visión más completa sobre el instituto en dicho país, se extenderán unas breves líneas en cuanto a los efectos de su desaparición.

### **3. La representatividad adecuada - Consecuencias ante su ausencia.**

La naturaleza jurídica de la figura en comento, determina las consecuencias en caso de su desaparición. En ese sentido, como se reseñó en acápite anterior la doctrina mayoritaria en torno a la legitimación colectiva, acepta que aquella adopta el ropaje de la *legitimación extraordinaria por sustitución procesal*, lo cual de suyo apareja su naturaleza como condición de la acción,<sup>397</sup> esto pues, conforme señala el código procesal civil brasileiro, el derecho de acción posee unos elementos que le dan vía libre a la pretensión

---

<sup>396</sup> El texto original en portugués, es el siguiente: “1.Nada obstante o controle judicial sobre a representatividade adequada se opere ope legis e de forma objetiva, verifica-se que o sistema se ajusta mais a uma discricionariedade judicial. O modelo do direito comparado, que atribui ao juiz o controle da “representatividade adequada” (Estados Unidos da América, Código Modelo para Ibero-América, Uruguai e Argentina) pode ser tranquilamente adotado no Brasil, na ausência de norma impeditiva.

2. A Representação Adequada é um conceito juridicamente indeterminado, aberto, portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz de acordo com a finalidade da Lei. Existem dados sensíveis que caracterizariam a representatividade idónea e adequada. Segundo a doutrina, esses dados são: a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida.

<sup>397</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 97; Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial...*

para su conocimiento por parte de la jurisdicción, dentro de los cuales se haya la legitimación en la causa.<sup>398</sup>

Así, ante su ausencia, según el mismo estatuto se proscribe la continuación de la relación procesal sin decisión sobre el mérito.<sup>399</sup> Claro está, conforme a la doctrina, la extinción del proceso sin decisión meritoria no es indefectible y fatalmente la consecuencia ante la ausencia de legitimación en la causa (representatividad adecuada), pues ella, dependerá del momento en que se analice.<sup>400</sup>

Claro está, dicha previsión se aplica inexorablemente en litigio individual, más sus consecuencias deberán ser atemperadas en litigios colectivos. Así pues, en materia de procesos colectivos, ante la falta de adecuada representación entendida como condición de la acción deberá el juez declarar la ilegitimidad de tal<sup>401</sup> y, aplicar el régimen relativo a las nulidades procesales.<sup>402</sup>

Ahora bien, para quienes entienden que la legitimación colectiva (adecuada representación) no es una condición de la acción sino un presupuesto procesal, la consecuencia será diametralmente distinta, pues estos, al entender que en el proceso se haya

---

<sup>398</sup> Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

<sup>399</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

<sup>400</sup> Momento em que devem estar preenchidas as condições da ação. Não só para propor ou contestar ação, mas também para ter direito a obter sentença de mérito (favorável ou desfavorável) é necessária a presença das condições da ação (legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido – CPC 267 VI) no momento da prolação da sentença. Se faltantes quando da propositura, mas completadas no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito (Liebman. *Manuale*, n. 74, p. 144; JTACivSP 47/150, 39/357; *Just.* 94/264, 92/451); presentes quando do ajuizamento mas ausentes posteriormente, dá-se a carência (CPC 301 X), devendo o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito (RT 489/143; JTACivSP 106/391; RP 33/239; Nery, RP 42/201). Caso não existam elementos no processo para que o juiz aprecie as condições da ação na fase de saneamento do processo, poderá fazê-lo quando da prolação da sentença, pois se trata de matéria de ordem pública (RJTJSP 139/181), não sujeita à preclusão. En: Nery Junior Nelson y Nery de Andrade, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 208.

<sup>401</sup> Así, por ejemplo: En Apelação cível. Nº 70056964463 (nº cnj: 0421073-02.2013.8.21.7000), Tribunal de Justiça, estado do rio grande do sul, Desembargador. Paulo Roberto Lessa Franz. En este caso se negó la legitimación activa de una asociación, por considerarse que carecía de representatividad adecuada, al promover una acción civil pública en favor de las víctimas de un incendio, las cuales se encontraban localizadas en una ciudad distinta (Santa María) de aquella en la que la asociación tenía su sede (Sao Paulo). Sumado a que no poseía ninguna filial en dicho lugar. Ante lo cual, el tribunal determinó que la accionante no comportaba el contacto necesario con las víctimas como para garantizar sus intereses.

<sup>402</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 131.

realmente un “sujeto colectivo” y no meramente un “sustituto de derechos ajenos”, al no presentarse aquella, el proceso carece de un elemento de la existencia de la relación procesal “el sujeto”, por lo cual, la relación jurídica nunca se gestó, generando su extinción sin decisión sobre el mérito de la causa.<sup>403</sup>

Resáltese que, aunque en ambos casos, puede derivarse la misma consecuencia, la doctrina ha considerado muy gravosa y perjudicial al desarrollo de los litigios colectivos y al trasfondo constitucional que ellos comportan, la extinción de la causa ante la ausencia de adecuada representación, pues, la teleología de las mismas apareja, el acceso masificado a la justicia, la economía procesal, el debido proceso colectivo y, la participación democrática. De ahí que, conforme a orientaciones político-filosóficas propias e inherentes a este esquema procesal, tales como “la primacía del conocimiento del mérito colectivo”,<sup>404</sup> deben buscarse soluciones más acordes a la tutela de los derechos de los ausentes, como la reducción de la extensión de la cosa juzgada a aquellos sujetos que efectivamente fueron representados o la sustitución del actor colectivo, por otro ente enlistado en el texto legal que asuma con probidad la defensa de la causa colectiva.<sup>405</sup>

Para concluir, con este acápite del escrito, debe ser resaltado que en Brasil, la doctrina no es unívoca en cuanto a la existencia de la adecuada representación, conforme al examen que haga el juez de las situaciones de repercusión social que le permitan asentir en la legitimación colectiva. Pues, según esta parcela doctrinaria, lo que existe hoy en día en Brasil es un examen o control de la legitimidad de carácter mixto, pues en primer lugar es el legislador quien determina los legitimados y los requisitos que deberán llenar en algunos casos para accionar colectivamente y en segundo lugar, al juez corresponde determinar si los mismos se hayan autorizados a proponer la acción colectiva, situación diametralmente distinta de una adecuada representación en su sentido primigenio (*adequacy of representation*), pues, aquí no se analizan aspectos subjetivos tales como, la credibilidad, capacidad financiera, seriedad, histórico en el manejo de acciones colectivas etc.<sup>406</sup>

---

<sup>403</sup> Ídem.

<sup>404</sup> Para una visión más amplia de los “principios del proceso colectivo”. Véase: Thamay, Rennan. *Os Princípios de processo coletivo*, Revista Bonijuris, Volumen 1, 2013.

<sup>405</sup> Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial...*; Gidi, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas..*, p. 146.

<sup>406</sup> Cerqueira, Marcelo. *O controle judicial da atuação adequada no processo...*; Clito Fornaciari. *Representatividade...*, p. 118.

Al llegar a este punto, bien de manera inconsciente o con plena noción de esta última problemática, los códigos modelos de procesos colectivos elaborados no solo para el ámbito brasilero, sino también iberoamericano contemplan expresamente un examen de representación adecuada por parte del juez, con deducción de elementos de corte subjetivo, en consecuencia a continuación se hará una breve referencia al marco de los códigos modelo de procesos colectivos.

### **3.1 Códigos modelo de procesos colectivos – una adecuada representación.**

La innovación, clarificación y unificación de las problemáticas atinentes al derecho procesal colectivo brasilero,<sup>407</sup> llevaron a que se gestaran cuatro códigos modelo cuya teleología fue dar solución a las necesidades y puntos sensibles resaltados por los eruditos en torno a las acciones colectivas. En ese abanico, se hayan el Código Modelo de Proceso Civil Colectivo de Antonio Gidi (CMPCC-AG), el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (CMPCI), el Código Brasileños Procesos Colectivos del Instituto Brasileiro de Derecho Procesal (CBPC-IBDP) y el Código Brasileiro de Procesos Colectivos del programa de posgrado de la Universidad Estatal de Río de Janeiro (CBPC-UERJ).

La exposición detallada, de cada uno de esos instrumentos adjetivos excedería los límites de esta investigación, por ende, con el ánimo de incentivar el posterior estudio de las acciones colectivas en el marco de estos dispositivos se hará una gentil aproximación a la figura, según su regulación en el CMPCC de Antonio Gídi y el CMPCI del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

En el proyecto de Gidi, dentro del cual se puede percibir la influencia norteamericana de las *class actions*, son legitimados colectivos básicamente los mismos sujetos establecidos por la LACP y el CDC, con la diferencia que se exige la pre constitución de las asociaciones por un término de 2 años,<sup>408</sup> dentro de los prerequisites de la acción colectiva se establece claramente que no solo el representante del grupo, sino su

---

<sup>407</sup> Gidi, Antonio. *Rumo a un Código de Processo Civil Coletivo...*, pp. 9-39.

<sup>408</sup> Gidi, Antonio. *The Class Action Code: a model for civil law countries*, Arizona Journal of International and Comparative Law, Volume 33, 2005.

Art. 2. Standing to Bring a Class Action 2. Class actions may be concurrently brought by (potential class representatives): I – the Office of the Attorney General; II – the Union, the States or Provinces, the Municipalities, or the Federal District; III – the entities and agencies of public administration; The Class Action Code 39 IV – non-profit associations legally constituted for at least two (2) years.

abogado deberán representar adecuadamente los intereses de los miembros de la colectividad, para lo cual, entre los distintos factores que deberá analizar el juzgador son V.gr la honestidad, reputación, experiencia, histórico en el manejo de acciones colectivas, capacidad financiera,<sup>409</sup> entre otros,<sup>410</sup> dicho examen se mantiene a lo largo del ciclo vital del proceso.<sup>411</sup> Consecuente con este diapasón, se establece un sistema de notificación adecuada, a efectos de que no solo al momento de trabarse la *Litis*, sino durante todo el curso del proceso se realice a mejor notificación posible a los miembros del grupo, dándoles a conocer los actos procesales que repercutirán en pro o en contra de sus derechos,<sup>412</sup> en el manejo interno de las acciones colectivas se previó, que cualquier legitimado podrá intervenir en cualquier momento y grado de jurisdicción para demostrar la

---

<sup>409</sup> Algunos autores, manifiestan que la inclusión de la “capacidad financiera” como elemento en el examen de la adecuada representación es violatoria del Debido Proceso, en lo que refiere al acceso a la justicia y la gratuidad judicial, esto puede verse en: Ana Paula Ruschel Da Cunha. *A capacidade financeira na representação adequada no projeto de Antonio Gidi*, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ABDPC, 2012, pp. 10-16.

<sup>410</sup> Art. 3. Prerequisites to a Class Action

3. An action shall only be conducted in class form under such conditions:

II – the representative and the class counsel can adequately represent the rights of the class and of the class members

Upon evaluating the adequacy of the representative and the class counsel, the judge shall consider, among other factors: 3.1.1 their competency, honesty, capacity, reputation, and experience; 3.1.2 their past involvement in judicial and extra-judicial protections of class interests; 3.1.3 their conduct and participation in the class suit and in other previous lawsuits; 3.1.4 their financial capacity to maintain the class litigation; and 3.1.5 the duration of the establishment of the organization and its level of representativeness of the class interests.

Art. 9. Class Certification

9. At the end of the pleading phase or at any early phase of the proceeding, after hearing the parties and intervenors, the court, in a reasoned and explained decision:

IV – shall select the most adequate representative to represent the class interests in court.

<sup>411</sup> Gidi, indica que esta función puede entenderse implícitamente de la redacción del artículo tercero, de su Anteproyecto. Esto puede verse en: Gidi, Antonio. *Rumo a un Código de Processo Civil Coletivo...*, p. 77.

<sup>412</sup> Art. 5. Adequate Notice

5. In the initial phase of the class action, the court shall provide, with the assistance of the parties, the best possible notice to the class and its members in light of the circumstances of the specific case.

3.2 In case of groundless abandonment of the class suit or inadequate representation, the court shall give ample notice to the class, and another representative may continue the proceeding.

14.6 If the court considers the proposed settlement satisfactory, it shall provide ample notification to the class and its members about the agreement’s terms. The court shall also set a public hearing date for comment on the adequacy of the proposed settlement.

Art. 16. Class Judgment

16.1 The class and its members shall be broadly and adequately notified of the class judgment, in accordance with the provisions of Article 5

inidónea representación del demandante original .<sup>413</sup>

Finalmente, al determinar las causas regulares y anómalas de terminación del proceso, en cuanto a las primeras, se estableció una extensión de la cosa juzgada irrelevante al resultado del proceso (*pro et contra*) condicionada a que los intereses de los miembros hubieren sido gestionados con probidad durante el curso del proceso, y que la sentencia no negara la pretensión colectiva debido a una insuficiencia probatoria. En relación a las segundas, se previó siguiendo las orientaciones doctrinales brasileras que, en caso de idoneidad del representante deberá el juez notificar al grupo y a los demás legitimados sobre esta situación, para que cualquier otro pueda entrar a sustituirle en el proceso, y en caso de que ninguno tuviera interés en asumir el manejo de la causa, el proceso se extinguirá sin solución sobre el mérito.<sup>414</sup>

En cuanto al CMPCI del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, son muchos los puntos que coinciden con el instrumento atrás comentado, mas también son extensos los tópicos que le merecieron tratamiento diferenciado. De esta forma, en este dispositivo también se reconoce un examen sobre la actuación idónea del representante colectivo, y se establecen factores enunciativos para su estudio por parte del juez los cuales siguieron claramente los derroteros trazados en Brasil, de esta forma en dicho análisis el juez iberoamericano debe tener en cuenta la teórica en relación a los intereses del grupo y su representado, conforme a los lineamientos de “pertinencia temática” reseñados en líneas precedentes,<sup>415</sup> a diferencia del proyecto de Gidi, en este dispositivo la función del juez en

---

<sup>413</sup> Art. 6. Intervention

6. Any potential representative (see Article 2) may intervene in the class proceedings at any time and at any jurisdictional level in order to demonstrate the inadequacy of the representative or to assist the representative in the protection of the class interests.

<sup>414</sup> Art. 3. Prerequisites to a Class Action

3.2 In case of groundless abandonment of the class suit or inadequate representation, the court shall give ample notice to the class, and another representative may continue the proceeding. (See Articles 5 and 6.) In the absence of an adequate representative interested in assuming the in the class action, the judge shall dismiss the class action without prejudice

<sup>415</sup> Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica, Aprobado en Caracas, Venezuela, Octubre de 2004.

Art. 2. Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva:

I – la adecuada representatividad del legitimado;

Art. 3. Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

cuanto a la temporalidad del estudio de la adecuación es expresa.<sup>416</sup> Punto clave de este dispositivo es que convierte al individuo y a los miembros del grupo en actores colectivos el primero para la protección de derechos difusos y los segundos para cualquier tipo de derecho colectivo, lo cual implica que el análisis de la adecuación les será aplicable.<sup>417</sup> Finalmente, en lo que atañe a la cosa juzgada, el CMPCI siguió los lineamientos dados en Brasil a esta temática, difiriendo en cuanto a los límites subjetivos de la misma pues, con independencia de la relación sustancial la extensión será *erga omnes*.<sup>418</sup>

En suma, visto el inicio de las acciones colectivas en Brasil, la consagración de los elementos que la componen, y acariciando el futuro del litigio colectivo, a través de los Códigos Modelo de Acciones Colectivas, es claro, que la preocupación por adoptar un sistema respetuoso de los derechos fundamentales y humanos, de los colectivos sociales que hacen parte en los procesos colectivos es latente. Así, a la representatividad adecuada, como engrane de dicho sistema, se le ha dado relieve por parte de la doctrina y la jurisprudencia, quienes avizorando que los procesos colectivos, trascienden el plano de la ley, por estar insertos en la Constitución, justifican el estudio de dicho recaudo por parte del juez, de forma tal que la sentencia que ponga fin al proceso colectivo cobije a quienes siendo titulares del derecho colectivo, desconocen la existencia del proceso, garantizándoles su derecho fundamental, al debido proceso colectivo.

---

Par. 1°. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Par. 3°. En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley

<sup>416</sup> Art. 2°. Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva:

I – la adecuada representatividad del legitimado;

Par. 3° - El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento (...)

<sup>417</sup> Art. 3 Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I – toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;

II – cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos.

<sup>418</sup> Art. 33.- Cosa juzgada.- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba

## 4. La representatividad adecuada y los procesos colectivos en la Argentina.

### 4.1. Contextualización.

La reforma Constitucional del año 1994, se erige en la Argentina en hecho genitor en cuanto a la tutela colectiva de los derechos transindividuales. El mentado dispositivo, dentro de su contenido consagró novedosas instituciones de orden subjetivo y adjetivo relativos a la tutela judicial masificada, que con el paso del tiempo han florecido y se han desarrollado por virtud de la labor doctrinal y de los tribunales.<sup>419</sup>

A pesar de esto, tal y como señala Verbic, más allá de las bondades alcanzadas hasta el momento en el crecimiento de la tutela jurisdiccional colectiva en la Argentina, dicho sistema “se encuentra aún en desarrollo y crecimiento”.<sup>420</sup>

Conforme a esto, partimos de la premisa que en Argentina los procesos colectivos no encuentran una regulación homogénea, sistemática y unitaria, mas esto, bastante lejos de significar una orfandad en la materia, implica que hoy en día existen algunos dispositivos que regulan aisladamente determinados procesos masificados<sup>421</sup> y, distintos carriles procesales por los que las pretensiones colectivas llegan al conocimiento del poder judicial, así, conforme lo señala Miguel Robledo<sup>422</sup> puede afirmarse que los derechos colectivos en Argentina se regulan por cauces constitucionales (v.gr amparo colectivo, habeas corpus colectivo) así como por causas ordinarios.

En este orden, y siguiendo un diagrama Kelseniano. En primer lugar, en la Constitución de la Nación de 1994, dentro de los artículos 41,<sup>423</sup> 42,<sup>424</sup> 43 y, 86,<sup>425</sup> se

---

<sup>419</sup> Verbic, Francisco. *La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo*, International Journal of Procedural Law, Volume 5 No. 1, 2015, p. 2; Roberto Omar Berizonce. *Procesos colectivos y acciones de clase: Problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada*, en Procesalismo Científico, Tendencias Contemporáneas, Memoria Del Xi Concurso Anual De Capacitación Y Preparación Para Profesores De Derecho Procesal, ed. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 35.

<sup>420</sup> Verbic, Francisco. *Class Actions in Argentina: Standing to sue and adequacy of representation*, Russian Law Journal, Volume 2, N°3, 2014, p. 7.

<sup>421</sup> Giannini, Leandro. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*, Revista de Processo, 2011, p. 2 y ss.

<sup>422</sup> Miguel Robledo. *Los procesos colectivos en Argentina*, Revista Jurídica, 2014, p. 30.

<sup>423</sup> Constitución de la nación Argentina, dada en la sala de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en Santa Fé, a los veintidos días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro. Boletín Oficial del 23 de Agosto de 1994.

prevén figuras de carácter sustancial y procesal que afianzan la tutela colectiva, esto es así, pues consagran “los derechos de incidencia colectiva”,<sup>426</sup> como el medio ambiente sano, la protección de la salud, y los derechos de consumidores y usuarios entre otros. Además de aspectos eminentemente procesales como el *iter* procesal utilizable y la legitimación *ad causam* de los sujetos viables a provocar su actuación judicial.

---

Art. 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

<sup>424</sup> Ibid.

Art. 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios

.La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

<sup>425</sup> Ibid.

Art. 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

<sup>426</sup> Previo a la expedición de la Carta de 1994 en la Argentina, los derechos colectivos no tenían asidero en normales legales, sin embargo, bajo la égida de la anterior constitución (1936), la doctrina ya había comenzado a identificarlos bien en algunas cláusulas constitucionales, o como trasplantes necesarios a la globalización jurídica. Esto puede verse en: Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Tutela procesal de los intereses difusos*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1992, p. 79 y ss; Mabel de los Santos. *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Agosto – Diciembre, 2006, pp. 1y 2.

Como tal, es menester traer a colación el contenido del artículo 43 referido, pues este regula el amparo,<sup>427</sup> en sus facetas individual y colectiva, el cual, en su segundo matiz, como se verá, sirvió de causa para la introducción pretoriana de las acciones de clase.<sup>428</sup> El contenido del dispositivo reseñado es del siguiente tenor:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”<sup>429</sup>.

En segundo lugar, descendiendo a la legislación infra constitucional, nos encontramos con la Ley General del Ambiente (LGA) y la Ley de Defensa Nacional del Consumidor (LDC), las cuales son actos jurídicos de eminente carácter sustancial que regulan las relaciones en el ámbito de su objeto, pero que a su vez contemplan determinadas normas de carácter adjetivo, relativas a la entrada y salida del proceso colectivo,<sup>430</sup> esto es, disposiciones concernientes a la legitimación y la cosa juzgada en las acciones medio ambientales y del consumo, dejando de lado la regulación de aspectos

---

<sup>427</sup> El amparo en el derecho posee distintas acepciones, según se le mire desde una perspectiva sustancial o procesal, en el primer caso se habla de un derecho inalienable que se conserva a un en situaciones de premura, en el segundo caso se refiere a una garantía de naturaleza adjetiva destinada a la reclamación de un perjuicio sufrido. Véase: Gozáini, Osvaldo. *Introducción al derecho procesal constitucional*, Argentina, 2006, p. 149.

<sup>428</sup> Walter Carnota F. *Las acciones de clase: de los Estados Unidos a la Argentina*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2012, pp. 93 – 94; Verbic, Francisco y Oteiza, Eduardo. *La Corte Suprema argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*, Revista do Processo, Mayo de 2010, pp. 3 - 4; Francisco Junyent Bas y M Constanza Garzino. *Apostillas en torno a los procesos colectivos, a propósito de las condiciones del ejercicio de la acción colectiva - Collective Processes Conditions Governing the Class Action*, Revista de la Facultad, 2012, p. 85.

<sup>429</sup> Constitución de la Nación Argentina.

<sup>430</sup> Verbic, Francisco. *Los procesos colectivos en la república Argentina*, Revista Voces en el Fénix, Noviembre, 2013, p. 87.

procedimentales esenciales para el idóneo desarrollo del ciclo vital del proceso colectivo, v.gr el control sobre la probidad en la actuación del representante colectivo.<sup>431</sup>

Así, en la LDC se encuentran disposiciones, relativas a los arreglos (transacciones) en materia colectiva del consumo,<sup>432</sup> el acceso a la justicia,<sup>433</sup> fondos para la recuperación del daño (*fluid recovery*),<sup>434</sup> legitimación y régimen de cosa juzgada. Por su lado la LGA posee en su articulado normas sobre la prueba científica,<sup>435</sup> la cosa juzgada y la legitimación para la postulación judicial de estas causas.

De esta forma, en cuanto a la *res iudicata*, como expresa la doctrina,<sup>436</sup> producto de la dispersión normativa tocante a la regulación de los procesos colectivos, no es posible hallar una respuesta uniforme en este tópico, lo que hace necesario acudir al tratamiento

---

<sup>431</sup> Ibid.

<sup>432</sup> Ley n° 24.240, sancionada el 12 de marzo de 2008, Ley Nacional de Defensa del Consumidor. Boletín Oficial del 15 de Octubre de 1993.

Art. 54. Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia  
Estudio Jurídico [www.puenteyasoc.com.ar](http://www.puenteyasoc.com.ar) <http://www.puenteyasoc.com.ar/> colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. (...)

<sup>433</sup> Art. 53 inc 4. Normas del proceso.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

Art. 55 inc 2.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

<sup>434</sup> Art. 54 inc. 4.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

<sup>435</sup> Art. 33. Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

<sup>436</sup> Giannini, Leandro. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*, pp. 12 - 13.

aislado que le otorgan los distintos cuerpos legales. Por un lado, la LGA<sup>437</sup> contempla un sistema de formación *secundum eventum probationem*, es decir, fundada en la probidad de la actividad probatoria y un límite subjetivo de carácter *erga omnes*. Por otro lado, la LDC<sup>438</sup> contempla un límite personal, de carácter *erga omnes* “frente a todos los usuarios y consumidores que se encuentren en las mismas condiciones”, condicionado a dos requisitos 1) que se acepte la pretensión colectiva; 2) que no se haya hecho uso del derecho de salida (*opt out*), permaneciendo muda la ley en cuanto al supuesto contrario, esto es, el rechazo de la pretensión masificada.<sup>439</sup>

En torno a la legitimación *ad causam*, las leyes mencionadas especifican y amplían el abanico de sujetos previstos por la norma constitucional que pueden postular judicialmente procesos colectivos. Así, la LDC otorga dicha prerrogativa al usuario o consumidor, las asociaciones de usuarios o consumidores, el defensor del pueblo, la autoridad de aplicación local o nacional y el Ministerio Público Fiscal. A su vez se prevé, que este último deberá atender como *custos legis* en las acciones que no hubiere iniciado y continuar con aquellas que fueren desistidas o abandonadas,<sup>440</sup> por su lado la LGA

---

<sup>437</sup> Ley n° 25.675, promulgada parcialmente el 27 de noviembre de 2002, Ley General del Ambiente. Boletín Oficial del 26 de noviembre de 2011.

Art.33. Inc 2.

La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

<sup>438</sup> Ley n° 24.240 de 2008.

Art 54. inc. 3. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

<sup>439</sup> Frente a esta situación, Giannini considera dos posibles interpretaciones, de la siguiente forma: “Para subsanar el defecto de la norma, dos interpretaciones podrían ensayarse: i) una hermenéutica que considere que en caso de rechazo de la demanda, la solución sería la misma que en el de acogimiento (es decir, la vinculatoriedad de la decisión para todos los miembros del grupo, salvo aquellos que hubieran decidido apartarse de la solución grupal ejerciendo el derecho de autoexclusión); y ii) un segundo criterio más “garantista” respecto de los integrantes ausentes del grupo, que considere que en caso de rechazo de la demanda la sentencia no tiene efectos de res judicata a su respecto. En este último supuesto, de todos modos, costaría justificar la existencia del derecho de autoexclusión, ya que difícilmente alguien deseará apartarse de la solución grupal, si sabe que la sentencia desfavorable no le será oponible y que, frente al rechazo de la acción, podrá intentar su reclamo a título individual. La virtualidad del *opt out* parecería quedar reducida, de seguirse esta interpretación, al supuesto de acogimiento parcial de la demanda, dado que en tal caso la sentencia tendría alcances expansivos, pero alguien podrá útilmente autoexcluirse de la litis para lograr un acogimiento total del reclamo. Giannini, Leandro. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*, p. 11.

<sup>440</sup> Ley n° 24.240 de 2008

Art. 52 inc. 2 y 5. Acciones Judiciales.

contempla una disposición de tenor semejante, que además legitima al Estado nacional, provincial o municipal para incoar acciones colectivas medio ambientales.<sup>441</sup>

Ahora bien, como se observa tanto en el cuerpo del texto constitucional como en los cuerpos legales referidos no existe disposición expresa en cuanto al recaudo de la adecuada representación del legitimado colectivo, situación que conllevó en su momento a parte de la doctrina a pregonar que la misma operaba *ope legis*,<sup>442</sup> es decir, que su recaudo ya había sido adelantado por un juicio *a priori* por parte del legislador al otorgar la llave de las causas colectivas a determinados sujetos.<sup>443</sup>

Concluido el introito a los procesos colectivos en la Argentina, se para revista sobre el desarrollo de la representatividad adecuada, a partir del desarrollo jurisprudencial de la

---

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

<sup>441</sup> Ley n° 25.675 de 2002.

Art. 30. Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

<sup>442</sup> Esto puede observarse en: De los Santos, Mabel. *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, p. 3. Además en: Maurino, Gustavo – Sigal, Martín “Halabi”: *la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva*”, SJA 22/4/2009). Quienes afirman que: “La adecuación de estas representaciones está definida por el art. 43 CN., y aceptada por la Ley de Defensa de Consumidor 24240 (...) Las normas mencionadas consagran -a priori- que estos sujetos tienen representatividad suficiente para defender judicialmente los derechos de incidencia colectiva. En el caso de las ONGs la legislación evita la necesidad de análisis jurisdiccional de la representación caso por caso, dada la habilitación legal-administrativa y previa -mediante la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores...”. Citado por: Verbic, Francisco. *Legitimación colectiva de asociaciones de defensa del consumidor: La CSJN ratifica PADEC vs Swiss Medical>(\*FED)*”, publicado el 16 de Marzo de 2014. En: [Classactionargentina.com](http://Classactionargentina.com).

<sup>443</sup> Alguna parte de la doctrina, ha manifestado que el requisito de la representatividad adecuada cabría únicamente respecto del afectado, más no de los legitimados institucionales, entiéndase por aquellos las asociaciones y los organismos públicos, pues, para ambos la ley o la constitución ha determinado los requisitos que han de cumplir para ingresar al proceso colectivo, sin que quepa al juez hacer elucubración al respecto. Sin embargo existen voces que se han pronunciado en contra, diciendo que si bien existe una presunción iuris tantum respecto de la actuación de aquellos, esta no los excusa ni de suyo los convierte en gestores idóneos. Esto puede verse en: Giannini, Leandro. *Los procesos colectivos en la Ley General de Ambiente. Propuestas de reforma*, Año 14, Publicado el 19 de Marzo de 2014, disponible en: <http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6435-los-procesos-colectivos-en-la-ley-general-ambiental-propuestas-de-reforma>.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, su proyección legislativa y posteriormente sus desarrollos en provincias aisladas.

### **5. La causa “Halabi” y la representatividad adecuada.**

Consecuencia de un activismo judicial, aunado a determinadas inclinaciones sociales e institucionales,<sup>444</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), sin perjuicio de haberse pronunciado con anterioridad sobre aspectos relativos a los procesos colectivos,<sup>445</sup> haciendo uso de un criterio selectivo, para el año 2009 se pronunciaría en el marco de la causa “Halabi”, la cual, conforme lo señala la doctrina marca el punto de partida en el desarrollo progresivo de los procesos colectivos en la Argentina,<sup>446</sup> pues a partir de dicha sentencia la labor legislativa, jurisprudencial y doctrinal con norte a los procesos colectivos crecería exponencialmente, como se verá en las siguientes líneas.

Dicha causa, se gestó por virtud de un amparo iniciado por el abogado Ernesto Halabi en contra de la denominada “Ley espía” y su correspondiente decreto reglamentario,<sup>447</sup> las cuales facultaban a las compañías prestadoras del servicio de telecomunicaciones para grabar las comunicaciones telefónicas y por internet de los usuarios dentro del territorio nacional con miras a ser remitidas al Ministerio Público con el ánimo de mitigar el flagelo de la delincuencia. El letrado promovió el mentado amparo con

---

<sup>444</sup> Carnota F, Walter. *Las acciones de clase: de los Estados Unidos a la Argentina*, p. 98.

<sup>445</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), se pronunció con anterioridad a Halabi sobre aspectos colectivos dentro de determinados procesos, tales como la legitimación procesal y, los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos. Esto puede verse en: Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus, (9 de Febrero de 2004); Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/ Estado Nacional y otros S/ Daños y Perjuicios, daños derivados de la contaminación ambiental del río matanza - Riachuelo, 8 de julio de 2008; Ekmekdjian Miguel A. C. Sofovich, Gerardo y otro, 7 de julio de 1992; Recurso de Hecho; Asociacion Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos C/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados S /Amparo, 10 de febrero de 2015; Kattan, Alberto E y otro C. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo, 10 de mayo de 1983.

<sup>446</sup> Verbic, Francisco. *Adequacy of representation in Argentina: Federal Supreme Court's case law, bills pending before Congress and the preliminary draft of a new civil code*, Civil Procedure Review, Diciembre, 2012, pp. 48 – 54; *Class actions in Argentina: standing to sue and adequacy of representation*, pp. 19 – 20; Leandro Giannini, Leandro Safi K y Francisco Verbic. *Procesos colectivos y acciones de clase (a propósito del fallo de la CSJN en el caso "Halabi")*, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Junio de 2009, p. 2.

<sup>447</sup> Ley 25.873, modificase la Ley 19.978 en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público. Boletín Oficial del 9 de Febrero del 2004; Decreto 1563 de 2004. Boletín Oficial 30523 el 9 de noviembre de 2004.

el ánimo de que se declarase la inconstitucionalidad de dichas normas por atentar contra sus derechos a la intimidad y la privacidad en su calidad de usuario aunado a su derecho a la confidencialidad como abogado.<sup>448</sup>

Así, tanto en primera como en segunda instancia, se hizo lugar a la pretensión de inconstitucionalidad, determinándose en esta última que la situación llevada a conocimiento por el actor a la luz de la Constitución de 1994 revestía un claro cariz colectivo, cuyo proveído final como es natural debía aprovechar a todos los sujetos que se hallaren en la misma situación y que no hubieren participado del juicio.<sup>449</sup> Frente a esto, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal limitando su inconformidad frente al efecto *erga omnes* otorgado a la sentencia por el tribunal de segunda instancia, arguyendo eminentemente una cuestión de legitimación. Llegado el asunto ante la CSJN, el máximo tribunal de la nación confirmó el fallo apelado dándole la razón al letrado.

Así pues, sin dejar de lado el efecto benéfico que la decisión procuró sobre los millones de usuarios de telecomunicaciones en la Argentina, tal y como afirma Verbic, las bondades de Halabi en el campo de la tutela colectiva son tres. En primer lugar, definió los alcances de la normativa constitucional tocante a los “derechos de incidencia colectiva”, culminando con las discusiones doctrinales en ese sentido.<sup>450</sup> En segundo lugar, definió los requisitos de procedencia de la acción colectiva por derechos individuales homogéneos (acción de clase) y, en tercer lugar estableció los requisitos de admisibilidad de toda acción colectiva, dentro de los cuales sé haya el estudio de la adecuada representación de quien asume la causa colectiva.<sup>451</sup>

En cuanto al primer rubro, la CSJN determinó que constitucionalmente hallan asidero tres categorías de derechos a ser justiciables y que a cada una de ellas corresponden su elenco de legitimados. Así, se hallan los derechos individuales, y los derechos de incidencia colectiva que para el caso argentino, contemplan tanto los derechos de

---

<sup>448</sup> Halabi, Ernesto C/ P.E.N - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 S/ Amparo Ley 16.986., (24 de Febrero de 2009). Considerando N°1.

<sup>449</sup> Ibid. Considerando N°4

<sup>450</sup> Previo a que la Corte se pronunciara se en la causa Halabi, en la Argentina no existía consenso sobre los derechos de incidencia colectiva, pues, no estaban determinados que derechos se contemplaban en dicha categoría, ni como se componían, frente a lo cual existían multiplicidad de teorías. Esto puede observarse en: Jorge Mario Galdós. *La causa " Halabi" de la Corte Suprema*, Revista Jurídica del Centro, 2011, pp. 4-9.

<sup>451</sup> Verbic, Francisco. *Los procesos colectivos en la república Argentina*, p. 87.

incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos, así como los derechos individuales homogéneos.<sup>452</sup> Fijándose para estos últimos una serie de requisitos a efectos de contenderlos judicialmente,<sup>453</sup> dando paso de esta forma a las denominadas acciones de clase.<sup>454</sup>

Adicionalmente, y ante la mora del legislador en adoptar un cuerpo normativo uniforme para regular los procesos colectivos, el tribunal argentino fijó los parámetros de admisión que rigen toda acción colectiva, al decir que:

“la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (subrayado nuestro)<sup>455</sup>.

Ahora bien, a pesar de que en Halabi la CSJN se pronunció sobre la adecuada representación como requisito de la esencia de las acciones colectivas, siguiendo a la doctrina<sup>456</sup> esta no marco ninguna pauta o parámetro para su evaluación. Pues si bien en el fallo se indicó que “(...) se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones dentro de los que se encuentran los abogados a las que se extenderán los efectos de la sentencia.”<sup>457</sup> Los parámetros utilizados para medir dicho requisito, en poco o en nada se relacionan con la

---

<sup>452</sup> Halabi, Ernesto C/P.E.N - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 S/ Amparo Ley 16.986. Considerandos N° 9, 10, 11.

<sup>453</sup> Ibid. Considerando N°13.

<sup>454</sup> Moreno M Andrés. *La legitimación procesal para las acciones de clase - ¿Quién tiene la llave?*, p. 15. Artículo no publicado.

<sup>455</sup> Halabi, Ernesto C/P.E.N - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 S/ Amparo Ley 16.986.

<sup>456</sup> Verbic, Francisco. *Adequacy of representation in Argentina: Federal Supreme...*, pp. 52- 53 ; *Class actions in Argentina: standing...*, p. 19.

<sup>457</sup> Halabi, Ernesto C/P.E.N - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 S/ Amparo Ley 16.986. Considerando N°14.

idoneidad del representante colectivo,<sup>458</sup> estos son, la existencia en el proceso de *amicus curiae*, audiencias públicas y que el resultado fuera favorable al amparista en las instancias de grado.<sup>459</sup>

Claro está, si bien para el año 2009 la CSJN indicó que, al ser el mentado fallo la primera oportunidad en que se esbozaban los caracteres de las acciones colectivas por derechos individuales homogéneos (acciones de clase), cabía ser menos riguroso en el recaudo de los requisitos propios de las mismas.<sup>460</sup> Dentro del desarrollo jurisprudencial consecuente que toma como precedente a Halabi, la CSJN aún guarda silencio sobre los estándares o criterios interpretativos, que debe llenar quien asume la representación colectiva.

Así, en las causas posteriores a Halabi, la CSJN ha evitado pronunciarse sobre el recaudo de la adecuada representación, limitándose en el caso de las organizaciones del tercer nivel (asociaciones) a recalcar que “el reclamo deducido en autos se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora”,<sup>461</sup> además de ordenar al tribunal de grado que sea este quien deba “supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso”.<sup>462</sup>

---

<sup>458</sup>Ibid. Esto puede verse en el considerando No. 14 cuando se indica que “Para arribar a esta conclusión se tiene en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante esta Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encuentra firme y que el decreto reglamentario 1563/04 ha sido suspendido en su vigencia. Asimismo, se consideran las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, han realizado como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar “las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas” (fs. 215/216 y 235/237). Similares consideraciones fueron realizadas en la audiencia celebrada ante el Tribunal por los oradores de esas dos instituciones (fs. 347/357).

<sup>459</sup> Algunos argumentos en contra de la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pueden verse en: Verbic, Francisco. *La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*, pp. 12-13.

<sup>460</sup> Halabi, Ernesto C/P.E.N - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 S/ Amparo Ley 16.986. Considerando N°14

<sup>461</sup> Verbic, Francisco. *Legitimación colectiva de asociaciones de defensa del consumidor: La CSJN ratifica “PADEC vs Swiss Medical*.

<sup>462</sup> Esto puede observarse en: “*Padec C/ Swiss Medical S.A. Si Nulidad De Cláusulas Contractuales*”.(21 de Agosto de 2013). Considerandos N° 13 y 16; *Unión De Usuarios Y Consumidores C/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - Ley 24.240 Y Otro S/ Ampo Proc. Sumarísimo (Art. 321, Inc. 2°, C.P.C.Y C.)*, (6 de Marzo de 2014). Considerando N° 5; “*Consumidores Financieros Asociación Civil P/ Su Defensa C/ La Meridional Compañía “Argentina De Seguros S.A. S/ Ordinario*, (24 de junio de 2014); “*Consumidores Financieros Asoc. Civil Para Su Defensa C/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. Si Ordinario*”. (24 de junio de 2014).Considerandos N° 5 y 7.

Situación que se mantiene expedida la Acordada No. 32 del 2014, la cual producto de la competencia reglamentaria de la CSJN, tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso en materia de procesos colectivos,<sup>463</sup> a través de aquella se creó el Registro Público de Procesos Colectivos cuyo artículo tercero establece una suerte de etapa de certificación<sup>464</sup> e impone a los jueces de grado la obligación de que previo a dictar el proveído que acepte como colectiva una causa, identifique como idóneo a quien asume su representación,<sup>465</sup> sin marcar ninguna pauta a utilizar por los tribunales de grado.

De tal forma, como manifiesta Giannini “nuestra jurisprudencia no es rica en manifestaciones concretas de control de dicho recaudo, ni surge de los reiterados precedentes existentes en materia de enjuiciamiento grupal, que se haya desarrollado un análisis sistemático de los parámetros idóneos para emprender su control por parte de la judicatura”.<sup>466</sup> Mas lo anterior, alejado de implicar un estancamiento en el tratamiento jurisprudencial relativo a la adecuada representación, ha dado lugar a que tímidamente en otras jurisdicciones a lo largo del país bajo estudio y en ocasiones aisladas, se exija el cumplimiento de dicho recaudo,<sup>467</sup> como se verá en el acápite siguiente.

Por ende, aunque la importancia del recaudo de determinados aspectos de los procesos colectivos haya sido resaltado por la jurisprudencia (v.gr. Un régimen adecuado

---

<sup>463</sup> La determinación de la CSJN de crear el Registro Público de Procesos Colectivos, se dio en el marco de la causa: *Recurso de Hecho Municipalidad de Berazategui C/ Cablevisión S.A.S/ Amparo*, 23 de Septiembre del 2014. Y puede observarse en los considerandos 6 y 7. El cual concluye de la siguiente forma: La existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios. La creación del registro de acciones colectivas se realizará a través de una acordada de este Tribunal.

<sup>464</sup> Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo*, p. 13.

<sup>465</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Acordada N° 32 del 2014*. Expediente N° 5673 de 2014. Art. 3. proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio”.

<sup>466</sup> Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local*, p. 13.

<sup>467</sup> Verbic Francisco. *Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la nación para regular la tutela colectiva de los derechos en la república Argentina*, Revista do Processo, Febrero, 2013, p. 14.

de notificación colectiva, el estudio sobre la idoneidad de la actuación del representante colectivo). El desarrollo de dichos aspectos ha tomado impulso por virtud de la labor doctrinal, quienes han puesto la lupa en su tratamiento diferenciado.<sup>468</sup> Así, en lo que toca a la representatividad adecuada, valiéndose de la experiencia norteamericana en la materia y de lo previsto por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI), se han trazado bases en cuanto a los criterios a analizar por parte del juez, el momento en que debe estudiarse la idoneidad del representante y los efectos ante la desaparición de la adecuada representación.<sup>469</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el requisito que compete a estas líneas, se ha tratado con una mayor cortedad que otras temáticas de los procesos colectivos. Pues, aparentemente la

---

<sup>468</sup> Así, temas como la notificación en procesos colectivos, el régimen de medidas cautelares, el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias y el régimen de pruebas científicas, se han puesto de presente por la doctrina, tal y como puede verse en: Caren Kalafatich y Francisco Verbic. *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Noviembre 2015; Verbic, Francisco. *Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación; Prueba científica en los procesos colectivos - Importancia de la publicidad y el contradictorio durante su producción. Algunas ideas para dotar al juez de mayores elementos de juicio a la hora de su valoración*; Giannini, Leandro. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*; Francisco Verbic y Matías Sucunza. *Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias*, ed. Augusto M. – SOSA MORELLO, Gualberto L. – BERIZONCE, Roberto O., Cuarta Edición ed., Códigos Procesales En Lo Civil Y Comercial De La Provincia D Buenos Aires Y La Nación. Comentados Y Anotados (2016).

<sup>469</sup> Así, frente a los criterios a ser valorados por parte del juez, se ha determinado que dentro de las opciones posibles, existe, una completa discreción judicial en la materia de un lado o una formula rígida enclavada en un texto legal que contemple un listado a ser acreditado por el legitimado colectivo, por otro. Conviene más en caso de adoptarse por medio de una ley, inclinarse hacia unas formulas de enunciación amplia y flexible de estos factores, que dejen espacio a cierta discreción del juez, caso por caso. Garantizando un grado de seguridad jurídica tanto para las partes, abogados y jueces. Frente al momento en que ha de analizarse la adecuada representación, la doctrina es enfática en pregonar por un estudio preliminar y temprano de dicho recaudo, tal y como lo prevén la FRCP 23 y el CMPCI, sin que dicha decisión cause *estado*, esto es, que durante el curso del proceso tanto las partes como el juez e inclusive los demás legitimados, puedan solicitar su revisión por alteración de las circunstancias en las que se fundó. Finalmente, frente al desaparecimiento del requisito de la adecuada representación, bien de forma inicial, esto es, cuando al inicio del proceso no se acredita dicho recaudo, o bien sobrevinientemente, la medida a seguir es notificar al Ministerio público y a los demás legitimados para que estos asuman la gestión de la causa. Esto puede observarse en: José Ovalle Favela. *Legitimación en las acciones colectivas, Standing in Collective Actions*, en Boletín Mexicano De Derecho Comparado, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 1058 -1064; Giannini, Leandro. *Los procesos colectivos en la ley general de ambiente. Propuestas de reforma*; Giannini, Leandro. *La representatividad adecuada en los procesos colectivos*, en Procesos Colectivos, ed. Eduardo Oteiza (Coord.), Santa Fé –Argentina, Rubinzal- Culzoni, 2006, pp. 5 -11; Verbic Francisco y Oteiza, Eduardo. *La Corte Suprema argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*, pp. 2- 15; Verbic, Francisco. *La representatividad adecuada en las class actions nortemamericanas*, Revista de Derecho Comercial Abeledo Perrot, 2008, pp. 9 -13.

marcada tradición legalista de los operadores jurídicos, hace que no se le dé el necesario relieve a la adecuada representación, ante la ausencia de una norma expresa que reglamente su estudio.<sup>470</sup> Con todo, frente a la adecuada representación la doctrina ha puesto de presente la mandatoriedad de su estudio de *lege data*, como resguardo a la garantía del derecho de defensa de los miembros ausentes del grupo, a quienes pudiera afectar tanto la conducta del representante, así como el régimen de la cosa juzgada, aún en presencia del vacío legal correspondiente, sin perjuicio de su imperiosa necesidad de regulación posterior (*lege ferenda*).<sup>471</sup>

Así, con posterioridad a Halabi, la labor legislativa en búsqueda de la relegitimación social se acrecentó en la Argentina, pues varios proyectos de ley con miras a la regulación de las acciones de clase fueron presentados en el foro legislativo nacional,<sup>472</sup> consecuentemente, cuando menos penden ante este escenario diez trabajos relativos a la temática.

Los referidos proyectos de Ley se hallan distribuidos tanto en el Senado<sup>473</sup> como en la Cámara de Diputados<sup>474</sup> y, sin merma de lo benigno de las iniciativas en ese sentido, como prever una etapa de certificación. Tal y como afirma Verbic, los mismos son susceptibles de las más diversas críticas,<sup>475</sup> de entre las cuales en lo que respecta a estas líneas, se observa que algunos proyectos no regulan el requisito de la adecuada representación,<sup>476</sup> o contienen previsiones que muy poco o en nada se relacionan con este requisito, o finalmente lo contemplan pero no otorgan parámetros para la evaluación de este

---

<sup>470</sup> Giannini, Leandro. *Transacción y mediación en los procesos colectivos...*, p. 13.

<sup>471</sup> Ibid, pp. 2-8; Giannini, Leandro. *La representatividad adecuada en los procesos colectivos*, p. 11-14.

<sup>472</sup> Verbic, Francisco. *Adequacy of representation in Argentina: federal...*, p. 54.

<sup>473</sup> *Régimen legal para las acciones de clase*, N° S -1045/11; N° S-018/11; N° S-3396/10.

<sup>474</sup> N° 0585-D-2016; *Régimen legal para la acción de clase*, N° 4527-D-2015; *Acción de clase*, N° 6158-D-2015; N° 1045-D-2014; *Proyecto de Ley de acción de clase*, N° 0538-D-2013; *Acciones de clase: régimen*, N° 2748-D-2012; *Proyecto de Ley de acción de clase*, N° 4033-D-2011; *Acciones de clase*, N° 5996-D-2010.

<sup>475</sup> Los cuales pueden observarse en: Verbic, Francisco. *Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso*, pp. 12 y ss.

<sup>476</sup> N° S-3396/10.

Art. 3. Para la procedencia de la acción de clase el tribunal interviniente, previo a ordenar el traslado de la demanda, resolverá en forma fundada:

(ii) las características esenciales de la clase y su representante

requisito formal de admisibilidad de las acciones colectivas.<sup>477</sup>

De tal forma, en algunos proyectos se confunden a el representante de la clase con su correspondiente abogado y, se regulan la elección del representante a través de los más diversos procedimientos, como por ejemplo, un sistema de votación entre candidatos previamente postulados (miembros de la clase, abogados, apoderado), donde quien obtenga la mayoría será elegido representante,<sup>478</sup> o un sistema fundado en la cantidad de poderes

---

<sup>477</sup> Esto puede observarse entre otros en: N° 6158-D-2015, N° 0585-D-2016; N° 4033-D-2011. El Único proyecto que además de incluir la adecuada representación como requisito formal de las acciones colectivas, prevé algunos parámetros para su evaluación es el N° 2748-D-2012, el cual dispone lo siguiente :

Art.7. Requisitos de admisibilidad.- A fin de admitir el trámite de una acción bajo esta ley, el juez deberá verificar que se cumplan la totalidad de los siguientes requisitos de admisibilidad:

9. Que se cumplan los requisitos de representatividad adecuada conforme el artículo 10 de la presente ley.

Art. 10. Representatividad adecuada.- Los representantes de la clase y sus letrados deberán proteger en forma justa y apropiada los intereses de toda la clase.

En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá considerar al menos:

- 1) El reclamo del representante de la clase debe tener origen en circunstancias fácticas que son típicas de la clase.
- 2) El representante de la clase deberá representar los intereses de la clase en forma justa y con máxima diligencia utilizando todos los recursos a su alcance.
- 3) Los antecedentes y la experiencia de los abogados que invocan la representación y/o el patrocinio letrado de la clase.

El juez deberá controlar que el requisito de la representatividad adecuada se mantenga durante todo el proceso y podrá requerir de oficio la incorporación de los elementos de juicio que considere necesarios para este fin.

<sup>478</sup> Esto se puede observar en el proyecto N° S-204/11, el cual dispone que:

Art.19. Producida la certificación, el Magistrado interviniente resolverá:

b) La admisión o rechazo de las presentaciones de quienes requirieran su inclusión como integrantes de la clase. Cuando se dispusiere el rechazo, que deberá realizarse por resolución fundada, se consignará especialmente en la resolución que la sentencia a dictarse en el proceso resultará inoponible al solicitante no admitido.-

c) La convocatoria a todos aquellos que hubieran sido admitidos, a una audiencia en la que se realizará la Junta de Clase, que se llevará a cabo dentro de un plazo no mayor a quince (15) días de la fecha de este pronunciamiento, a los fines de la elección del representante judicial definitivo de la clase.

Art. 22. Hasta cinco (5) días antes de la celebración de la junta, quienes hubieran sido admitidos en los términos del artículo 19, inciso b) y fueran abogados o procuradores, así como los letrados patrocinantes o apoderados de aquellos, podrán presentarse ante el Tribunal solicitando ser designados representantes definitivos de la clase.-

Art. 27. Realizadas las deliberaciones que el Magistrado estime conducentes, se procederá a la designación del representante definitivo de la clase que recaerá en el postulante que recibiere la mayor cantidad de votos de los integrantes de la clase presentes en la Junta. (...). Además en el Proyecto N° S0081/11, cuyas previsiones en la materia disponen lo siguiente :

Art. 3. Requisitos previos de una acción de clase. Uno o más miembros de una clase podrán demandar o ser demandados como parte representantes de la clase si:

4. Las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada.

que ostente el abogado.<sup>479</sup>

Adicionalmente y para concluir con este acápite, vale traer a colación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, el cual, en su versión original, contemplaba previsiones relevantes para la tutela colectiva de los derechos, dentro de los cuales se destaca, la imposición legislativa del requisito de la adecuada representación como requisito formal de admisión de las acciones colectivas por daños, y contemplaba estándares apropiados para su valoración por parte del poder judicial.<sup>480</sup> Más, dicha

---

Art. 8. Elección del representante. En la audiencia se tomará conocimiento de todos los integrantes que conformarán la clase y se designará a un representante definitivo de la clase. La elección del representante se hará por medio de una votación, y el integrante que obtenga mayor número de votos será el encargado de representar a la clase. En caso de empate se realizará una segunda votación, en el mismo acto, entre los dos integrantes que hubiesen obtenido más cantidad de votos. Será requisito para ejercer la representación que el integrante fuera abogado, o un letrado latrocinante o apoderado de cualquiera de ellos.

Además en el proyecto N°4527-D-2015, el cual dispone que:

Art. 3. Requisitos. La acción de clase tiene por finalidad facilitar el acceso a la justicia mediante la acumulación en un solo procedimiento, y para que esto pueda darse es necesario reunir los siguientes requisitos:

d) La adecuada representación de todo el grupo a lo largo de la controversia, de manera tal de brindar mayor seguridad jurídica a la clase.

Art. 6. Audiencia. Elección del representante. Será celebrada una audiencia a los 10 días de haber sido acogida la demanda, de modo que se tome conocimiento de todos los integrantes que conforman la clase. En dicha audiencia, quienes se consideren lesionados en su derecho deberán presentar toda prueba, instrumentos, documentos y/o cualquier tipo de elementos que permitan acreditar sumariamente su pertenencia al grupo afectado.

Además, se designará al representante definitivo. El mismo será elegido por mayoría simple entre los miembros que integran la clase. En caso de empate se realizará una segunda votación entre los dos integrantes que hubiese tenido la mayor cantidad de votos.

La representación deberá ser ejercida por un abogado. En caso de que ningún miembro de la clase accionante lo sea, la representación de la misma deberá contar, a su vez, con el patrocinio letrado de un profesional.

<sup>479</sup> Esto se puede observar en el proyecto N° S -1045/11, el cual preve que:

Art. 14. Designación.

El juez designará en la audiencia fijada por el artículo 7º, como representante de la clase al abogado o grupo de abogados, que acredite, o acrediten, ser mandatario o mandatarios de la mayor cantidad de integrantes de la clase.

<sup>480</sup> En: Verbic, Francisco. *Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el código civil y comercial para la República Argentina*, en Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos Relevantes. Análisis Doctrinario, ed. Ed. ERREPAR, Buenos Aires – Argentina, 2015, p. 8.

Decreto n° 191 de 2011.

Art. 1747. Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los

previsión entre otras, fueron eliminadas por parte del Poder Ejecutivo Nacional, en la versión que fue entregada al Congreso con lo cual se perdió una valiosa oportunidad para la incorporación de reglas claras de diálogo en los debates de naturaleza colectiva.<sup>481</sup>

Habiendo visto el desarrollo y manejo que ha tenido la institución de la adecuada representación en el escenario federal argentino, haré unas breves menciones al tratamiento que el mismo ha recibido en algunos ordenamientos provinciales.

### **5.1. La representatividad adecuada – Desarrollos provinciales.**

El poder judicial no puede permanecer pasivo ante la inadecuada actividad de los legitimados colectivos, que repercute negativamente sobre los derechos de las partes ausentes al proceso colectivo, de tal forma, las distintas jurisdicciones deben ante el apremio de tal situación adecuar “resortes idóneos” que garanticen la efectividad de las instituciones procesales y el resguardo del debido proceso,<sup>482</sup> es así, como en varios órdenes provinciales ante la ausencia de una regulación y/o tratamiento federal de los procesos colectivos *in genere* y de la adecuada representación en particular, se ha dado luz a estos tópicos en cuerpos legales o experiencia jurisprudencial.

Siguiendo dicha línea de pensamiento, vale la pena recordar que Argentina acoge la doctrina del federalismo, y como tal se divide en 23 provincias a la que se suma la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,<sup>483</sup> por lo cual, excedería el alcance de este escrito el analizar el tratamiento que a las causas colectivas se le ha otorgado en cada uno de los órdenes provinciales. De tal forma que, se harán unas breves referencias a cuatro provincias en las cuales se hallan vigentes o en trámite normas procesales de orden colectivo, estas son, la provincia de Tucumán, Buenos Aires, Corrientes y Salta.

En Tucumán las pretensiones de naturaleza colectiva se ventilan por la vía del

---

procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.

<sup>481</sup> Ibid, pp. 5-6.

<sup>482</sup> Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - una experiencia local...*, pp. 8-9.

<sup>483</sup> Constitución de la Nación Argentina.

Art. 1. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

amparo, el cual, haya un título especial dentro del Código Procesal Constitucional, cuyo contenido, equivalente al previsto en las leyes de orden nacional contempla un elenco de sujetos legitimados, a la par que unas funciones como fiscal de la ley a cargo del Ministerio Público, más prevé un examen, caso por caso, a cargo del Tribunal en aras de otorgar legitimación a las asociaciones, dentro del cual, se analizan algunas cuestiones relativas a la representatividad.<sup>484485</sup>

En la provincia de Buenos Aires, al igual que en el caso anterior algunas pretensiones colectivas se regulan por la vía del amparo,<sup>486</sup> más el recaudo de la representación adecuada es tratado de forma mucho más diáfana, pues el texto legal contempla el requisito para las demandas que involucren derechos individuales homogéneos y establece algunas pautas para su evaluación de la siguiente forma:

---

<sup>484</sup> Ley n° 6.944 - Texto Consolidado con la Ley n° 8049- Código Procesal Constitucional. Boletín Oficial 24481 del 8 de Marzo de 1999, Tucumán – Argentina.

Art. 78. Legitimación activa. El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, que sean representativas de la comunidad, registradas conforme lo establece la ley, con exclusión de cualquier otro sujeto, están indistintamente legitimados para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley. Las demás personas pueden denunciar ante el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo, los hechos que permitan articular la acción reglamentada. El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actúa obligatoriamente en defensa del interés público. La autoridad pública, una vez evacuado el pedido de informe o vencido el plazo para hacerlo, es representada en lo sucesivo por el Ministerio Público. El Juez puede ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público cuando resulte verosímil la existencia de la privación, perturbación o amenaza al interés colectivo demandado, incluso cuando resuelva denegar legitimación al demandante o éste no cumpliera con la carga impuesta en el inciso 1. del párrafo siguiente. (...)

El Tribunal resuelve en cada caso concreto sobre la admisibilidad de la legitimación invocada, considerando prioritariamente el cumplimiento de alguno de los siguientes recaudos: 1. Que la agrupación esté integrada por los sujetos que en forma particular resulten perjudicados por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo, en cuyo caso la acreditación de la personería jurídica del grupo puede efectivizarse dentro del plazo de treinta (30) días a partir de la resolución que le concede la legitimación para obrar. 2. Que la agrupación prevea estatutariamente como finalidad expresa, la defensa del específico tipo o naturaleza del interés colectivo menoscabado. 3. Que la agrupación esté ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo. 4. El número de miembros, antigüedad en su funcionamiento, actividades y programas desarrollados y toda otra circunstancia que refleje la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación, en defensa de los intereses colectivos. (...)

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las entidades legitimadas, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público.

<sup>485</sup> De los Santos, Mabel. *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, p. 3.

<sup>486</sup> Ley n° 13.928, modificada por la Ley 14.192. Boletín Oficial del 11 de Febrero de 2009, Buenos Aires - Argentina.

**ARTICULO 7°:** En el caso de amparos de incidencia colectiva, la demanda tendrá que contener, además de lo establecido en el artículo anterior, la referencia específica de sus efectos comunes.

Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión; el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas.

La representación adecuada del grupo resulta de la precisa identificación del mismo, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, la debida notificación y publicidad del litigio y el planteo de cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo. (Subrayado nuestro)<sup>487</sup>

Sumado a lo anterior la Ley de amparo de Buenos Aires, señala que el juez debe pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción en la primera providencia que se dicte en el proceso,<sup>488</sup> lo que implica que deberá manifestarse en aquella ocasión sobre la adecuada representación del legitimado colectivo haciendo uso de las pautas doctrinales reseñadas.<sup>489</sup>

Seguidamente, en la provincia de Corrientes se halla en trámite ante el Congreso Provincial un proyecto de reforma al Código Procesal Civil Local, dentro del cual se incorporan previsiones en materia de procesos colectivos, para lo cual, como señala Verbic: “se han tomado como modelos seguidos en algunos aspectos: las pautas fijadas por la CSJN en el precedente “Halabi”(2009) y los lineamientos que emergen de la Regla Federal n° 23 de los Estados Unidos de América y del Código Modelo de Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”.<sup>490</sup>

---

<sup>487</sup> Ibid.

<sup>488</sup> Ibid.

Art. 8. El Juez deberá expedirse acerca de la admisibilidad de la acción inmediatamente. Si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el Juez mediante acto fundado la rechazará sin sustanciación alguna, ordenando el archivo de las actuaciones.

En el caso de declarar la admisibilidad de amparos de incidencia colectiva, por cumplirse los extremos requeridos para la misma, el Juez deberá ordenar la inscripción de dicha causa en el Registro especial creado en la presente ley, que informará en el plazo de dos (2) días sobre la existencia de otras acciones que tengan un objeto similar o que estén referidas al mismo derecho o interés colectivo o que alcancen en forma total o parcial al mismo colectivo.

En caso de que del informe surgiere la existencia de otros juicios, la causa se remitirá al Juzgado que previno.

<sup>489</sup> Mirar cita n 441.

<sup>490</sup> Verbic, Francisco. *Anteproyecto sobre acciones colectivas elaborado por la AADP (\*CORR)*, Publicado el 10 de Abril del 2013. La plata – Buenos Aires, Argentina En : [classactionargentina.com](http://classactionargentina.com)

En dicho proyecto, la representación adecuada se establece como requisito de la demanda colectiva<sup>491</sup> y, se prevé que su contralor sea permanente durante el curso del proceso tanto por virtud del juez como de las partes, e inclusive de los demás legitimados, a su vez, se establecen criterios para su determinación haciendo énfasis en su carácter enunciativo y no excluyente. Por otro lado, se determina que dichas pautas son exigibles tanto del legitimado colectivo como de su abogado.<sup>492</sup>

Finalmente, en lo que concierne a la provincia de Salta, el manejo que se le ha dado a la adecuada representación ha sido resaltado por la Doctrina,<sup>493</sup> pues se le ha calificado como uno de los resortes posibles en la búsqueda de instrumentos adecuados para asegurar que la efectividad de los sistemas de enjuiciamiento grupal sea compatible con la garantía

---

<sup>491</sup> Ibid.

Art. 794. Demanda. Contenido:

La demanda colectiva deberá:

c) Acreditar la adecuada representatividad del legitimado.

<sup>492</sup> Ibid.

Art. 796. Representación adecuada.

El Juez controlará la representatividad adecuada de los intereses de los integrantes del grupo por parte del legitimado. Las partes, podrán formular peticiones vinculadas con el ejercicio de la representatividad, en cualquier etapa del proceso. A tal efecto será primordial el resguardo de los derechos de los miembros del grupo que son representados en el proceso.

Para el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá evaluar, de forma no excluyente, los siguientes parámetros:

a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia;

b) los antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo

c) su conducta en otros procesos colectivos

d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda

e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo.

Los recaudos fijados para el control de la adecuada representatividad no serán taxativos y deberán ser analizados en cada caso concreto. Para hacerlo se considerarán las condiciones del legitimado y de sus abogados.

La dirección del proceso quedará a cargo del legitimado extraordinario que reúna los antecedentes suficientes y que esté en mejor situación, de acuerdo al conflicto de que se trate, de efectuar una defensa idónea de los intereses del grupo. Los otros legitimados podrán controlar su actuación, señalar los defectos en la representación y colaborar en el correcto avance del proceso.

Art. 797. Abogados de grupo

El juez se encuentra facultado para designar y remover a los abogados del grupo en base al cumplimiento de los requisitos de la adecuada representatividad.

<sup>493</sup> Maria Victoria Mosmann. *Los procesos colectivos en la Argentina: representatividad adecuada y el rol del Ministerio Público*, Procesos Colectivos, edited by Editorial Cathedra Jurídica. p. 5; Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - una experiencia local...*, p. 9.

del debido proceso. El mentado remedio, de origen jurisprudencial consiste en darle traslado de las demandas colectivas al Ministerio Público Fiscal, con el fin de que este dictamine sobre la idoneidad del legitimado colectivo.<sup>494</sup>

Tal y como señala Mosmann,<sup>495</sup> el examen de dicho recaudo se gestó en un caso paradigmático, donde se dio remisión a la Procuración General para que dictaminara en el marco de un amparo colectivo,<sup>496</sup> a través de dicho dictamen con vocación regulatoria se propuso la implementación de una práctica que hasta el día de hoy se mantiene en la referida provincia, cual es que, se de vista previa a trabarse la Litis a fin de proteger el interés general en todos los procesos colectivos, para así dictaminar sobre la representatividad adecuada, haciendo un aporte a la resolución que habrá de tomar finalmente el Juez.

Así, a modo de ejemplo en un amparo colectivo sobre discriminación por cuestiones de género en el ámbito laboral,<sup>497</sup> se solicitó al tribunal se remitieran los autos de la causa a conocimiento del Procurador General de la Provincia, a efectos de que este dictaminara acerca del “cotejo objetivo de la idoneidad y regularidad técnica de los planteos colectivos, así como el análisis subjetivo vinculado a las aptitudes del legitimado para la gestión, lo que conforma el presupuesto de la representatividad adecuada”.<sup>498</sup>

De tal forma, el examen propuesto en Salta consta de dos etapas, la primera de carácter objetivo relacionada con la pretensión colectiva, y la segunda de corte subjetivo ligado a la persona del legitimado colectivo.<sup>499</sup> En ese orden, de la praxis jurisprudencial se observa que en la primera etapa se analizan cuestiones como 1) la delimitación de la calidad que invoca el legitimado 2) la identificación clara de clase o grupo a representar 2)

---

<sup>494</sup> *Ibíd.*

<sup>495</sup> Mosmann, Maria. *Los procesos colectivos en la Argentina: representatividad adecuada y el rol del Ministerio Público*, p. 8.

<sup>496</sup> El referido fallo es el siguiente: Capel. CC. Salta Sala III, Tomo 2.009: 369, Codelco vs. Municipalidad de Salta, Expte. n° 217.828/08 fallo de fecha 15/04/09.

<sup>497</sup> “*Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación Entre Mujeres Vs. Tadelva S.R.L. Y Otros Amparo*”, Expediente. N° 261.463/ 2.009, 18 de Noviembre de 2009.

<sup>498</sup> Dictamen de la Dra. Adriana María Figueroa, Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, en autos “*Sisnero, Mirta Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante María Sandra; Fundación entre Mujeres c/ Tadelva S.R.L...; Ahynarca S.A; Alto Molino S.R.L.; Ale Hnos. S.R.L.; UTE Lagos SRL y otros s/ Amparo*”, Expte. 261.463, dict. del 5-X-2009. Citado por: Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - una experiencia local...*, p. 9.

<sup>499</sup> Ministerio Público Fiscal de Salta. *Dictámenes*, Revista del Ministerio Público Fiscal de Salta, Noviembre – 2010, p. 17.

la claridad en las pretensiones deducidas 3) lo robusto del material probatorio ofrecido 3) la delimitación del extremo pasivo de la relación jurídica adjetiva.<sup>500</sup>

---

<sup>500</sup> Por ejemplo en: *Pedroza, Santiago Eduardo Vs. Autoridad Metropolitana de Transporte; Sociedad Anónima de Transporte Automotor (Saeta) - Amparo, Expte. N° 529.088/15, 24 de Septiembre de 2015*. Se incoó amparo colectivo por parte de un abogado en contra de una empresa de transporte, pretendiendo la declaración de nulidad de un pedido de incremento del 40% en el valor de los boletos de autobús, solicitado por la referida empresa a la autoridad administrativa de la provincia. Pues, a juicio del amparista dicho aumento en el valor del boleto afectaría al grupo de consumidores habituales del sistema de transporte. En dicha ocasión el juez de la causa desestimo *in limine* la demanda, bajo el entendido de que no había existido adecuada representación por parte del amparista. Toda vez que, del escrito introductorio del proceso se evidenciaban falencias en cuanto: 1) a la calidad que le permitía adelantar la acción, pues el abogado había promovido el amparo en calidad de ciudadano de la provincia de Salta, sin especificar u ofrecer prueba en cuanto a su calidad de usuario del servicio de transporte y por ende su acreditar calidad de *afectado* 2) a la delimitación de la pretensión, pues de la lectura de la demanda se desconocía si el pedido se limitaba al mantenimiento de la legalidad de las tarifas posterior a la declaración de nulidad o si se centraba en la reparación de los perjuicios sufridos por los usuarios a modo de derecho individual homogéneo 3) los hechos de la demanda eran confusos, pues en apartes del escrito el amparista se contradecía en cuanto a la ocurrencia de determinados supuestos 4) en cuanto a la fundamentación jurídica del caso, pues se sustentaba la acción, en normas de carácter constitucional, en previsiones ambientales, e inclusive normativa de otras provincias y países 5) En relación a la prueba, no se ofrecieron medios para sustentar los hechos de la acción ni se indicó que se hallen en poder de terceros 6) tampoco refiere cuál sería el grupo o clase afectado, ni cuál es el daño individual que los usuarios alcanzados por el aumento padecen o padecerían, ni intenta comprender en la acción dicho reclamo. Además en: *Capasso, Francisco Pablo vs. Municipalidad de la Ciudad de Salta y policía de la Provincia de Salta - Amparo, Expte. N° Exp 499.494/14, Mayo 2015*. Se incoó amparo colectivo, a través de patrocinio letrado por parte de un habitante de calle, en contra de autoridades administrativas con la intención de que se prohibiera en la provincia de Salta el uso indiscriminado de pirotecnia, en aras de salvaguardar el derecho a la salud, la vida, la protección del medio ambiente y el derecho a la familia, tanto frente a personas como animales, bienes de uso público y privado. En dicha ocasión, el juez resolvió desestimar la demanda por ausencia de adecuada representación por parte del Señor Capasso, pues del escrito preliminar, se verificaban deficiencias tales que no permitían gestionar más allá el proceso colectivo, pues 1) no existía claridad en cuanto al grupo que se pretendía representar, dado que de la demanda no se podía extraer diáfananamente, si el remedio colectivo se dirigía al grupo de personas que voluntariamente hacen uso de la pirotecnia y pueden resultar lesionados o de las personas que permiten dicha uso (padres o tutores), o de los terceros que involuntariamente resultan afectados por el uso indiscriminado de pirotecnia 2) las pruebas ofrecidas por el amparista se limitaban a recalcar la existencia de la problemática, más no resultaban de utilidad para determinar sus características ni una solución “del modo que exige un proceso judicial de interés público” 3) la acción no se dirigió de forma correcta frente a todas las personas, cuyo efecto cobijaría la eventual sentencia, pues ha debido incluirse en la faz pasiva de la demanda también a las personas que derivan su ingreso de la venta legal de pirotecnia. Otro ejemplo de integración de la Litis como rubro en el examen de la adecuada representación puede verse en: *Zaindemberg, Hugo Ricardo; de San Román, Fernando Santiago; Rivadeo, Graciela y otros vs. Nitratos Austin S.A. – Amparo – Recurso de Apelación, Expte. N° Cjs 36.889/13, 26 de Febrero de 2015*. En donde, ante la Corte Suprema de Justicia de Salta llevo un amparo colectivo promovido por un grupo de personas en calidad de afectados en contra de una empresa de químicos, en la cual, aquellos apelaron la sentencia que les había sido desfavorable en el entendido de que el *a quo* no encontraba cumplidos los requisitos propios del amparo, pues los lamparistas no introducían un agravio en los términos esgrimidos por la CSJN. Así, el recurso de apelación se sustentó bajo el argumento de que el *a quo*, había omitido la pretensión de integrar la Litis, citando como tercero a la provincia de Salta, en

En cuanto a la segunda etapa en la misma se analizan, “(i) que el representante comprenda y asuma la responsabilidad de llevar adelante el caso no sólo por su propio interés sino en beneficio de toda la clase; y (ii) que se mantenga libre de conflictos de intereses con la clase y con sus propios abogados”, para lo cual resulta de utilidad al tribunal los antecedentes de la parte actora.<sup>501</sup>

A modo de conclusión, como se observa, la regulación de un cuerpo sistemático, único, e íntegro de procesos colectivos es una preocupación que atañe a los países que comulgan con la protección del derecho humano al debido proceso. Argentina, no es ajena a esta premisa, pues desde la promulgación de la Carta Constitucional de 1994 con la incorporación de los derechos de incidencia colectiva y sus mecanismos de protección, han surgido innumerables y valiosas aportaciones desde las esferas jurisprudenciales, académicas y legislativas con norte a dotarse de un cuerpo de procesos colectivos.

Así, en lo que atañe a la adecuada representación, el sistema argentino desde la expedición del fallo Halabi, se ha desarrollado, pues se le ha dado relevancia al recaudo de este requisito de las acciones colectivas, a modo de garantizar y justificar constitucionalmente estos procesos, de tal forma que, aún en ausencia de parámetros y/o normas manifiestas las distintas jurisdicciones *motu proprio* han comenzado a analizar dicho recaudo, a fin de garantizar la justicia para los ausentes.

---

aras de que esta se pronunciará sobre el acto administrativo que daba licencia a la empresa Nitratos Austin S.A, para la construcción y operatividad de una planta en dicho territorio. Si bien, en sala se rechazó el recurso de apelación, confirmando la decisión de instancia bajo el entendido de que en sede de instancia los recurrentes omitieron hacer los planteos necesarios en cuanto a la citación de los terceros, en voto disidente de los Dres. Guillermo Félix Díaz y Susana Graciela Kauffman de Martinelli se plantea: “Que en cuanto al análisis del requisito de representatividad adecuada, el mismo debe ser analizado también de conformidad a la actuación procesal concreta de quien se presenta esgrimiendo la calidad de afectado, toda vez que una débil o errónea defensa del interés que comparte con múltiples terceros que no intervienen directamente en el proceso, pueden significar un menoscabo a los derechos de éstos, sin que pueda en definitiva recurrirse al principio procesal dispositivo. Por ello, se justifica que no se haga caer en cabeza de los actores e indirectamente en todos los interesados que no participan en autos y que estarían legitimados para ello, las consecuencias de la omisión de impugnación oportuna a la falta de citación de la Provincia”. Un ejemplo exitoso del examen en mención puede verse en: *Asociación civil usuarios en acción - USAC c/ Banco Santander Río S.A. – sumarísimo o verbal; expte. n° 315379/10*, Procurador General de la Provincia. Dr. Pablo López Viñals en: Ministerio Público Fiscal de Salta. *Dictámenes*, Revista del Ministerio Público Fiscal de Salta, Noviembre- 2010, pp. 14-18.

<sup>501</sup> Ibid, p. 17.

## CAPÍTULO III

### **Debido proceso: del individual al colectivo, una aproximación al juicio justo para las acciones colectivas.**

#### **1. Breve reseña histórica del debido proceso**

La justicia, como idea limitante del poder desmedido y de la venganza, ha existido desde los orígenes de la civilización occidental.<sup>502</sup> Sin embargo, un proceso justo o debido, como concepto relevante para el derecho y con corporeidad real, llega a acariciar levemente el milenio de antigüedad. Y surge, como una conquista de la “civilidad” ante la autocracia y el absolutismo, propios del modelo económico del feudalismo.<sup>503</sup>

Dentro del cual, siguiendo las enseñanzas de Camargo,<sup>504</sup> lo ordinario era la antítesis del debido proceso, esto es, un proceder inadecuado, aplicado por una abigarrada administración de la justicia. Pues, el poder de juzgar, era la forma más eficaz para mantener las relaciones de subordinación y dominación de las masas.<sup>505</sup> En este sentido, el antecedente más remoto del debido proceso, del que se tiene noticia, surge hacia el siglo IX bajo el reinado del Emperador Conrado II de Alemania.<sup>506</sup>

Para aquella época, se promulgo el Edicto No. 46 de Conrado II, acto jurídico calendado con fecha 28 de mayo de 1037, destinado a los feudos y cuyo contenido plasmó de manera novel figuras o garantías, similares a las que contemporáneamente contemplan los textos constitucionales. Dentro de aquel, se previó que un sujeto sometido a jurisdicción, no podía ser separado de su propiedad, sino por virtud de la ley de la tierra y por el juicio de sus pares. De la siguiente forma:

“En el nombre de la santa e indivisible Trinidad, Conrado, por la gracia de Dios emperador augusto de los Romanos. 1. Es nuestra voluntad que todos los

---

<sup>502</sup> Jorge Eliécer Cardona Jiménez. *Modelo hermenéutico del debido proceso en Colombia*, Revista Estudios de Derecho - Estud. Derecho, junio, 2012, pp. 219-221.

<sup>503</sup> Pedro Pablo Camargo. *El debido proceso*, Sexta Edición ed. Leyer, Colombia, p. 34.

<sup>504</sup> Ibid, p. 35.

<sup>505</sup> Marc, Bloc, “La sociedad feudal”. Citado en: Gustavo Cuello Iriarte. *El debido proceso*, Vniversitas, Julio – Diciembre, 2005, p. 493.

<sup>506</sup> Véase: Ruitember Nunes Pereira, “O princípio do devido processo legal substantivo”. Citado en: Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 42; Maria Rosynete de Oliveira Lima. *Devido processo legal*, Revista CEJ - Conselho da Justiça Federal, Agosto, 1998.

fieles de la santa iglesia de Dios, y los nuestros, presentes y futuros, sepan que para reconciliar los espíritus de nobles y vasallos, y a fin que nos sirvan fielmente con perseverancia y devoción, nosotros y los señores, prescribimos e instituimos severamente que vasallo alguno de obispos, abades, abadesas, marqueses, condes o todos otros, que tienen actualmente o han tenido, y perdido injustamente, hasta el presente, un feudo resultante de nuestros bienes públicos o de propiedad de iglesias, que ninguno de ellos, tanto entre nuestros grandes valvasores, como entre los vasallos, pierda su feudo sin falta cierta y demostrada, salvo en virtud de la constitución de nuestros antepasados y del juicio de sus pares (...).<sup>507</sup>

Paralelamente a aquella disposición y, con casi doscientos años de diferencia, se desarrolló la denominada Gran Carta de la Libertades Inglesa o Carta Magna, señalada por la mayor parte de la doctrina como el punto de partida en el desarrollo del debido proceso.<sup>508</sup> La cual, según la dialéctica histórica, se formó en el seno de una sociedad tradicional y políticamente concentrada en la figura del Rey, dentro del cual, el poder en sus distintas ramas, se aposentaba materialmente.<sup>509</sup>

De forma tal, que más allá de la existencia de un “parlamento” y, un cuerpo de jueces, todas las funciones públicas se movían al designio y voluntad del gobernante, pues, los funcionarios ejecutivos y judiciales eran nombrados, separados y encarcelados deliberadamente por este, al paso, que el parlamento, solo tenía una función asesora del Rey, quien generalmente encabezaba los distintos actos jurídicos.<sup>510</sup>

A pesar de lo anterior, tal y como manifiesta Spooner,<sup>511</sup> aquel magnánimo poder, al menos en una esencia intelectual y divina, hallaba una frontera, en el “*common law*”, el cual, bajo juramento los propios reyes prometían mantener y respetar, aun cuando en la realidad, su acatamiento quedara supeditado a la conveniencia. Ese concepto de “*common law*”, conforme a los autores, era muy vago y multívoco, pues, invocaba términos

---

<sup>507</sup> Robert Boutruche. *Señorio y feudalismo: vínculos de dependencia*, Siglo XXI, 1995, p. 301.

<sup>508</sup> Véase: Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. Tomo I (Buenos Aires: EDIAR sociedad anonima Editores), p. 50; Camargo, Pedro. *El debido proceso*, pp. 34-35; Luis Javier Moreno Ortiz. *Acceso a la justicia*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fé de Bogotá, 2000, pp. 161 -162; Martín Agudelo Ramírez. *Filosofía del derecho procesal*, Segunda Edición ed. Leyer, Colombia, p. 102; Wellington Soares da Costa. *O devido processo legal*. En: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, N° . 92, setembro 2011; Robert Aitken y Marilyn Aitken. *Magna Carta*, Litigation, Volume 35, no. 3, 2008 - 2009, p. 59.

<sup>509</sup> Lysander Spooner. *An essay on the trial by jury*, United States of America, 1852, pp. 20-22.

<sup>510</sup> Tal y como reseña Spooner, para aquella época, las leyes, o actos del gobernante, generalmente iniciaban de la siguiente forma: “The King wills and command”. Esto puede verse en: Ibid.

<sup>511</sup> Ibid.

sinónimos como: *lex angliae*, o *per legem terrae*;<sup>512</sup> este último término, fue utilizado en la versión original de la Gran Carta.

Así, la sociedad inglesa del siglo XI, convulsionada y neurótica, por el gobierno despótico, insidioso y feral<sup>513</sup> del rey Juan Sin Tierra, a través de un grupo de terratenientes o barones ingleses -en representación de los intereses generales del pueblo o simplemente buscando la satisfacción de sus propias inclinaciones del ánimo-<sup>514</sup> y con el amparo de un sector de la iglesia católica, pusieron en marcha desde 1213 hasta 1215, un plan que concluiría el 15 de junio de aquella data, con la limitación a la concepción mirrada del poder del rey, a través de la firma de un singular documento que contemplaba las peticiones de los barones ingleses.<sup>515</sup>

Aquel documento, cuya primigenia versión contenía 63 cláusulas, comportaba un contenido complejo y variopinto, pues, poseía previsiones en materia de pesca, herencias, dote, mandamientos judiciales, vino, propiedad, silvicultura, además de normas relativas a la familia. En lo que a este documento respecta, entre las cláusulas 39 y 40, arropaba los versos que posteriormente se denominarían, debido proceso de ley.<sup>516</sup>

Dicha versión de 1215, cuyo autor permanece ignoto, fue escrita en latín<sup>517</sup> y, su tenor era el siguiente:

---

<sup>512</sup> Los autores han señalado que el concepto “*common law*” en su primigenia acepción, era sinónimo de “*lex terrae o by the law of the land*” y, hacía referencia, no a las leyes injustas de un rey déspota, sino a leyes fundamentales, rudimentarias y antiguas en el reino británico, a una suerte de costumbre antigua. Edward Eberle. *J. Procedural due process: the original understanding*, Constitutional Commentary, volume 4, 1987, p. 340.

<sup>513</sup> De Juan sin Tierra, se afirma que tenía por costumbre la aplicación de penas y medidas altamente crueles e inhumanas, respecto no solo del pueblo sino de su propia familia, tales como, el ahorcamiento y la muerte por hambruna severa. Esto puede verse en: Aitken, Robert y Aitken, Marilyn. *Magna Carta*, p. 59.

<sup>514</sup> Ibid, p. 60.

<sup>515</sup> Ibid, p. 59.

<sup>516</sup> Ibid. Aunque las cláusulas 39 y 40 de la Carta Magna, históricamente se señalan como los versos rudimentarios del debido proceso, hay quienes indican que dentro de la Carta de las Libertades Inglesas existen otros pasajes, que incorporan derechos y garantías procesales, más directas, reales y efectivas, normalmente pasadas por alto. Esto puede verse en: Joshua Tate. *C. The Past, presente, future of Rule of Law Magna Carta and the Fundamental Right to Due Process*, *Frontiers of Law in China*, Volume 11, no. 2 2016, pp. 239-242.

<sup>517</sup> El texto original en latín, era el siguiente: “39. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre. 40. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam*”

“39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

40) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.”<sup>518</sup>

De esta forma, se previó una garantía de las libertades individuales, estableciendo un freno ante el poder y las pasiones del rey, por medio de cláusulas, por virtud de las cuales, los señores feudales, no podían ser objeto de represalias del rey y, de esta forma ser detenidos, encarcelados, separados de sus bienes, su familia o sus derechos, salvo cuando a través de un procedimiento, adelantado por sus pares y, conforme a las leyes de la tierra, se determinara su responsabilidad.<sup>519</sup>

Es decir, en la Carta Magna, por primera vez, se esbozó la idea un proceso justo, como cireneo de las libertades individuales, toda vez, que novelmente se consagró que determinados sujetos bajo jurisdicción, no podían ser objeto de *ius puniendi* (ejecución), a menos que, primero fueran sometidos a juicio y condenados en él. Tal y como lo señala McILwain<sup>520</sup>, al explicar, el sentido de las expresiones “*nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*”:

“Es claro que todas estas expresiones, no refieren a abusos en el curso de un procedimiento judicial, sino a las prácticas reales de atacar a los barones por medio de la fuerza armada y sin ningún tipo de proceso (...”

“No se refiere tanto a una forma o manera de juzgamiento, más bien a una promesa o pacto de no proceder al uso de las armas, sin un juicio previo”<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> Véase: José Luis Soberanes Fernández. *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª Edición ed. Unam, Estudios Jurídicos, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, pp. 171-172. Aunque en la traducción de este libro, a las garantías previstas en la cláusula 39, se les lee aparejadas a la disyuntiva “o”, siguiendo a la más autorizada enseñanza anglosajona, aquellas garantías deben entenderse como un catálogo, no incompatible, sino necesario, puede verse: Spooner, Lysander. *An essay on the trial by jury*, pp. 20 -25.

<sup>519</sup> Spooner, Lysander. *An essay on the trial by jury*, pp. 25- 30; Charles Mcilwain. H. *Due process of law in Magna Carta*, Columbia Law Review, Volume 14, 1914, p. 30.

<sup>520</sup> Mcilwain, Charles. *Due process of law in Magna Carta*, pp. 43 – 47.

<sup>521</sup> El texto original en ingles, es el siguiente: “It is clear that all these expressions refer not to abuses of judicial process, but to the King's practice of attacking his barons by armed force without any process whatsoever (...”.

Con el paso del tiempo, la Carta Magna, como documento académico se concito gran popularidad, en consecuencia, fue editada y traducida múltiples veces, inclusive, la misma fue públicamente proclamada bajo el reinado de Enrique V, Enrique VI y, al redactarse los primeros “códigos” figuraba de forma inicial, era como señalan Aitken y Aitken, la primera ley del reino.<sup>522</sup>

Para 1354, ciento treinta y nueve años después del alumbramiento de la Carta Magna, una edición de la misma en el Estatuto de Westminster, sin razón aparente, tradujo la expresión latina, *per legem terrae*, a *by due process of law*<sup>523</sup>, dando a luz, a la famosa cláusula del debido proceso legal. Aquella disposición versaba así:

“No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law.”<sup>524</sup>

Ahora bien, tal y como se indicó en líneas antecedentes, la Carta Magna, si bien inspiró gran acogida como documento académico, realmente no fue tomada en cuenta, por parte de la aristocracia inglesa, pues esta, aún se desenvolvía bajo la doctrina del “Derecho divino de los reyes” y como tal, no le era concebible, limitar su poder de prosapia celeste, por las exigencias mundanas del pueblo.<sup>525</sup>

Fue hasta la primera década del siglo XVI, cuando de la mano del abogado Sir Edward Coke, que el término *due process of law* y, la Carta Magna florecieron realmente como instrumento ecualizador de los sujetos ante la ley. No solo porque este le daba un tratamiento sinónimo con *by the law of the land*,<sup>526</sup> sino, porque en su labor como vocal de

---

“It does not so much concern itself with the manner of judgment. It is rather a promise not to proceed in arms without any judgment whatever”.

<sup>522</sup> Aitken, Robert y Aitken, Marilyn. *Magna Carta*, p. 60.

<sup>523</sup> Wasserman citando a Meyer, indica que el cambio en la terminología de *per legem terrae*, hacia *due process of law*, ocurrió por obra del rey, quien buscaba introducir procedimientos nuevos en su Consejo. Véase: Rhonda Wasserman. *The history of Due Process*, en *Procedural Due Process: A Reference Guide to the United States Constitution*, ed. Jack Stark, United States of America, Praeger, 2004, p. 2.

<sup>524</sup> Ibid.

<sup>525</sup> Aitken, Robert y Aitken, Marilyn. *Magna Carta*, p. 61.

<sup>526</sup> Ibid; Wasserman, Rhonda. *The History of Due Process*, p. 3; Eberle, Edward. *Procedural due process: the original understanding*, p. 341.

la casa de los comunes, pronunció bajo amenaza de ser declarado traidor, que el rey no está por encima de la ley, sino por debajo de Dios y de aquella, “*sub Deo et lege*”.<sup>527</sup>

Posteriormente, con la migración y asentamiento inglés en América del Norte, aquellos colonos en la nueva tierra, buscaron procurarse los mismos derechos que tenían en su antiguo terruño, esto es, la protección de la Gran Carta.<sup>528</sup>

Al punto que, para 1578, el explorador Sir Humphrey Gilbert, recibió una carta de la reina Isabel I, reconociéndole todos sus derechos a las colonias británicas en territorio americano.<sup>529</sup> De forma tal, que las primeras “constituciones” de origen colonial, *grosso modo*, contemplaban las mismas previsiones que los estatutos de 1215 y su modificación de 1354.<sup>530</sup> Ya desde esta época, se podían observar los rudimentos en la diferenciación entre debido proceso legal procedimental y sustantivo, pues, como señala Wasserman, la concepción de los colonos, en cuanto a esta garantía, iba más allá de la mera existencia de unas salvaguardas procesales, sino, que de una forma más general, se precavía la actividad arbitraria del gobierno.<sup>531</sup>

Seguidamente, al acrecentarse progresivamente las discusiones y desentendimientos con Inglaterra, los abogados americanos usualmente se valieron de la Carta Magna y el debido proceso, para frenar la aplicación, bien temporal o permanentemente de la legislación de ultra mar.<sup>532</sup> A pesar de esto, los primeros intentos de organización política americana, no contemplaron catálogos de derechos o libertades personales en general, como tampoco de debido proceso en particular, esto puede verse en la Declaración de independencia de 1776, los Artículos de la Confederación de 1777 y en la Constitución de los Estados Unidos de 1789.<sup>533</sup>

---

<sup>527</sup> John Orth. *The rule of law*, volume 19, Green Bag, 2016, p. 176.

<sup>528</sup> Wasserman, Rhonda. *The History of Due Process*, p. 3. La doctrina señala que la Carta Magna de 1215, sirvió como norte, punto guía, o inspiración a demás documentos icónicos y hechos históricos, que reafirmaron o depuraron el debido proceso, previsto en aquella. Como lo son: la Petición de Derechos (1628), la Revolución Gloriosa (1688), Ley del Habeas Corpus (1679), *English Bill of Rights* (1689), La Declaración Americana de Independencia (1776), la Constitución de los Estados Unidos de América (1789). Esto puede verse en: Aitken, Robert y Aitken, Marilyn. *Magna Carta*, p. 59; Camargo, Pedro. *El debido proceso*, pp. 34-38; Cuello Iriarte, Gustavo. *El debido proceso*, pp. 497 – 502.

<sup>529</sup> Aitken, Robert y Aitken, Marilyn. *Magna Carta*, p. 62.

<sup>530</sup> Wasserman, Rhonda. *The History of Due Process*, p. 3.

<sup>531</sup> *Ibid.*

<sup>532</sup> *Ibid.*, pp. 3-4.

<sup>533</sup> *Ibid.*

De forma tal, que la reglamentación de los primeros catálogos de libertades individuales, incluidas el debido proceso, quedaron al amparo y desarrollo de los diferentes Estados, quienes, parafraseando el genuino contenido de la Carta Magna, lo incluyeron en sus respectivas Declaraciones de Derechos o Constituciones.<sup>534</sup> Solo sería hasta la Quinta Enmienda, cuando por primera vez y de forma nacional se consagraría el debido proceso, como garantía de la Constitución de los Estados Unidos de América.<sup>535</sup> De la siguiente forma:

“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

---

<sup>534</sup> Constitution of Maryland, 1776.

XXI. That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgment of his peers, or by the law of the land. En: Yale Law School, "Constitution of Maryland" Lillian Goldman Law Library. Disponible en: [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/ma02.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp). Acceso: 25 de noviembre de 2016.

Constitution of Massachusetts, 1780.

Art. XII. No subject shall be held to answer for any crimes or no offence until the same if fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself; and every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his counsel at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land. En: The 190th General Court of the Commonwealth of Massachusetts, "Constitution of Massachusetts". Disponible en: <https://malegislature.gov/Laws/Constitution>. Acceso: 25 de noviembre de 2016

Constitution of New Hampshire, 1784.

XV. No subject shall be held to answer for any crime, or offence, until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse or furnish evidence against himself. And every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to himself; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, and counsel. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers or the law of the land. En: Yale Law School, "Constitution of New Hampshire" Lillian Goldman Law Library. Disponible en: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/nh09.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/nh09.asp). Acceso: 25 de Noviembre de 2016.

<sup>535</sup> Congress of the United States of America. *Fifth amendment to the United States Constitution*, 1789.

Casi cien años después, de la adopción de la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, se gestó en el seno del parlamento otra modificación al contenido de la *norma normarum*, cuyas causas fueron el tratamiento desigual e inequitativo, fundado en discursos y razones raciales, que limitaban y diferenciaban la existencia – ante la ley y la jurisdicción – de las personas de raza blanca y negra.<sup>536</sup> En este contexto, nació la Catorceava Enmienda, cuya introducción permitió la aplicación de los contenidos del debido proceso de manera local, esto es dentro de los Estados miembros de la Unión,<sup>537</sup> cuyo texto, en la parte correspondiente versa así:

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”<sup>538</sup>

En esta tesitura, aunque limitado a la Quinta Enmienda, conforme lo señala Eduardo Couture, “la fórmula “law of the land”, transformada ya en “due process of law”, comenzó su recorrido triunfal por casi todas las constituciones del mundo en especial las americanas (...).”<sup>539</sup> Dentro de las cuales, el constitucionalismo del siglo pasado, sin copiar íntimamente los textos norteamericanos, si uso una retórica similar, dentro de la cual, se resalta, el carácter necesario de la defensa en juicio.<sup>540</sup>

De esta forma, entre nosotros, la consagración constitucional del debido proceso no fue ajena, pues, desde los primeros textos que adoptaron un cariz general y superior, se plasmaron algunos deseos, ideas o garantías que hacen parte de la compleja corporeidad del debido proceso. Al cual, incipientemente se le rotuló y conoció como “garantías

---

<sup>536</sup> Wasserman, Rhonda. *The History of Due Process*, p. 9.

<sup>537</sup> Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, pp. 162-163; Dwight H Merriam AICP y Robert J. Sitkowski. AIA. *Procedural due process in practice*, PLANNING COMMISSIONERS JOURNAL, no. 31, Summer - 1998, p. 5.

<sup>538</sup> Congress of the United States of America, "Fourteenth Amendment to the United States Constitution" (1868). Manifiesta García Ramírez, que en los Estados Unidos el debido proceso, también debe mirarse a partir de las enmiendas VI y VIII, que regulan prácticas y garantías en materia criminal. Véase: Sergio García Ramírez. *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana*, Editorial Porrúa. México, 2012, p. 13.

<sup>539</sup> Couture, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, p. 51.

<sup>540</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, pp. 547-548.

constitucionales”,<sup>541</sup> sin que por esto, la sociedad colombiana mostrara un interés real, en la materialización y significación de ese derecho.<sup>542</sup>

Lo anterior, puede inferirse del contenido de la Carta de 1886, la cual, mostraba una ansiedad remota por la consagración y protección de las garantías individuales, pues, aunado a la ínfima redacción del texto, bajo su égida, acaecieron situaciones que desconocieron rotundamente, la esencia del debido proceso, como limite al poder desmedido<sup>543</sup>. En la parte correspondiente, aquel texto versaba así:

**“Artículo 26.-** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”<sup>544</sup>

Llegado el año de 1991, un nuevo texto constitucional y una nueva filosofía política advinieron para Colombia. La nueva Carta, siguiendo los lineamientos internacionales en la materia, dentro de las palabras que la recorren, dedico un espacio relevante al derecho al debido proceso legal (artículo 29 Superior),<sup>545</sup> - sin que esto, signifique la calidad finita del

---

<sup>541</sup> En este sentido, puede verse la Sentencia del 18 de julio de 1991, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, M.P. Pedro Escobar Trujillo. Rad. No. 2280. Acta No. 29. Sentencia No. 85. Donde se hace referencia a que la novel Constitución Colombiana desarrolla las “Garantías Constitucionales del Debido Proceso”.

<sup>542</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez. *Vías de hecho, acción de tutela contra providencias*, Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2007, p. 242.

<sup>543</sup> De esta forma, Pedro Pablo Camargo, recuerda que bajo la Constitución de 1886, se produjeron actos jurídicos de derecho público, (Decretos Legislativos, Leyes y Sentencias de la Corte Suprema de Justicia), que permitieron, toleraron y reafirmaron, la creación de tribunales ad hoc, que bajo la figura del Estado de sitio, avalaron el ajusticiamiento de civiles por tribunales penales militares. Constituyéndose en claras violaciones del debido proceso, desconociendo los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, que contemplan dicha garantía de carácter intangible. Véase: Camargo, Pedro. *El debido proceso*, pp. 167-170.

<sup>544</sup> Constitución Política de Colombia, Bogotá 5 de agosto de 1886.

<sup>545</sup> Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional N° 116 del 20 de julio de 1991.

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas

mismo, pues este se complementa y simbiotiza con demás postulados del mismo origen<sup>546</sup> - además, le otorgó la categoría de derecho fundamental de aplicación inmediata.<sup>547</sup>

Concluido este recorrido histórico por la garantía procesal básica, siguiendo la metodología prevista, es menester, seguidamente extender unas líneas en cuanto al concepto de debido proceso, relacionando algunas dificultades que se presentan para su caracterización y que, sin embargo, presentan utilidad para el objeto pensado en este escrito. Así, se pasará revista por los diversos métodos de conceptualización, su naturaleza jurídica, su doble faceta en garantía sustancial y procesal. Para finalmente, esbozar una reducción preliminar, del proceso que es debido colectivamente.

## **2. Debido proceso e imposibilidad de conceptualización.**

Como toda obra humana, las reducciones a conceptos que se ofrezcan, son meramente temporales y por ende finitas, se limitan a un determinado tiempo, lugar, circunstancias y percepciones, pues, son objetos culturales, contrapuestos a objetos “terminados”, respecto de los cuales, una realidad dinámica no es comprensible.<sup>548</sup> Tejiendo sobre esta idea, el debido proceso, como obra humana, manipulando de manera indecente, la frase del filósofo español Ortega y Gasset, es el producto de su tiempo y sus circunstancias.<sup>549</sup>

De esta forma, el pensamiento que acompaña a el “proceso” o actuación debida - los predicados de este sujeto, sus caracteres, o garantías - previa a la limitación de las libertades individuales, no fue el mismo en la época antigua, en la edad moderna y en la actualidad, pues, como se observa, de un sutil repaso por juicios icónicos, el debido proceso, en el devenir histórico, no siempre contempló, un perfil tan delicado y completo, como lo hace hoy en día.<sup>550</sup>

---

y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

<sup>546</sup> Conforme a una interpretación sistemática de la Constitución, el debido proceso también se sirve de los siguientes artículos: 13, 30, 31, 33, 34, 93, 228, 229.

<sup>547</sup> Camargo, Pedro. *El debido proceso*, p. 168.

<sup>548</sup> Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, p. viii.

<sup>549</sup> José Ortega y Gasset. *Meditaciones del Quijote*, vol. I, Madrid – España, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1914, p. 43.

<sup>550</sup> Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. 21.

Así, a los ojos de los tiempos que corren, dentro del proceder del Estado en contra de los sujetos, o de estos entre sí en instancias históricas anteriores, se observa una fina silueta de juridicidad y legalidad, a través de un juicio o ritual, que si bien, se permitía unas ciertas garantías, no era más que un embozo de la ideología y finalidad de turno. Esto se puede ver claramente, en los procedimientos adelantados en contra de Jesús de Nazaret,<sup>551</sup> y, las brujas de la Salem<sup>552</sup> Además, paradójicamente, durante la revolución francesa, a manos de los revolucionarios, que seducidos por el susurro de la celeridad, condenaron a sus acusados obliterando su derecho de defensa.<sup>553</sup>

Territorialmente hablando, o en lo que hace al lugar de rotulación de la garantía en comento, las menciones también cambian, de esta forma, Bustamante, denota que, cuando menos el debido proceso posee nueve diversas locuciones, tales como: garantía de defensa en juicio, debido procedimiento de derecho, forma de proceso, garantía de audiencia, debido proceso formal, proceso justo y justo juicio.<sup>554</sup>

Aunado a su realidad cambiante, el debido proceso, no conoce igual en el mundo jurídico, su contenido es irrepetible, de ahí que, su carácter genuino y único, no permita su definición precisa y perfilada con entera pureza.<sup>555</sup> Por ende, no prohijamos la tendencia, a

---

<sup>551</sup> Según relata Da Silva, el proceso adelantado en contra de Jesús de Nazaret, careció de multitud de garantías que forman parte del debido proceso, tales como: perpetraciones al principio de legalidad, a la imparcialidad del juez, al derecho de defensa y de contradicción, a la asistencia letrada y, a la motivación de la decisión judicial. Esto puede verse con más detalle en: Fabio Augustinho da Silva. *O processo de Jesus de Nazaré e o devido processo legal*, pp. 2-4. Artículo no publicado.

<sup>552</sup> Los juicios adelantados en contra de las denominadas “brujas de Salem”, durante el curso del Siglo XVII, en los Estados Unidos, son un ejemplo de cómo las figuras procesales y la más básica de todas ellas, el debido proceso, son maleables y no necesariamente para un lado benevolente, o respetuoso, de la dignidad humana. En aquellos juicios, las denominadas “brujas” que eran normalmente mujeres marginadas socialmente, eran acusadas a dedo por el adalid de turno, quien fundaba su acusación en el infortunio sufrido por sí mismo, en su cuerpo, familia o hacienda, y atribuido convenientemente a personas que por su condición no podían acceder a un servicio de defensa legal, lo que conllevaba a castigos inhumanos y aberrantes, como los denominados “Juicios de Dios”. Esto puede verse en: Edda Lucchesi de Ramacciotti y Fanny Sloer de Godfrid. *Las brujas de Salem, un hecho histórico y dos textos literarios*, Invenio, junio 1999, pp. 31-37.

<sup>553</sup> Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. 22.

<sup>554</sup> Reynaldo Bustamante. *El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso*, Proceso & Justicia, Revista del Equipo de Derecho Procesal del taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p.5; también en: Gozaíni, Osvaldo. *Elementos de derecho procesal civil*, primera Edición ed, Buenos Aires – Argentina, 2005, p.119.

<sup>555</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, p. 547.

la repartición deliberada y compartida de contenido, con otras figuras jurídicas trasplantadas de órdenes jurídicos foráneos.<sup>556</sup>

Teniendo en cuenta lo precedente, este escrito alejado completamente de las pretensiones totalizantes y puristas, en la definición del debido proceso, acepta, no solo su realidad cambiante, sino su carácter funcional, conforme a los cuales, se esbozará la inteligencia de un debido proceso, pertinente a las necesidades de los derechos meta-individuales<sup>557</sup> y como tal, al instrumento de su efectivización, es decir, el proceso colectivo.

Fijando esto como propósito, se pasa revista sobre las maneras de realizar reducciones al debido proceso y, algunas problemáticas que se han presentado con respecto a su naturaleza jurídica.

## **2.1. El debido proceso, diversos métodos para conceptualizarlo.**

El concepto, institución de relevancia mayúscula para la vida y el derecho, a través del cual, se delimitan todos los ámbitos de que son tocados por él, surge del recorte o reducción de la realidad o realidades externas a formas elementales comprensibles por el intelecto humano.<sup>558</sup> Sin embargo, aquella reducción necesaria, lejos de ser sencilla, se resquebraja por la imposibilidad de contener cada centímetro de la realidad que pretende reducir, de ahí que, se diga que la definición, no es en sí un punto de partida sino un lugar al que se arriba.<sup>559</sup>

Líneas atrás, denoté como los objetos culturales en general y el debido proceso en particular, son de difícil reducción, pues, su constante cambiar impide que se les imprima

---

<sup>556</sup> Me refiero a la tendencia de la doctrina y la judicatura colombiana (Corte Constitucional), a trasplantar figuras propias de Alemania y España, cuyo contenido copia y confunde los predicados propios del debido proceso, introduciendo caos, falta de sistematicidad y, carencia de seguridad jurídica, pues, aun cuando esta figura nos es propia y posee un amplio desarrollo en el orden patrio, se introduce la llamada “Tutela Judicial Efectiva”, al socaire de su mayor garantismo. En ese sentido: Bustamante, Reynaldo. *El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso*, pp. 6-8.

<sup>557</sup> Cuando se habla de derechos “meta individuales”, tal y como lo sugiere su nombre, se está hablando de entidades jurídicas, mas allá de lo individual, esto es, los llamados “derechos o intereses colectivos”, los cuales, si bien en Colombia no poseen un perfil definido y claro, en ordenes jurídicos extranjeros como Brasil y Argentina, si tienen depuración conceptual.

<sup>558</sup> Manuel García Morente. *Lecciones preliminares de filosofía*, Ediciones Universales, Bogotá – Colombia, Noviembre de 2005, p.93.

<sup>559</sup> Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. XIII.

unos únicos, fijos y genéricos caracteres, que sirvan en todas y cada una de las situaciones, el debido proceso no es una fórmula genérica, aplicable en la misma medida, en todos los casos.<sup>560</sup>

Consecuentemente, dar razón, otorgar las razones, o establecer el “logos” del debido proceso, no es una empresa sencilla,<sup>561</sup> y aun así, en el desarrollo de la ciencia jurídica, tradicional y ordinariamente a esta figura jurídica, se le han dado diversas conceptualizaciones, con diversos contornos y caracteres.

Así, en ocasiones se le ha vinculado con un trasfondo o contorno muy etéreo, ligándolo a concepciones *iusnaturalistas*, en otras, se le ha enmarcado como una especie de cornucopia, que contempla los más diversos elementos, que poseen utilidad procesal y procedimental.<sup>562</sup>

En este sentido, al debido proceso, se le han afiliado con sentimientos de comunidad, costumbres y principios morales básicos (justicia) para el buen desarrollo de las organizaciones políticas y las relaciones en derecho, que en aquella puedan surgir. Esto se puede observar, en las causas *Twining v. State (1908)* y *Solesbee v. Balcom (1950)*. En la primera de ella, la SCUS,<sup>563</sup> manifestó que:

“Esta corte nunca ha intentado definir con precisión las palabras “debido proceso de ley”...Es suficiente decir que existen ciertos principios inmutables de justicia que son inherentes a la idea misma de un gobierno libre que ningún miembro de la Unión puede ignorar.

Las mismas palabras se refieren a esa ley de la tierra en cada Estado, que deriva su autoridad de los poderes inherentes y reservados al Estado, ejercidos dentro de los

---

<sup>560</sup> Didier Jr, Fredie. *Cláusulas generales processuais*, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2010, p. 12; Alberto Wray Espinosa. *El debido proceso en la constitución*, Iuris Dictio, 2000, p. 36; Ronald Ryan Smith. *Procedural due process: the distinctions between America and abroad*, Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution, no. 199, 2014, p. 2.

<sup>561</sup> Agudelo Ramírez, Martín. *Filosofía del derecho procesal*, p. 101.

<sup>562</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 49.

<sup>563</sup> 211 U.S. 78. En aquella ocasión, llego ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cuestión de si el principio de no autoincriminación, formaba parte de los derechos y garantías otorgados a los ciudadanos americanos en forma nacional, o si por otro lado, debían supeditarse a la regulación particular de cada Estado. En la cual, el no rendir testimonio de descargo, ante acusación formulada sobre la comisión de un ilícito (Fraude Cambiario), podía ser valorado por el jurado como signo de culpabilidad. En *Jackman v. Rosenbaum Co*, 260 U.S. 22,31 (1922), La Corte Suprema manifestó que el contenido del Debido Proceso, era producto de un recorrido histórico, para lo cual, remito al acápite anterior, relativo al desenvolvimiento histórico de la garantía procesal.

límites de aquellos principios fundamentales de libertad y justicia que subyacen en la base de todas nuestras instituciones civiles y políticas”.<sup>564</sup> (Traducción nuestra)

Seguidamente, en *Solesbee*,<sup>565</sup> de manera más directa se afirmó que:

“Ya es la doctrina establecida por esta Corte, la de afirmar que la cláusula del debido proceso encarna un sistema de derechos basados en principios morales tan arraigados en las tradiciones y sentimientos de nuestra gente, que es considerado como fundamental dentro de una sociedad civilizada tal y como la concibe nuestra historia. El debido proceso es aquello que comporta las nociones más profundas de los que bueno, correcto y justo (...)”<sup>566</sup> (traducción nuestra)

Ahora bien, entre nosotros, es común, por parte de la doctrina y los tribunales,<sup>567</sup> el contemplar la figura en comento, bien como un complejo o conjunto de garantías que acompañan al sujeto, durante el curso de una actuación judicial o administrativa, o bien, como una serie de falencias en el adelantamiento del proceso, que constituyen la antítesis

---

<sup>564</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “This court has never attempted to define with precision the words “due process of law.”... It is sufficient to say that there are certain immutable principles of justice which inhere in the very idea of free government which no member of the Union may disregard. (...)”

The same words refer to that law of the land in each State, which derives its authority from the inherent and reserved powers of the State, exerted within the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions”.

<sup>565</sup> 339 U.S. 9. En este caso, se estudio que compatibilidad tenía con la cláusula del debido proceso, la ejecución de un convicto, cuando después de producida la sentencia y declarado culpable, esté devenía mentalmente insano. Ante lo cual, la SCUS manifestó, que era contrario al debido proceso y como tal, a los mas íntimos y enraizados sentimientos de la comunidad, que un hombre mentalmente indefenso, fuera despojado de su vida, aún después de ser declarado responsable, cuando se le cercenaba la oportunidad de ser escuchado y manifestarse, ante la autoridad estatal en cuanto a su nueva condición.

<sup>566</sup> El texto original en inglés, es el siguiente: “It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due Process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just. (...)”.

<sup>567</sup> Véase: Corte Constitucional, Sentencia C - 214 – 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Camargo, Pedro. *El debido proceso*, p. 41; Pedro Pablo Cardona Galeano. *Manual de derecho procesal civil*, 5ª Edición ed., vol. Tomo I, p. 43; Miguel Enrique Rojas Gómez. *Introducción a La teoría del proceso*, primera Edición ed. Bogotá – Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 120; Gozañi, Osvaldo. *Elementos de derecho procesal civil*, pp. 119-120; Enrique Véscovi. *Los principios procesales*, en Teoría General Del Proceso, Temis, Bogotá – Colombia, 1984, p. 51; Agudelo Ramírez, Martín. *Filosofía del derecho procesal*, pp. 104-121; Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, pp. 162-163; Wray, Alberto. *El debido proceso en la constitución*, p. 37; García Ramirez, Sergio. *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana*, pp. 22-23.

de lo que debería ser debido, todo lo cual, se traduce en la tendencia a la conceptualización positiva o negativa del debido proceso.<sup>568</sup>

Así, de un lado, la conceptualización positiva, estima que el debido proceso es una suerte de supra derecho o súper principio<sup>569</sup>, cuyo contenido propio, es el de la pletórica cantidad de garantías que le son incitas. De forma tal, que le componen, la garantía del juez natural, la igualdad ante la ley, la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la oportunidad probatoria, la favorabilidad en materia penal, el veto de autoincriminación, la doble instancia, la cosa juzgada, el derecho al patrocinio de un abogado, entre otras.<sup>570</sup>

En contraposición, la conceptualización negativa, indica lo que es el debido proceso, a partir, de las actuaciones que lo niegan o pervierten, esto es, los distintos vicios en el procesamiento, tales como: el excesivo formalismo, o exceso ritual manifiesto, la indebida notificación o carencia de la misma, el cercenamiento del derecho de defensa y contradicción, la parcialidad y subjetividad del juez, la ausencia de asistencia jurídica profesional, la incongruencia, falta de objetividad, lógica y motivación de la decisión contemplada en la sentencia, además de la demora en la pronta resolución del pleito.<sup>571</sup>

Frente a esto, y tomando como guía la apreciación del profesor argentino Alvarado Velloso,<sup>572</sup> en este escrito se acoge un enfoque positivo en el tratamiento del debido proceso, pues, aunque la tendencia negativa, atiende a un método de carácter más filosófico, consistente en dar razón de lo que es el debido proceso, a través de la afirmación

---

<sup>568</sup> Véase: Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, pp. 560-561; Nattan Nisimblat. *Derecho procesal constitucional, principalística procesal y tutela*, Bogotá D.C. – Colombia, 2013, p. 1.

<sup>569</sup> Una conceptualización así, la ofrece Humberto Theodoro Júnior, al decir que “(...) o due process of law, realiza, entre outas, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento (...)”, citado en: Da Silva, Fabio. *O processo de Jesus de Nazaré e o devido processo legal*.

<sup>570</sup> Una definición positiva del debido proceso, la ofrece Alvarado Velloso, al decir que: “el debido proceso no es más ni menos, que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional”. En: Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, p. 561.

<sup>571</sup> Los vicios que aquí se contemplan como falencias del debido proceso, en otros documentos, se denominan por parte de cierto sector de la doctrina como “situaciones generadoras de tutela judicial ineficaz”. Véase: John Reymon Rúa Castaño y Jairo de Jesús Lopera Lopera, *La tutela judicial efectiva*, Leyer, primera Edición ed., Colombia, 2002, pp. 123-147.

<sup>572</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, p. 561.

de los elementos, que lo hacen “no ser debido”, aquella metodología discurre sobre el juicio justo y lo rodea, sin llegar a dar razón del mismo.<sup>573</sup>

Paralelamente, el tratamiento positivo, a través de un único acto encara el debido proceso y toma en cuenta aquellos caracteres o predicados que le son propios y, por tanto, que lo hacen ser lo que es y ninguna otra cosa. Concluido este aparte, se sumará otra pieza del rompecabezas, cual es, la complejión del debido proceso.

## **2.2. Debido proceso, naturaleza en derecho.**

Sumada a la anterior problemática, surge otro arcano en el iter del debido proceso, que ya no se refiere a que se puede predicar del sujeto, o en otras palabras, de lo que se compone el mismo, sino, qué es en el mundo del derecho, esto es, cual es la naturaleza que el mundo jurídico le reconoce.

De cara al anterior interrogante, han sido diversas las respuestas arrojadas para arribar a una solución. Sin embargo, aquellas resoluciones, oscilan siempre entre dos líneas paralelas, cuya delimitación y perfil no siempre es claro, pues de ellas emerge la duda ¿el debido proceso es un principio o un derecho? La pregunta, cuyo cariz parece inocente, no lo es, pues, a la complejión de la figura en comento, se le rotula común e indistintamente bajo ambas ópticas.<sup>574</sup>

De manera que, voces se alzan de cada lado de la mesa, para sostener el valor de su respectiva apuesta, así, hay quienes se inclinan por la caracterización del debido proceso como un principio, de otro lado, se hayan quienes niegan la afiliación del debido proceso a los principios,<sup>575</sup> y afirman su naturalidad como derecho, además de aquellos, que

---

<sup>573</sup> García Morente, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía*, p. 39.

<sup>574</sup> En ese sentido, véase: José Vizcarra Dávalos. *Teoría general del proceso*, 12ª Edición ed., México 2011, p. 27; Hugo Alsina. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, vol. Tomo I, Parte General, Buenos Aires – Argentina, 1963, pp. 249 – 258; Bernardita Pérez Restrepo. *Principio constitucional del debido proceso en la administración de justicia y su integración con el bloque de constitucionalidad*, Revista Pensamiento Americano, enero – junio, 2011, p. 87; Jose Fernando Ramírez Gómez. *Principios constitucionales del derecho procesal, investigación en torno a la constitución política de 1991*, Bogotá - Colombia, 1999, p. 143; Lorena Miranda Santo Barreiros, *A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos*, Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) Dezembro - 2009, p. 35; Costa, Wellington. *Devido processo legal*.

<sup>575</sup> Nisimblat, Nattan. *Derecho procesal constitucional, principalística procesal y tutela*, p. 1.

abrazando la dualidad jurídica, sostienen una concepción que comporta resultados dobles.<sup>576</sup>

Para efectos de este escrito, se adoptara la postura que prohija y le reconoce al debido proceso, naturaleza de derecho, más no de un derecho común y corriente, sino uno con carácter fundamental,<sup>577</sup> lo cual, siguiendo laminarmente las enseñanzas de Alexy,<sup>578</sup> le pareja la ontología de regla y de principio, es decir, el derecho fundamental al debido proceso, participa tanto de las características de los principios como de las reglas, esto último, toda vez que las garantías que denotan y fijan un contorno a su contenido, se pueden diseccionar en causa y consecuencias, es decir, supuesto de hecho y consecuencia jurídica.<sup>579</sup>

Así, sin inquirir en la temática propia de las reglas, desarrollada prolija y ampliamente por la Teoría del Derecho,<sup>580</sup> para efectos de este escrito, resulta de capital importancia, imbuirse en las consecuencias que compra la afiliación dual del debido proceso, esto es, que características y efectos tiene como derecho de carácter básico<sup>581</sup> y, como principio, que faciliten su entendimiento y aplicación, además, que coadyuven al litigio individual en general y al que se desarrolla en clave colectiva, especialmente.

### **2.2.1. El Debido Proceso, Derecho Fundamental.**

El neologismo jurídico “Derecho Fundamental”, con consecuencias técnico jurídicas perfiladas, es de reciente recepción en el Derecho Constitucional, el emana principalmente del constitucionalismo alemán de mediados del siglo pasado, en la

---

<sup>576</sup> Gabriel Hernández Villarreal. *Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica*, en Actualidad Y Futuro Del Derecho Procesal: Principios, Reglas Y Pruebas - Gabriel Hernández Villarreal-Editor Académico, ed. Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos De Jurisprudencia, Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario, 2010, p. 63.

<sup>577</sup> Corte Constitucional, Sentencia C - 475 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>578</sup> Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, (Traducción y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido), 2ª Edición ed. Trotta, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 135.

<sup>579</sup> Hernández Villarreal, Gabriel. *Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica*, p. 63.

<sup>580</sup> Para una mirada general de la temática de las reglas, entre otros, véase: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Sobre reglas y principios*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 1991; Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...*; Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2003.

<sup>581</sup> Así lo rotula Cipriano Gómez Lara. Véase: Cipriano Gómez Lara. *El debido proceso como derecho humano*” en Estudios Jurídicos En Homenaje a Martha Morineau, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Constitución de Bonn de 1949 y, en menor grado de la Constitución Española de 1978, a partir de las cuales, el mentado concepto, hizo metástasis sobre el constitucionalismo latinoamericano.<sup>582</sup>

Tal es el caso de la Constitución patria, la cual, recepciona el neologismo “derechos fundamentales” por primera vez en el año 1991,<sup>583</sup> con una complejidad y amplitud, que no es del caso tratar en este escrito,<sup>584</sup> más, cuya importancia hoy en día es innegable, por virtud de la afiliación del Estado a las premisas de la Socialización del Derecho, o de la transición del Estado legalista al Estado Social del Derecho.<sup>585</sup> El cual, se construye bajo la plegaria de la efectivización de los derechos fundamentales, es decir, de su concreción real en el desarrollo de la vida social de las personas, en su relación con el Estado y los particulares.<sup>586</sup> Por virtud de la cual, puede afirmarse que, el orden jurídico y su movimiento, deben sonar en clave de Derechos fundamentales, pues, el Estado y sus ramas (Ejecutiva, legislativa y judicial), deben tenerlos presentes, en la creación, aplicación o interpretación del Derecho,<sup>587</sup> dado que ellos, cimientan el sistema político imperante.<sup>588</sup>

Ahora bien, no es este el escenario para tratar con profundidad los elementos de la esencia de los derechos fundamentales,<sup>589</sup> ni las discusiones en torno a su depuración conceptual,<sup>590</sup> lo cual, implicaría un trabajo de mayor aliento que esté, sin embargo, si son de rescatar algunos de aquellos elementos esenciales y características, que son relevantes para el debido proceso, en general y en particular para el debido proceso en clave colectiva.

Entre aquello que hacer ser, a los derechos fundamentales y que se revela imperante para el debido proceso, se halla 1) su posicionamiento constitucional explícito, justificado

---

<sup>582</sup>Chinchilla H. Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª Edición ed. Bogotá – Colombia, Temis S.A., 2009, p. 117.

<sup>583</sup> Bajo la égida de la Constitución de 1886, el término “derechos fundamentales” era desconocido y, aquellas entidades jurídicas eran rotuladas y tratadas bajo el *nomen* de derechos civiles y políticos. Esto puede verse en: Ibid.

<sup>584</sup> Ibid, pp. 104-114.

<sup>585</sup>Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...*, pp. 21- 41.

<sup>586</sup> Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. *El derecho ordinario y la Constitución*, en El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales y Teoría General, ed. Universidad Externado de Colombia 2013, p .68.

<sup>587</sup> Ibid, p.69; Joan Picó I Junoy. *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª Edición ed, J.M Bosch, 2012, p. 37.

<sup>588</sup> Chinchilla, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, p. 118.

<sup>589</sup> Ibid, pp. 115-116.

<sup>590</sup> Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *El derecho ordinario y la Constitución*, pp. 70-80

por su afiliación con la axiología superior de la Carta, tal como con el principio de dignidad humana<sup>591</sup> y el valor justicia<sup>592</sup>. 2) la existencia de garantías reforzadas de protección 3) Su estructura interna, propia de los derechos subjetivos, conforme a la cual, existe un portador, un destinatario y un objeto susceptible de provocación judicial<sup>593</sup> 4) Dicho objeto o “prestación”, materializado en prestaciones de hacer, dar o no hacer, que en el debido proceso hipostasian no solo abstenciones de violación, sino prestaciones propiamente de hacer, tales como un número adecuado de jueces especializados, infraestructura idónea y, soporte logístico.<sup>594</sup>

Respecto a las características que le aparejan al debido proceso, su inclusión dentro de la clase de los derechos fundamentales, pueden señalarse las siguientes: 1) doble carácter como regla y como principio 2) carácter vinculante sobre todos los poderes públicos y los particulares 3) aplicabilidad directa, es decir, prerrogativa de utilidad sin necesidad de desarrollo legislativo<sup>595</sup> 4) reserva de ley 5) contenido mínimo esencial frente al poder legislativo 6) no es absoluto, debe corresponderse y coexistir con otros derechos fundamentales, por ende es viable su ponderación,<sup>596</sup> 7) Dado su binar carácter como derecho fundamental y humano, el debido proceso abre las puertas a la jurisdicción internacional.<sup>597</sup> 8) En su faz, sustantiva, no solo se detiene en el proceso judicial, sino que se extiende al contenido de todo acto estatal que limite irrazonable o arbitrariamente, bienes jurídicos básicos, este último será tratado en acápite posterior.

Concluido este acápite, vinculado al debido proceso como derecho fundamental en general, se pasará a su visualización como principio, desde una óptica útil al litigio individual y colectivo.

---

<sup>591</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>592</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 158 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>593</sup> Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, p. 39.

<sup>594</sup> Bustamante, Reynaldo. *El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso*, pp. 21-22; Arturo Hoyos. *El debido proceso en las Americas*, Saint Louis University Law Journal, Volume 40 1996, pp. 3-5.

<sup>595</sup> Pico I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 37.

<sup>596</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, pp. 95 -111.

<sup>597</sup> Bustamante, Reynaldo. *El derecho fundamental a un proceso justo...*, p. 30; Pico I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 39.

### 2.2.2 *El debido proceso como principio.*

La palabra "principio", es quizá una de las más multívocas que existen en el idioma español, al remitirnos únicamente, a sus significaciones para efectos del lenguaje común, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, arroja cuando menos siete resultados viables y aceptados en el tráfico lingüístico ordinario. Dentro de las cuales, se hallan: 1) el primer instante del ser de algo, 2) Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa, 3) Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia, 4) causa, origen de algo, entre otras.<sup>598</sup>

Al abstraernos del lenguaje ordinario, y retozar sobre el lenguaje técnico que el Derecho propende por hacer suyo,<sup>599</sup> el panorama no se hace más claro, dado que la misma palabra, en el lenguaje jurídico, también es acompañada por un multiplicidad de significaciones, tal y como ponen de presente Atienza y Ruiz Manero, al referenciar una pléyade de al menos once reducciones distintas para una única realidad, los principios.<sup>600</sup>

---

<sup>598</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23ª Edición, 2014, Madrid – España. Búsqueda: “Principio”. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=UC5uxwk>, analizado el día 29 de Diciembre de 2016.

1. m, primer instante del ser de algo.

2. m, punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa.

3. m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia.

4. m. Causa, origen de algo.

5. m. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.

6. m. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta

<sup>599</sup> El Derecho como ciencia social, pretende un lenguaje especializado para los entes y fenómenos que contempla y regula, sin embargo, las más de las veces ese lenguaje, carece de cientificidad, puridad, y especificidad, pues, para una misma palabras, se verifican varios fenómenos, ejemplo de esto son: Proceso, Acción y Jurisdicción. Véase: Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, pp. 550-551.

<sup>600</sup> Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Sobre reglas y principios*, p. 105. Además, del agua donde abrevaban tanto la Doctrina como la Jurisprudencia se extraen, entre otras, estas conceptualizaciones: 1) principio como norma que regula casos o supuestos de hecho en extremo generales 2) Norma redactada en términos particularmente vagos 3) Norma programática, esto es, que señala unos fines deseables a ser perseguidos 4) Norma que expresa unos valores de carácter superior en el orden jurídico 5) Norma de relevancia cualificada en el orden jurídico 6) orientación de carácter político–filosófico que no admite contradicción o par antinómico, velloso 7) Norma que ha de cumplirse mayormente en la medida de lo posible, conforme a las circunstancias y posibilidades jurídicas y fácticas. Véase: Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 86; Corte Constitucional, Sentencia C- 713 de 2008, M.P. Clara Vargas Hernandez; Aristóteles. *Metafísica, Ediciones Univesales*, Bogotá – Colombia, 2006, pp. 107 - 108; Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso*, p. 556.

Frente a lo anterior, a pesar de no existir univocidad en lo que hace a los principios, de entre las definiciones ofrecidas, la gran mayoría no se eliminan ni contraponen las unas con las otras, es decir, no son excluyentes, pues, en ocasiones y dependiendo del objeto sobre el que recaigan, pueden sobreponerse o solaparse.<sup>601</sup>

Para efectos de este escrito, los principios y sus distintas concepciones, apuntan a entidades de corte genérico, que atienden a un criterio semántico de guía, orientación, instrucción o fundamentación (excluyendo un carácter mandatorio o exhaustivo),<sup>602</sup> que prestan servicio durante momentos distintos del movimiento jurídico y, para sujetos distintos que vivencian dicho movimiento.<sup>603</sup> Esto es, durante su creación,<sup>604</sup> interpretación o aplicación.<sup>605</sup>

Contiguo a lo anterior, los principios como entidades jurídicas, no son superfluas, poseen actividades que les son propias, es decir, tienen funciones. Las cuales, tradicionalmente, se aparejan con labores de segundo nivel, pues, se limitan a la interpretación, suplencia e integración del orden jurídico positivo, dicho de otro modo, “entrarían en juego cuando las otras normas jurídicas no estuvieran en condición de desarrollar plena y satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”.<sup>606</sup>

---

<sup>601</sup> Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Sobre reglas y principios*, p. 105.

<sup>602</sup> Enrique Alcalde Rodríguez. *Los principios generales del derecho, su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, 1ª Edición ed. Chile, Marzo 2003, p. 55; Jenny Escobar Alzate. *Nociones básicas de derecho procesal civil en el Código General del Proceso*, Universidad de Ibagué, Ibagué –Colombia, 2014, p. 35; Juan José González Rivas. *Derecho procesal civil*, Barcelona – España, 1999, p. 19.

<sup>603</sup> Joseph Raz, indica que los principios sirven como “razones para la acción”, en la medida de que sirven a los operadores jurídicos, para fundar los razonamientos y soluciones en Derecho, a las cuestiones que surjan durante el curso de la vida de este, es decir, nacimiento, desarrollo y defunción. En ese sentido: Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Sobre reglas y principios*, pp. 110-113.

<sup>604</sup> En los Estados Unidos, el principio de debido proceso o *due process of law*, no solo tiene una connotación procesal, es decir, trasciende la frontera del proceso judicial, para posarse sobre procedimientos como el legislativo, pretermitiendo la incursión del legislador en intereses protegidos o fundamentales, como la vida, la libertad o la propiedad. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...*, p. 26.

<sup>605</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 86.

<sup>606</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...*, p. 117. Situación esta última, que a la mirada precipitada y no reflexiva, hace plena alusión el orden jurídico patrio, en normas de antaño tales como:

Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales 7.151 y 7.152 del 28 de agosto de 1887.

Art. 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Art. 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

A su vez, a estas entidades jurídicas, conforme lo señala la doctrina,<sup>607</sup> se les endosan funciones de explicación<sup>608</sup>, justificación,<sup>609</sup> creación<sup>610</sup> del Derecho y, limitación de la arbitrariedad judicial.<sup>611</sup>

Ahora bien, las funciones antes descritas, propias del Estado de Derecho legicista, se trastocan y subvierten bajo el régimen de la Constitución, dentro del cual, se habla de “nomoárquica o principalística jurídica”<sup>612</sup> la cual, pregona por la existencia y operatividad del trasfondo axiológico (principios y valores) de la Constitución, como nuevo criterio de determinación de validez,<sup>613</sup> de las normas y aplicación directa a resolución de los casos concretos.<sup>614</sup>

Aplicabilidad efectiva, que variará dependiendo de la mirada abierta o contrita que se maneje en cuanto a los principios, y sobre lo que hace a la axiología que arroja a la Constitución.<sup>615</sup> Sin embargo, alejado de esas disquisiciones, el efectivo acto de aplicar un

---

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

<sup>607</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil....*, p. 117; Cesáreo Rocha Ochoa. *Manual de introducción al Derecho*, Edición ed. Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2008, p. 189.

<sup>608</sup> Mariano García Canales. *Principios generales y principios constitucionales*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Madrid 1, no. 64, abril/junio, 1989, p. 6

<sup>609</sup> Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Sobre reglas y principios*, pp. 113-114.

<sup>610</sup> La de creación, parte de la desconfianza a los métodos utilizados por la judicatura en el ejercicio de la llamada analogía *legis*, de forma tal, que en ausencia de regulación precisa y similar sobre un supuesto de hecho novel en la vida jurídica, el encargado de administrar justicia determine el resultado a aplicar, a partir de la extracción de principios de ecuménico reconocimiento en la cultura jurídica

<sup>611</sup> La de limitante de la voluntad judicial, lo es, en la medida que los principios se contemplan como pautas morales públicamente objetivadas, que forman parte del acervo común de la nación y, que como tal, sirven de tamiz, a la individualista percepción del juez. Véase: Serio Iván Estrada Velez. *La excepción de principalidad*, Bogotá – Colombia, 2000, Temis, p. 77.

<sup>612</sup> Véase: Juan Carlos Cortés González. *Principalística jurídica: la política del derecho*, en Ideas Políticas, Filosofía Y Derecho: El Maestro, Liber Amicorum En Homenaje a Alirio Gómez Lobo, ed. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C. 2006.

<sup>613</sup> Estrada, Sergio. *La excepción de principalidad*, p.55

<sup>614</sup> Cortés González, Juan Carlos. *Principalística jurídica: la política del derecho*, p. 284.

<sup>615</sup> En ese sentido, la postura cerrada, prohijada por algún doctrinante y la Corte Constitucional, indica que para efectos de la aplicabilidad directa a la resolución de casos, solo son viables los principios constitucionales explícitos, dejando por fuera los de carácter implícito y generales del derecho. Véanse: Corte Constitucional, Sentencia T - 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y Marco Gerardo Monroy Cabra. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Colección De Textos De Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá - Colombia, 2007, p. 91. Frente a esto la postura más abierta, prohijada por Estrada Vélez, señala que la axiología constitucional y la “nomoárquica” deben abrirse, también ha este tipo de principios, que enriquecen en trasfondo constitucional y dan pábulo, a la aplicación de principios con

principio, como norma definitoria ya no solo queda en las manos de quien toma la decisión, sino que, quienes participan del lado activo o pasivo de la relación jurídica procesal, tienen legitimación para ello. Actitud, cuya utilización no debe obedecer, a la bulimia de los operadores jurídicos,<sup>616</sup> sino, justificarse en la axiología de la Carta que rechaza la pobreza y deficiente, justicia que destile la ley.<sup>617</sup>

De forma que, dándole un perfil procesal, a la idea esbozada en el párrafo anterior, y valiéndome de la elaboración doctrinal, los principios pueden ser exigibles en la arena del proceso, vía de la “pretensión o excepción de principalidad”<sup>618</sup> y, de la misma forma el debido proceso, individual o colectivo.

Así, el debido proceso, como principio,<sup>619</sup> además de serle familiar las funciones tradicionales de las entidades sobre las que se extienden estas letras, es susceptible de ser protegido, además de por los distintos medios constitucionales ordinarios, por vía de “pretensión o excepción de principalidad”, para lograr la inaplicación en el caso concreto de las distintas normas jurídicas, cuya práctica comporte afrenta a la axiología constitucional e introduzca en el desarrollo de la relación procesal colectiva, un resultado irrazonable, injusto y vil.<sup>620</sup>

Concluido este aparte, sobre el debido proceso en su faz de principio, seguidamente se tratará su doble aspecto como derecho al proceso justo, procedimental y sustantivo.

---

trascendencia social y como tal, al acercamiento de la Constitución a la realidad vigente. En ese sentido: Estrada, Sergio. *La excepción de principalidad*, p. 89.

<sup>616</sup> Hernández Villarreal, Gabriel. *Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica*, p. 55; González Rivas, Juan José. *Derecho procesal civil*, p. 19.

<sup>617</sup> Estrada, Sergio. *La excepción de principalidad*, p. 70-116; Corte Constitucional, Sentencia C- 031 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>618</sup> Estrada define este instrumento procesal como: el “mecanismo de control constitucional alternativo e inmediato, dirigido a la protección del techo axiológico de la Carta Política y del ordenamiento jurídico en general, cuyo ejercicio se le confiere a toda persona como consecuencia de su derecho fundamental a la primacía material de la Constitución, consistente en la aplicación de los principios explícita e implícitamente constitucionales en aquellos casos de injusticia y/o conflicto entre la norma y los principios mediante el empleo de un método lógico argumentativo”. Ibid, p. 111.

<sup>619</sup> Al debido proceso, como principio, y resaltando quizá, su omnicompreensiva naturaleza, se lo afilian con los principios constitucionales explícito y, con los principios generales del derecho, de manera que, a efectos de la “principalística jurídica”, se revela como una norma de carácter primaria y aplicable a la resolución de casos concretos, de manera oficiosa o rogada. Esto puede verse en: Corte Constitucional, Sentencia T - 445 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez; Alcalde Rodríguez, Enrique. *Los principios generales del derecho*, pp. 58- 59.

<sup>620</sup> Estrada, Sergio. *La excepción de principalidad*, p.116-118.

### 3. El debido proceso, doble faceta – Procedimental – Sustantivo.

Líneas atrás, se esbozaron franciscanamente las diversas formas de conceptualizar el Derecho Fundamental al “debido proceso”, en ese acápite se denoto como en general al “juicio justo”, se lo vinculan con visiones morales o iusnaturalistas, o bien con miradas más terrenas y pragmáticas, como conjunto de garantías, prerrogativas y principios con utilidad procesal y procedimental.<sup>621</sup>

Esta división, *grosso modo*, materializa el paralelismo más relevante, en cuanto a la figura en comento, esto es, la escisión del debido proceso, en procesal y sustantivo (*procedure due process* y *sustantive due process*),<sup>622</sup> categorización cuyo nacimiento se debe a la labor de los tribunales norteamericanos del siglo XIX, en busca de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, y cuya depuración se debe a la jurisprudencia de la SCUS.<sup>623</sup>

Claro está, aquella personalidad dual del debido proceso, si bien debe su origen al derecho norteamericano, no permaneció estática, privada ni autosuficiente, en aquella locación pues, ha sido trasplantada a distintos órdenes de Derecho y familias jurídicas diametralmente distintas, con esto me refiero, a países latinoamericanos tributantes del derecho civil, tales como Argentina y Brasil, en donde, se han ampliado las garantías individuales en ámbitos procesales y extraprocesales, por virtud de la recepción del debido proceso sustantivo.<sup>624</sup>

Ahora bien, por un lado, el debido proceso en su faz procesal, hace referencia al “proceso justo” o “proceso ordenado”<sup>625</sup>, es decir, aquel dentro del cual, se contemplan y

---

<sup>621</sup> Para una mayor elaboración en cuanto a esta temática, véase *ibíd*, punto 2.1.

<sup>622</sup> Al debido proceso sustantivo, en los Estados Unidos, se lo han valorado mediante métodos moralistas o iusnaturalistas, tales como: “*shock of conscience*”, “*sense of justice*” y “*decencies of civilized conduct*”. Véase: Smith, Ronald. *Procedural due process: the distinctions between America and abroad*, p. 1.

<sup>623</sup> Wray, Alberto. *El debido proceso en la Constitución*, p. 36.

<sup>624</sup> En Brasil, el artículo 5° de la Constitución del año 1998, que positivizó por primera vez el debido proceso, en es país, ha dado pábulo a la aplicación de la versión sustantiva del juicio justo, para limitar las actuaciones de los organismos estatales, para una mirada más amplia. Véase: Lima, Maria. *Devido processo legal*; Barreiros, Lorena. *A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos*, p. 37. En Argentina, la aplicación de la faceta sustantiva del debido proceso, se ha dado por virtud del artículo 18° de la Constitución Nacional, la cual, prevé el principio de razonabilidad de la ley, para mayor instrucción. Véase: Gozaíni, Osvaldo. *El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*, Cuestiones Constitucionales, 2002, p. 60.

<sup>625</sup> Barreiros, Lorena. *A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos*, p 39.

respetan todos las garantías necesarias e indispensables para asegurar una justicia y racionalidad básicas e imprescindibles, para los sujetos de la relación jurídico – procesal.<sup>626</sup> Catálogo, cuyos rubros dependerán, no solo del lugar,<sup>627</sup> sino del sistema de protección<sup>628</sup> y, las circunstancias del caso.<sup>629</sup>

A manera de ejemplo, en los Estados Unidos, (haciendo uso de una tendencia común entre los países latinoamericanos) genéricamente hablando el debido proceso procesal, comporta garantías tales como: 1) una adecuada notificación 2) la imparcialidad o falta de desviación del juzgador 3) la lealtad procesal 4) el derecho a la prueba 5) el derecho a una decisión pronta 6) el derecho al registro documental del proceso 6) una decisión fundada en el registro procesal y en los hechos probados del caso.<sup>630</sup>

A pesar de verificarse la existencia de un *corpus* robusto de garantías procedimentales, la doctrina y la jurisprudencia, hacen hincapié en que el debido proceso cuya identidad es procesal, se satisface a través de la famosa frase, según la cual “nadie puede ser vencido sin ser oído en juicio” es decir, por medio de un sistema de requerimientos procesales que garanticen, primordialmente el acceso a la justicia, el conocimiento, la defensa y el contradictorio.<sup>631</sup> Todas estas, que en litigio colectivo se

---

<sup>626</sup> Si bien se hace referencia al ámbito procesal, debe entenderse que el debido proceso “procesal”, es aplicable en ámbitos puramente procedimentales, como el administrativo. Tal y como se prevé, en la constitución patria y en los Estados Unidos. En ese sentido: Merriam, Dwight y Sitkowski, Robert. *Procedural due process in practice*, pp. 5-9.

<sup>627</sup> En los Estados Unidos, si bien existen determinados elementos comunes que integran el cuerpo del debido proceso “procesal”, los diversos estatutos estatales, pueden incorporar o recortar garantías del mismo. Véase: Ibid, p. 7.

<sup>628</sup> En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, los componentes del debido proceso procesal, no son únicamente los señalados en los artículos 8 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, sino que además se complementan con: el Derecho a la vida, a la integridad personal, la proscripción de la tortura, la exclusión de la detención arbitraria y demás, para una mayor comprensión véase: García Ramirez, Sergio. *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana*, p. 16.

<sup>629</sup> En el sistema jurídico norteamericano, se acepta que el debido proceso, garantía fundamental y rudimento de la libertad individual, se vea mermado en ocasiones, por ponderación con bienes jurídicos mayores, tales como la seguridad colectiva, en el caso de sujetos sospechosos de terrorismo o insurrección. En ese sentido: Smith, Ronald. *Procedural due process: the distinctions between America and abroad*, pp. 5-8.

<sup>630</sup> Véase: Merriam, Dwight y Sitkowski, Robert. *Procedural due process in practice*, pp. 7-9.

<sup>631</sup> En ese sentido, véase: Eberle, Edward. *Procedural due process: the original understanding*, p. 342; Smith, Ronald. *Procedural due process: the distinctions between America and abroad*, p. 202; Gozaíni, Osvaldo. *El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*, p. 55; Silva Noya. *Representatividade e atuação...*, p. 43; Barreiros, Lorena. *A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos*, p. 39; Costa, Wellington. *O devido processo legal*.

satisfacen mediante otras garantías especialísimas, tema que será tratado en líneas posteriores.

Derechos o garantías que revelan la naturaleza participativa, democrática y dialogal del proceso, por virtud del cual, el mismo se erige en un dispositivo ecualizador de los sujetos ante la ley, y cuya finalidad como mecanismo de resolución de conflictos por excelencia, se desarrolla conforme a una estructura dialéctica, es decir, conforme a afirmaciones, refutaciones y confirmaciones, en aras de depurar, perfilar y elaborar sobre el objeto del litigio.<sup>632</sup>

Conforme a lo anterior, el derecho de defensa y contradicción, piedra angular del debido proceso, también conocido como “bilateralidad de la audiencia”, o “*audiatur altera pars*”, y manifestación práctica del principio de igualdad, se realiza por medio del reconocimiento de esquemas procesales que garanticen y ejecuten óptimamente, un esquema de conocimiento, participación o notificaciones adecuadas y amplias (aún más allá de los topes exigidos por la ley),<sup>633</sup> reales y significativas oportunidades de esgrimir argumentos, en *pro* de la causa que se pretende y en contra de aquellos que se adversan a estos. En ese sentido, a las partes no solo se les debe reconocer y garantizar la plena oportunidad de la prueba de cargo y de descargo, sino el control de todos los actos de la parte contraria,<sup>634</sup> además del derecho a incidir sobre la decisión.<sup>635</sup>

Por otro lado, el debido proceso cuya identidad es sustantiva (*sustantive due process*), no se limita al campo procesal o procedimental, sino que retoza al control del poder, esto es de los actos de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial)

---

<sup>632</sup> Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 29.

<sup>633</sup> Merriam, Dwight y Sitkowski, Robert. *Procedural due process in practice*, p. 7.

<sup>634</sup> En ese sentido véase: Junoy I Pico, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 121; Rojas Gómez, Miguel. *Introducción a La teoría del proceso*, p. 123; Gozaíni, Osvaldo. *Elementos de derecho procesal civil*, p. 129; Véscovi, Enrique. *Los principios procesales*, pp. 63-64; Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, pp. 252-258; Agudelo Ramírez, Martín. *Filosofía del derecho procesal*, pp. 113-114; Ramírez Gómez, Jose. *Principios constitucionales del derecho procesal, investigación en torno a la Constitución Política de 1991*, p. 153; González Rivas, Juan José. *Derecho procesal civil*, p. 85; Cardona Galeano, Pedro *Manual de derecho procesal civil*, p. 42; Vizcarra Dávalos, José. *Teoría general del proceso*, pp. 27-28; Smith, Ronald. *Procedural due process: the distinctions between America and abroad*, p. 3.

<sup>635</sup> Noya Silva. *Representatividade e atuação...*, p. 50.

cuando estos limitan derechos o garantías básicas, tales como la vida, la libertad o la propiedad, y carecen de justificación.<sup>636</sup>

Ahora bien, tal y como se indicó párrafos atrás, la faceta sustantiva del debido proceso, debe su origen y mayor depuración a la labor de la judicatura norteamericana, donde buscando la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes estatales, vía debido proceso sustantivo, se han regulado temas y reclamaciones, relativas a limitaciones contractuales, patria potestad y custodia, aborto, derecho a morir, sexualidad entre personas homosexuales, y agresión policial.<sup>637</sup> De forma tal que, frente a dichos actos del poder, se establece un criterio limitativo, en el sentido de que el cercenamiento de los derechos mentados, deba obedecer a un criterio introductor de justicia y no al capricho, o designio volitivo del Estado.<sup>638</sup>

En ese sentido, desde el desarrollo latinoamericano, se indica que la sustantividad del debido proceso, se erige en una limitación del poder, y criterio reivindicador de la legitimidad de ley, cuando de forma, irrazonable, arbitraria o desproporcionada se cercenen garantías fundamentales de los individuos, conforme a lo cual, al debido proceso sustantivo, se lo vinculan con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>639</sup>

De manera que, sincréticamente puede afirmarse, que la función del debido proceso, es la limitación del poder desmedido y, la venganza, a través de la protección de las garantías fundamentales, bien a través de la forma o del acto, esto es, en su faceta procesal, en el marco del procedimiento por virtud del cual, se limitan los derechos básicos, o por

---

<sup>636</sup> Erwin Chemerinsky. *Sustantive due process*, Touro Law Review, Volume 15, 1999, p. 1501.

<sup>637</sup> Ibid, pp. 1501-1534.

<sup>638</sup> Ibid.

<sup>639</sup> Véase: Barreiros, Lorena. *A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos*, pp. 39 – 40; García Ramirez, Sergio. *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana*, pp. 14-15; Gozaíni, Osvaldo. *El debido proceso constitucional. Reglas*, p. 55; Costa, Wellington. *O devido processo legal*; Lima, Maria. *Devido processo legal*. En Colombia, la faceta sustantiva del debido proceso, en los términos esbozados en este escrito, resalta por su ausencia, esto puede observarse en la vasta doctrina procesal y constitucional, donde permanece ignota la referencia a esta faceta del juicio justo y, que en su gran mayoría solo hace alusión a la faceta “procesal”, del mismo. Sin embargo, la pobreza doctrinal en el tema, no implica su completo desconocimiento en el país, pues, la Corte Constitucional ha hecho referencia al “debido proceso sustantivo”, ligándolo a la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales y, como tal, a su carácter de garantía abierta. Esto puede verse en: Quinche Ramírez, Manuel. *Vías de hecho, acción de tutela contra providencias*, pp. 250-251.

otro lado del acto de poder o materia, a través del cual, injustificadamente se socavan dichos derechos.<sup>640</sup>

Concluida esta referencia a la dualidad del derecho fundamental al debido proceso, y por ende, a la última pieza del juicio justo individual con relevancia para el objeto de este escrito, se pasa al estudio de los fundamentos que permiten hablar de una mutabilidad del debido proceso y, de su carácter funcional, para llegar a la construcción del debido proceso colectivo.

#### **4. Debido proceso funcional.**

##### **4.1. El saber especulativo v. el saber práctico.**

La relación que poseemos con la realidad, puede afrontarse o encararse de diversas formas, podemos tener un contacto diferenciado y paralelo con ella, según que la inteligencia se arroje al conocimiento del conocer o por otro lado, al conocimiento del obrar o del hacer, esto es, conforme la razón, se incline hacia la teoría o la práctica.<sup>641</sup>

El paralelismo referenciado, aparece en diversos textos del Estagirita,<sup>642</sup> donde, por primera vez, se introduce una clasificación de las ciencias y del saber en general. De esta forma, Aristóteles, en su metafísica, manifiesta que la división de las ciencias se conforma de un triunvirato dividido en, las ciencias teóricas, tales como las matemáticas, la física y la teología<sup>643</sup>, las ciencias prácticas y las ciencias productoras o creadoras, como el arte.<sup>644</sup>

Seguidamente, en la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles desarrolla más prolija y profundamente, lo atinente al saber teórico y el saber práctico, los cuales, atendiendo a las enseñanzas de Zamora Calvo, corresponden a la diferenciación entre *sophía* y *phrónesis*.

---

<sup>640</sup> Wray, Alberto. *El debido proceso en la Constitución*, p. 36; Chemerinsky, Erwin. *Sustantive due process*, p. 1501.

<sup>641</sup> F. Abelardo Rossi. *Conocimiento especulativo y conocimiento práctico*, en Actas Del Primer Congreso Nacional De Filosofía, Mendoza – Argentina, 1949, p. 1198.

<sup>642</sup> En ese sentido, la diferencia entre teoría y práctica, puede verse no solo en la *Metafísica*, la *Ética a Nicómaco*, sino también en escritos como: *El movimiento de los animales y sobre el alma*. Sin embargo, en aquellos textos, no se habla ya del paralelismo de las ciencias o el saber, sino del razonamiento. Esto puede verse en: Luz Gloria Cárdenas Mejía. *Las pasiones en el razonamiento práctico y retórico en Aristóteles*, en *Aristóteles: Retórica, pasiones Y Persuasión*, ed. Universidad de Antioquia, Medellín- Colombia, San Pablo, pp. 77-98.

<sup>643</sup> Herve Barreau. *Aristóteles y el análisis del saber*, ed. Editorial EDAF, Madrid – España, 1978, pp. 95-185.

<sup>644</sup> Aristóteles. *Metafísica*, Libro VI, pp. 148-150.

Conforme a las cuales, el hombre se halla en el medio de dos extremos, la divinidad y la feralidad animal, de forma tal, que sin ser un cuerpo celeste, es el animal que por medio del intelecto puede acariciar fugazmente, las cosas más divinas, más que, por esta misma razón, sin caer en el mundo de los animales, puede ocuparse, de las cosas humanas.<sup>645</sup>

Así, de un lado tenemos a las cosas de la divinidad, la *sophía*, o el conocimiento teórico, al cual, se le tomaba como la más exacta de las ciencias<sup>646</sup>, o la dominación total, manifestación de la perfección en el ejercicio de una técnica<sup>647</sup> y, se le caracterizaba, como un conocimiento propio de los sabios, alejado del hombre común, cuyos caracteres revestían la propiedad de una ciencia universal, necesaria e inmutable,<sup>648</sup> más que sin embargo, al lado de la admiración y perplejidad que esta generaba sobre la subjetividad del vulgo, fue calificada, las más de las veces, por la propia civilización griega, como imprudente e inútil.<sup>649</sup>

De otro lado, se hallaba la *phrónesis* o saber práctico, el cual, por contraposición al saber referido en líneas anteriores, se caracterizaba por ser particular, contingente y, mutable, propiedades inmanentes a la naturaleza de las cosas humanas. Todo lo cual, surgía de la caracterización de prudencia del hombre griego, pues, se consideraba que el hombre prudente, era aquel que deliberaba acerca de la mejor opción a tomar, dado que, la opción tomada vertería sus consecuencia no solo sobre sí mismo, sino considerando su estado dentro de la *polis*, es decir, sobre los demás.<sup>650</sup>

Tomando en cuenta lo anterior, se ha asentado en líneas generales por parte de los estudios de la ciencia filosófica, que el conocimiento especulativo, es aquel, que se dirige al

---

<sup>645</sup> José M Zamora Calvo. *Sophía y Phrónesis en Aristóteles: Ética a Nicómaco Vi, 7, 1141 a 8-1141 B 22*", Taula quaderns de pensament, 2001, p. 38.

<sup>646</sup> Ibid.

<sup>647</sup> Ibídem, p. 40.

<sup>648</sup> Ibídem, pp. 44-48.

<sup>649</sup> De esta forma Zamora, reseña un pasaje de la *Ética a Nicómaco*, donde se hace alusión a los sabios y, a su imprudencia por desconocer lo humano. En este sentido "Por lo que a Anaxágoras, Tales y a otros como ellos, que se ve que desconocen su propia conveniencia, se les llama sabios, no prudentes, y se dice que saben cosas magnificas, admirables, difíciles y divinas, pero inútiles (α[crhsta], porque no buscan los bienes humanos (τα; ajnqrwvpina ajaqav)". Además reseña un fragmento de la obra, *Teeteto* de Platón, donde se hace alusión a Tales, quien por sumirse en el estudio de los cuerpos celestes, olvido ver su trayecto y cayó a un foso. En estos términos:" «porque quería saber lo que hay en el cielo, pero se olvidaba de lo que tenía delante y a sus pies»" véase: Zamora Calvo, José. *Sophía y Phrónesis en Aristóteles: Ética a Nicómaco Vi, 7, 1141 a 8-1141 B 22*", pp. 40-41.

<sup>650</sup> Ibid, pp. 48-50.

conocer, es decir, acerca y posa la razón sobre la verdad, por sí y en sí misma considerada, al paso, que el conocimiento práctico es aquel, que desea el conocimiento, para dirigir la acción humana, o en otras palabras, acerca la razón, no al conocimiento en sí mismo, sino a la dirección de la acción.<sup>651</sup>

Seguidamente, sin introducirme en el espeso trasfondo filosófico de las discusiones propias, en torno al conocimiento práctico y su relación con la ética y el arte,<sup>652</sup> es de azas importancia, depurar el objeto, al cual, la inteligencia consagra su camino, es decir, el objeto formal sobre el que recae el método práctico o teórico.<sup>653</sup>

En ese sentido, se dice, que la ciencia teórica recae sobre objetos inmutables o que aún, por virtud de su contacto con la razón, no dejan de ser, esto es, no tienen la propiedad de ser cambiables, por efecto del contacto con el hombre, mientras que la ciencia práctica cobija aquellos objetos, que pueden ser de una u otra forma y, cuya maleabilidad pende de su contacto con la razón, o de la influencia humana.<sup>654</sup> Tal y como señala Zamora Calvo, al decir que:

“La *sophía* se refiere a los objetos «más dignos» (timiwtatwn), es decir, aquellos más estimados por sí mismos, con independencia de que nosotros les otorguemos o no un valor, pues son honorables por sí mismos. (...) Por su parte, la *phrónesis* se refiere al bien de sí mismo, al bien de una especie concreta, diferente «para los hombres y para los peces»”<sup>655</sup>

Aunado a lo anterior, la ciencia práctica recae sobre objetos particulares, al decir de Maritain (Aunque esté se refiere a la ética), está, no ha de detenerse en consideraciones sobre universos o universalidades, sino que debe descender a los objetos particulares y, al estudio detallado de su individualidad y de sus características.<sup>656</sup>

Ahora bien, el paralelismo referenciado (especulación–práctica, universal-particular, general – individual, inercia – movimiento), habiendo visto la luz por primera vez, en el marco de la filosofía y, propiamente en el surgimiento de la metafísica griega

---

<sup>651</sup> Rossi, Abelardo. *Conocimiento especulativo y conocimiento práctico*, p. 1195-1198; Jacques Maritain. *Filosofía Práctica*, en Introducción a La Filosofía, 1920, p. 1.

<sup>652</sup> Las discusiones en torno a esta temática, pueden verse, entre otras en: Rossi, Abelardo. *Conocimiento especulativo y conocimiento práctico*, p. 1196; Maritain, Jacques. *Filosofía Práctica*, pp. 2-8.

<sup>653</sup> Rossi, Abelardo. *Conocimiento especulativo y conocimiento práctico*, p. 1198.

<sup>654</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...*, p. 120.

<sup>655</sup> Zamora Calvo, José. *Sophía y Phrónesis en Aristóteles: Ética a Nicomaco Vi, 7, 1141 a 8-1141 B 22*”, p. 41.

<sup>656</sup> Maritain, Jacques. *Filosofía Práctica*, p. 6.

parménidica y, sus consiguientes depuraciones con Platón y Aristóteles,<sup>657</sup> no se postro ni en la provincia filosófica, ni en la filosofía griega, ni únicamente en el mundo antiguo.

Saltó a la provincia del Derecho, donde con meridiana diafanidad se observa la dicotomía entre las abstracciones y la realidad jurídica. Tal como se puede denotar, en el Derecho Romano Clásico, por virtud de la obra del pretor y, en rigor, del pretor de los peregrinos, quien en el marco de sus edictos, adoptaba figuras de naturaleza procesal novedosas y extrañas al derecho de la ciudad, o de los *cives*, dando paso, a regulaciones evolutivas y prácticas.<sup>658</sup> Seguidamente, otro ejemplo se puede observar durante el transcurso de la Edad Media, donde Santo Tomas, en su obra cúspide, la *summa teológica*, arguye por la elaboración del derecho positivo a partir de la aplicación de principios *a priori*, a las multiformes y variopintas materias sociales, de manera que, aun cuando la aplicación de las primeras guías o principios, produjera resultados a su vez, variopintos, aquellos no cambiaran su forma.<sup>659</sup>

Posteriormente, en la Edad moderna, bajo las líneas de Rousseau, la dicotomía referenciada, no solo se mantendría en términos de alteridad, sino que para la ciencia del Derecho, adquiriría contornos maniqueistas,<sup>660</sup> pues, conforme a su Doctrina de la “voluntad general”, según la cual, la ley se erigía en una “ley universal de la libertad”,<sup>661</sup> que no era general, por contemplar los intereses de todos, sino por abstraerse de motivaciones particulares y singulares,<sup>662</sup> está y las consecuencias derivadas de la misma, no podían errar, toda vez que encarnaban la única razón posible, la razón formal o matemática.<sup>663</sup>

---

<sup>657</sup> Se destaca aquí, la preferencia de los filósofos griegos, por la universalidad, lo eterno, aquello que se explica en sí mismo y por sí mismo, sin depender de nada más, es decir, el desdén por lo particular y lo abigarrado de la naturaleza humana, que no existía en términos metafísicos, sino que consistía en algo más, para una descripción detallada de esta premisa en las filosofías de Parménides, platón y Aristóteles, véase: García Morente, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía*, pp. 71- 135.

<sup>658</sup> Fabio Espitia Garzón, *Historia del derecho romano*, 2ª Edición ed. , Bogotá – Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 161-163.

<sup>659</sup> Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Tercera Edición ed. Editorial Porrúa, México, 1980, p. 149.

<sup>660</sup> Ibid.

<sup>661</sup> Ibid, p. 151.

<sup>662</sup> Ibid.

<sup>663</sup> A modo de ejemplo, puede verse *Ethica more Geometrico Demonstrata*, de Baruch Spinoza (1663). En la cual “ los nexos con la realidad son en efecto, la expresión de una necesidad racional absoluta: puesto Dios (o la sustancia), todo “procede” y sólo puede proceder rigurosamente del mismo modo que en geometría”. En:

Situación esta última, que derivaba en que la ley, o más propiamente el Código Civil se proclamaran como “señor del Derecho” en palabras de Zagrebelsky, pues, no solo contemplaba los derechos de los ciudadanos, sino todas las hipótesis factibles del derecho, además, de la única respuesta correcta a cada uno de los casos que llegaren a surgir.<sup>664</sup> A su vez, dado que la lógica matemática imbuida en el código, adopto la forma de un dogma, era subversivo por parte de la judicatura explicar y aplicar el derecho, por fuera de los estrictos márgenes de aquel “logos”.<sup>665</sup>

De forma tal, que a la teórica inmóvil de la ley, no pudieran adversarse argumentos que resaltaran la realidad, pues, como se indicó en líneas anteriores, aquella, formaba parte de las “cosas humanas” y como tal, se hallaba en el campo de la deliberación, completamente ajeno al de lo necesario, es decir al campo de la ley. Así, la aplicación de la ley, cerraba los ojos a la realidad y las necesidades sociales, bajo la irrestricta veneración y temor, al brocardo “*dura lex sed lex*”.<sup>666</sup>

Frente a lo anterior, siguiendo las meditaciones de Luis Recasens Siches, conforme a una mirada reflexiva y autentica, de la naturaleza de las cosas, salta a la vista, que el tratamiento que debe darse a las figuras jurídicas, sea uno acorde o por lo menos sensato con la raíz de la mismas, es decir, en la medida en que se satisfagan, determinados criterios de adecuabilidad, justicia y ortodoxia, el Derecho debe seguir a la realidad y no aislarse de ella, para soterrarse en la pura especulación.<sup>667</sup>

Así, dado que el derecho y en particular las normas jurídicas son retazos de vida humana objetivada, participan de esa vida que pretenden contener, de forma tal, que aún, cuando puedan permanecer en el olvido o en la quietud, como demás creaciones del intelecto humano, u objetos culturales – obras de arte, literatura – siempre, podrán ser retomados y en ese caso revividos. Y una vez son retomados, reaplicados, se reactualizan nuevamente, es decir, adquieren una nueva vida y evolucionan.<sup>668</sup>

---

Giovanni Reale y Dario Antiseri. *Historia de la filosofía, 4. De Spinoza a Kant*, Editorial San páblo, Universidad Pedagógica Nacional, p. 24.

<sup>664</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...*, p. 52-53.

<sup>665</sup> Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, pp.131-135.

<sup>666</sup> Ibid, p. 155.

<sup>667</sup> Ibid, p. 132.

<sup>668</sup> Ibid, p. 136.

En ese sentido, una vez las normas jurídicas son re-vivenciadas de nuevo, participan de la realidad, dado que, aun cuando su supuesto de hecho no hubiere variado y permanezca burilado con la misma forma, que se le dio al momento de su creación, los filtros por los que se renueva, le imprimen un sentido distinto, que lo aleja de especulación y lo acerca a la práctica. Pues, tal y como señala Siches: “el reino de la vida humana, lo mismo de la vida viviente individual, que de las instituciones, es el reino de la acción, que es un reino diverso del campo del puro conocimiento (...)”.<sup>669</sup>

Aquellos filtros,<sup>670</sup> en lugar de amoldar la conducta del sujeto, a lo previsto por regla general, se actualizan y particularizan, una vez que la norma general entra en contacto con la situación de hecho individualizada, por ende, al contrario del pensamiento común, la que se adapta es la norma general, a cada uno de los casos singulares, y como tal a la realidad del momento. De aquí, que la lógica formal, propia de las ciencias de la naturaleza, que propugna, por la única respuesta correcta, para caso concreto (la prevista en la ley) (todo –nada) (aut- aut),<sup>671</sup> desconozca, la relación entre el normación y los hechos, o entre la teoría y la práctica, que exige un acercamiento, precisamente más humano, o razonable.<sup>672</sup>

Para tal fin, debe recordarse que lo previsto en la ley, es puramente circunstancial, es decir, atiende a circunstancias de tiempo, modo y lugar, que han adquirió relevancia para el legislador y, frente a las cuales, se ha intentado dar una respuesta, que se limita a aquel momento histórico, con el fin de pacificar una pulsión o una necesidad social, sin que por ello, deba creerse que se elevan a cuerpos inmutables e invariables, que regulan por completo y en la mejor forma la pulsión determinada, pues, si el Derecho surge de la vida, debe afirmarse que, dado que la vida nunca es, sino que siempre está siendo, el derecho *in genere* debe abrazar dicha idea.

Pues, afirmar lo contrario, es admitir que el derecho se sirva a sí mismo, que se erija en un fin y no en un medio de satisfacción de las necesidades de los hombres, es decir, que el derecho no tenga más utilidad que pensarse a sí mismo, lo cual, lo pondría en el puro

---

<sup>669</sup> Ibid, p. 134.

<sup>670</sup> Para Recasens Siches, aquellas etapas o situaciones donde la norma general se actualizaba y se permeaba con la realidad, eran la aplicación espontanea y la aplicación jurisdiccional (judicial y administrativa). Véase: Ibid, pp.140-144.

<sup>671</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...*, p. 125.

<sup>672</sup> Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, pp. 166-168.

campo de la especulación y le cercenaría su “telos”, cual es, ser un medio para acercar al hombre a sus pulsiones, su proyecto de vida<sup>673</sup> o su búsqueda de la felicidad (*persuit of happiness*).<sup>674</sup>

Ahora bien, finalizado este aparte general entre la diferenciación teoría – práctica, gentilmente esbozado primeramente desde el punto de vista de la filosofía y luego del Derecho, es menester, extender unas líneas en cuanto al debido proceso como figura jurídica proteica, y por ende, funcional.

## 4.2. Debido Proceso, garantía funcional.

El debido proceso, derecho con carácter fundamental, dada su ontología de objeto cultural, indubitable e infaliblemente participa de las cosas humanas, lo cual, lo burila y sentencia, a nunca conocer la quietud y siempre permanecer en movimiento, es decir, a no llegar a un estado terminado, sino a continuar en desarrollo.<sup>675</sup>

Conforme a lo anterior, afirmamos que el debido proceso, es una figura o institución jurídica de carácter proteico, esto es, mutable, cambiante, o maleable, por referencia a Proteo, hijo de Poseidón, que según la tradición mitológica griega, poseía el don de la polimorfía o de cambiar de corporeidad a voluntad, según que, determinada circunstancia le impulsara a valerse de su infinita plasticidad.<sup>676</sup> Así, si bien el debido proceso en esencia, ha existido desde los orígenes de la civilización occidental, tal y como demuestra el texto

---

<sup>673</sup> Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, p. 36.

<sup>674</sup> En la Declaración de los Derechos de Virginia (1776), se puede leer, que un derecho de los hombres, es precisamente, el de buscar su propia felicidad: “That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”, tomado de : George Mason. *Virginia Declaration of Rights*, Williamsburg, Colonial. Disponible en: <http://www.history.org/Almanack/life/politics/varights.cfm>. Acceso el día, 3 de enero de 2017.

<sup>675</sup> Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, prólogo, p. viii

<sup>676</sup> La mutabilidad infinita de Proteo, es contemplada en un fragmento de la obra de José Rodó, cuando dice que: “(...) Cuando el Menelao homérico quiere sabe! por él el rumbo que deberá imprimir a sus naves; cuando el Aristeo de Virgilio va a pedirle el secreto del mal que consume sus abejas, proteo recurre a la misteriosa virtud con que desorientaba a aquellos que le sorprendían. Ya se trocaba en fiero león, ya en ondulante y escamosa serpiente; ya, convertido en fuego, se alzaba como trémula llama; ahora era el árbol que levanta hasta la vecindad del cielo su cerviz, ahora el arroyo que suelta en rápida corriente sus ondas. Siempre inasible, siempre nuevo, recorría la infinitud de las apariencias sin fijar su esencia sutilísima en ninguna. (...) Véase: José Enrique Rodó. *Motivos de Proteo*, Segunda Edición ed. Valencia – España, 1918.

de las *Euménides*, y algunos ejemplos bíblicos,<sup>677</sup> aquel derecho fundamental, considerado como el “derecho de los derechos”, o el derecho por virtud del cual, los demás derechos adquieren corporeidad y aplicación,<sup>678</sup> no siempre, ha existido con contornos tan exquisitos y humanos, como los posee hoy en día.

En ese sentido, el debido proceso, siguiendo a Peña, demuestra su maleabilidad en el transcurso histórico, toda vez, que se ciñe a la realidad imperante en determinada época, lugar y circunstancias, que por fuerza de la situación, lo adaptan a las necesidades, de manera tal, que las más de las veces el debido proceso, sigue a la voluntad política y al régimen de turno, de forma tal, que en el marco de sociedades democráticas, que respiren el aire de la Dignidad Humana, el contorno de esta figura jurídica será diametralmente distinta, de aquel en aquellas sociedades, donde las ideas totalizantes y el miedo por la individualidad, caminen junto a los hombres.<sup>679</sup>

De manera que, en las sociedades donde se comulga con la idea de la persona como fin y no como medio, la relación jurídico adjetiva, y el carácter debido que le acompaña, serán la guía indispensable en el camino de limitar y restringir los bienes jurídicos de los hombres, su libertad, su vida o su hacienda, al paso que, donde la “justicia” es el fin y las personas son un medio para alcanzarla, el proceso y su predicado de debido, solo serán la representación circense de un juicio tomado con anterioridad, que emboza la voluntad del

---

<sup>677</sup> En el texto de las *Euménides*, Orestes, asesino de su madre Clitemnestra, en retribución por el homicidio de su padre, busca la provocación de un juicio ante Atenea, para que está decidiera sobre su destino y, esté no se dejara a la mera venganza y pasiones de las Erinias, criaturas encargadas de asesinar a quienes cometían crímenes de sangre. Véase, Esquilo. *Tragedias Completas*, Editorial Planeta, 1993, p. 239-275; En ese sentido, Carlos Bernal Pulido, recuerda que en el Génesis, durante la conversación que sostuvieron Dios y Abraham, ya se podían observar principios tales como, la imparcialidad del juez, el derecho de contradicción y la intermediación procesal. Esto puede verse en: Carlos Bernal Pulido. *El derecho fundamental al debido proceso*, en *El Derecho De Los Derechos, Escritos Sobre La Aplicación De Los Derechos Fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, p. 333.

<sup>678</sup> Bernal Pulido, Carlos. *El derecho fundamental al debido proceso*, p. 337; Laurence Burgorgue- Larsen y Amaya Úbeda de Torres. *The right to due process* en *The Inter- American Court of Rights, Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 645.

<sup>679</sup> Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. 19; En el mismo sentido, Jesús María Sanguino, citado por Rúa Castaño y Lopera Lopera, manifiesta que: “Los procesos serán justos, si ellos se desenvuelven por normas de procedimiento dictadas en consonancia con la época, consultado los intereses de la colectividad por encima de los intereses individuales. Los instrumentos legales permitirán, en la medida de su concepción ideológica, la realización de un debido proceso, estatutos de enjuiciamiento redactados y promulgados para beneficio de una clase o de una élite nunca lograran la concepción de un debido proceso”. En: Rúa Castaño, John y Lopera Lopera, Jairo de Jesús. *La tutela judicial efectiva*, p. 71; Hoyos, Arturo. *El debido proceso en las Américas*, p. 2.

adadid de turno, tal y como se puede observar, en distintos casos ocurridos en épocas distintas, donde la particularidad de las personas y su “carencia de rostro”,<sup>680</sup> les hizo acreedores a procesos completamente indebidos.<sup>681</sup>

Así, haciendo depender la figura en comento del momento político determinado, a está le tomaran la mano gran cantidad de garantías, o por otro lado, se la soltaran, para desnudarla en un procedimiento vacío, carente de su verdadera estructura dialogal, compuesta de las fases que Hegel determinó para el desarrollo histórico (afirmación, negación, confirmación). De forma tal, que garantías como la imparcialidad del juzgador, el derecho de contradicción y de defensa, la igualdad jurídica entre las partes, la presunción de inocencia, el juez competente (natural) y, el principio de legalidad, conforme a la realidad y al decurso histórico, entraran o saldrán del contenido del debido proceso.<sup>682</sup>

Conforme a lo anterior, puede afirmarse que tal es el contacto del debido proceso con la realidad, que al encararla, está lo ha transformado, pues hoy en día ya no se habla simplistamente del proceso como un mecanismo estéril para la aplicación o actualización de la ley sustantiva, sino que se ha llegado a hablar de un proceso con derechos fundamentales o humanos, es decir, que sea útil a la realización y protección de los derechos fundamentales.<sup>683</sup>

Ahora bien, si los derechos humanos/derechos fundamentales, parten de la exaltación de la individualidad de los sujetos, de su particularidad no aislada y abstraída del

---

<sup>680</sup> Dentro de los primeros escritos sobre la “Dignidad Humana”, se encuentra el Discurso sobre la Dignidad del Hombre, de 1486-87, dentro del cual, se señala que la primera diferencia entre hombres y animales, consiste en que a aquellos, no les fue dado, ni un rostro, ni una identidad, ni ninguna prerrogativa especial, para que ellos mismos la encontraran y conforme a su individualidad desarrollaran su vida, para mas detalle. Véase: Giovanni Pico della Mirandola. *Discurso sobre la dignidad del hombre*, (Trad) Adolfo Ruiz Diaz, 2004, Revista Digital Universitaria, Unam, 1 de Noviembre 2010. Véase también, Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *El derecho ordinario y la Constitución*, p. 77.

<sup>681</sup> En ese sentido, recuérdense los denominados Juicios de Dios, las Ordalías y demás medios de prueba, propios del antiguo derecho germano y sus resquicios en la Inquisición. Véase: Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, p. 18; además para un relato jurídico del juicio adelantado en contra de Jesús de Nazaret, véase: Da Silva, Fabio. *O processo de Jesus de Nazaré e devido processo legal*.

<sup>682</sup> Así, Bernal indica que hoy en día el debido proceso, es el derecho que materializa la democracia a través de la figura del dialogo, por oposición a la ideología xenófoba y totalizante, que se desarrolla por oposición, a través del monologo. En Bernal Pulido, Carlos. *El derecho fundamental al debido proceso*, pp. 334-338; véase también: Rúa Castaño, John y Lopera Lopera, Jairo de Jesús. *La tutela judicial efectiva*, p. 66.

<sup>683</sup> Gozaíni, Osvaldo. *Elementos de derecho procesal civil*, p. 115; Jaímer Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. *El debido proceso*, en el proceso penal, estructura y garantías procesales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2013, p. 916.

mundo, sino en relación con este y, como tal, con las otras personas y situaciones del género humano,<sup>684</sup> podemos afirmar, que el debido proceso, derecho humano y fundamental por excelencia, debe compaginarse no con la realidad de manera genérica, tal como ocurre de ordinario, por su mutabilidad político – histórica, sino que, subiendo un peldaño más arriba, debe aprehender la individualidad y particularidad, de los sujetos sobre los que recae.<sup>685</sup>

En otras palabras, el debido proceso, debe encarar a la realidad particular, por encima de la genérica, de ahí, su carácter de garantía funcional, no entendida en relación con la función que cumple, pues, está siempre será la misma, es decir, poner fronteras a la irracionalidad, arbitrariedad y desproporción, en la limitación de bienes jurídicos básicos, sino, como institución que se caracteriza por su utilidad eminentemente práctica.<sup>686</sup>

Esto es, que recae no sobre la universalidad del concepto, sino que acepta el cambio y se posa sobre la individualidad del sujeto que contempla, de forma tal, que debido proceso, no se agote en un concepto único e invariable que se erige en una cornucopia de garantías utilizables todas, para cada una de las situaciones prácticas, haciendo uso de la expresión inglesa (*one size fits all*). Al contrario, que a partir de su carácter funcional rescate lo que a cada substancia pertenece, es decir, se concrete.<sup>687</sup>

De manera que, para utilizar la inteligencia dada por la Corte Constitucional, al debido proceso, en sus facetas de Constitucional y legal, se entiende y afirma que existen garantías únicas y comunes, que parten de la Constitución y que compete a la ley desarrollar de la mejor manera, tales como: el derecho al juez natural, el derecho a presentar y controvertir pruebas, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho a la instancia, el principio de legalidad, la publicidad de los actos que emerjan de la relación

---

<sup>684</sup> Ricardo Parellada. *Filosofía y derechos humanos*, ARBOR Ciencia, pensamiento y Cultura, 2010, p. 801.

<sup>685</sup> El uso del termino sujeto, no se refiere en esta línea a la persona como tal, sino a la substancia a ser protegida por medio del debido proceso, es decir, la pretensión.

<sup>686</sup> Real Academia Española. *Diccionario de a lengua española*. Búsqueda: “funcional”: 2. adj. Dicho de una cosa: Diseñada u organizada atendiendo, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=IbRm8IG>, acceso 27 de diciembre de 2016.

<sup>687</sup> En relación a la benevolencia del debido proceso con la realidad del caso concreto, pueden verse: Didier Jr, Fredie. *Cláusulas generales processuais*, pp. 12-13; Barreiros, Lorena. *A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos*, p. 38; Gozaíni, Osvaldo. *Elementos de derecho procesal civil*, p. 116.

procesal, *al non bis in ídem*, entre otras.<sup>688</sup> Y contiguas a estas, existen otras garantías que solo son propias de determinado tipo de pretensiones, y/o que siendo genéricas, solo pueden desarrollarse plenamente a través de otras garantías especialísimas (En las acciones colectivas, la representatividad adecuada).<sup>689</sup>

Ahora bien, el carácter funcional del debido proceso, tratado en estas líneas no solo se sustenta en premisas de carácter enteramente filosófico, sino que tiene prosapia normativa y valía constitucional, pues, conforme a la propia tinta de la Carta Magna y la inteligencia del debido proceso, que ha formulado el Supremo Tribunal Constitucional patrio, el debido proceso se abre a esta posibilidad, de la siguiente manera.

La Corte Constitucional, ha aceptado que la Carta Magna, posee un contenido material que extiende su corporeidad por fuera de los estrechos límites de su forma física, en otras palabras, que la Constitución no se agota únicamente en las líneas que trazan su articulado y establecen las denominadas partes dogmática y orgánica, sino que por virtud de la Teoría del Bloque de Constitucionalidad, la misma Constitución se abre a la recepción de contenidos axiológicos<sup>690</sup> y normativos, de carácter internacional, que enriquecen su propia existencia. Así, como señala Bernal Pulido, el terreno de los Derechos Fundamentales, no sólo es el que delimitan las disposiciones de la Constitución.<sup>691</sup>

De manera que, refiriéndonos al debido proceso, las once garantías que componen su Corpus, en la medida del artículo 29 Superior, no limitan su contenido, pues éste, es una cláusula abierta que lo lleva a la recepción de otras garantías, no grabadas en la

---

<sup>688</sup> La Corte Constitucional en distintas providencias, ha fincado una naturaleza dual del derecho al debido proceso, en constitucional y legal, erigiéndose el primero en una especie de quintaescencia de la figura, que se destila a partir de la propia constitución, y cuyos contenidos surgen de la dignidad humana, además que son de necesaria verificación, al paso que el segundo, consistiría en la mejor manera de proveer a dichas garantías por parte del Legislador, en el desarrollo de la normación en materia procesal y procedimental. Esto puede verse en: Corte Constitucional. Sentencia T - 039 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Sentencia T -685 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia T - 461 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>689</sup> Thamay, Rennan. *Os princípios do processo coletivo*, p. 5.

<sup>690</sup> Conforme lo señala Estrada, el bloque de constitucionalidad, no solo abre la puerta a que hagan parte derechos humanos en el sentido de reglas, de proveniencia internacional, sino también, principios y valores, que no contradigan toda la axiología propia de la Constitución. Esto puede verse en: Estrada, Sergio. *La excepción de principalidad*, pp. 93-98.

<sup>691</sup> Bernal Pulido, Carlos. *El derecho fundamental al debido proceso*, p. 347.

Constitución<sup>692</sup> y, como tal a no cerrar los ojos a la realidad, de nuevas situaciones que permitan la encarnación del orden justo.<sup>693</sup>

Seguidamente otra razón que avala la funcionalidad del debido proceso, se haya inserta en el texto de la propia Constitución, cuando está en la prescripción 29, señala, como una de las garantías que componen su *corpus* que “(...) Nadie podrá ser juzgado sino (...) con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio(...)”. Donde el énfasis debe ponerse en la palabra “forma”, la cual, en términos filosóficos, posee variadas acepciones,<sup>694</sup> cuyas consecuencias en el plano legal, determinan la adopción de visiones adversas. De manera tal, que la palabra forma, puede ser tomada como 1) En su sentido más vulgar, la figura de los cuerpos 2) el límite total de la realidad corpórea y 3) Aquellos elementos que hacen que las cosas sean lo que son y no otra cosa, es decir, su esencia.<sup>695</sup>

En ese sentido, las dos primeras acepciones, exponen la forma como límite, haciendo referencia a las figuras geométricas<sup>696</sup> y, a su ontología como objetos terminados, respecto de los cuales un conocimiento nuevo no es posible, pues, su naturaleza es inerte.<sup>697</sup> De manera que, la aplicación de esa interpretación de la forma, evita la evolución y actualización del debido proceso a las necesidades sociales específicas, y de contera, trastoca la constitucionalidad del debido proceso y se centra en su fase legal, es decir, se erige en un debido proceso inerte y legicista, que bajo la bandera del principio de legalidad, socava los derechos de las partes a unas garantías idóneas y adecuadas al tipo de relación procesal fijada, por tener como dogma, la omniscia y sabiduría del legislador.<sup>698</sup>

---

<sup>692</sup> Corte Constitucional, Sentencia, T - 237 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>693</sup> Esto se puede ver: en la Sentencia T - 083 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, donde la Corte Constitucional indico en lo pertinente que: “El derecho fundamental al debido proceso comprende, como lo ha señalado esta Corporación, no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya, más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal impone (debido proceso legal), a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo”.

<sup>694</sup> García Morente, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofía*, p. 110.

<sup>695</sup> *Ibid*, p. 111.

<sup>696</sup> *Ibid*.

<sup>697</sup> Moreno Ortiz, Luis Javier. *Acceso a la justicia*, prólogo, p. Viii.

<sup>698</sup> En ese sentido, puede verse la sentencia del 11 de junio de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara, donde se señala que “el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a éste el derecho a su defensa y a ser juzgado por igual conforme a normas preexistentes, nítidas e inequívocas (...)”. Citado en: Rúa Castaño, John y Lopera Lopera, Jairo de Jesús. *La tutela judicial efectiva*, p. 72.

Por otro lado, la interpretación de la forma como esencia, da un nuevo panorama al debido proceso, pues, no sólo abandona el legicentrismo, por la “observancia de la forma fundamental, aunque elástica y no rígida, como garantía – medio, para la obtención de una decisión correcta”,<sup>699</sup> sino, que abre las puertas a que las garantías del debido proceso, comunes y nuevas, se ciñan a la esencialidad de las sustancias, es decir, que ha cada pretensión le siga su debido proceso, y como tal, que el debido proceso se abra, a la realidad práctica.<sup>700</sup>

Conforme a lo anterior, puede vislumbrarse que el debido proceso, no es un concepto *a priori*, que se funde a toda pretensión en la misma medida, pues, se distinguen garantías que son comunes y otras que especialísimas a ciertas pretensiones, a manera de ejemplo: a la pretensión penal, le son especiales, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, *el indubio pro reo*, la legalidad de la pena, la oralidad y publicidad del juicio y la doble instancia en caso de sentencia condenatoria.<sup>701</sup> En las pretensiones de carácter laboral, la aplicación de la regla probatoria en favor del operario, cuando al juzgador le asalte la duda, sobre en la aplicación de la norma (*indubio pro operario*)<sup>702</sup>, en las pretensiones de tutela, el manejo prioritario del asunto y el manejo atemperado de la valoración probatoria,<sup>703</sup> así, como la aminoración que los principios de la función pública,

---

<sup>699</sup> Agudelo Ramírez, Martín. *Filosofía del derecho procesal*, p. 115.

<sup>700</sup> En ese sentido puede verse, la Sentencia Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1184). En donde la Suprema Corte de los Estados Unidos de América indicó que: “Lo que significa el debido proceso de ley, depende de las circunstancias. Varía con la materia y con las necesidades de la situación. El debido proceso de ley es áquel en el cual las formas que deben observarse resultan apropiadas para el caso y justas para las partes (...). Citado en: Wray, Alberto. *El debido proceso en la Constitución*, p. 36.

<sup>701</sup> Para una lectura más profunda de esas garantías propias del debido proceso penal, véase: Bernal Cuéllar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *El debido proceso*. Citado Supra.

<sup>702</sup> Decreto Ley n° 2663 del 5 de agosto de 1950. Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial n° 27.407 del 9 de septiembre de 1950.

Art. 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

<sup>703</sup> Decreto n° 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial n° 40165 del 19 de Noviembre de 1991.

Art. 15. Trámite preferencial. La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus. Los plazos son perentorios o improrrogables.

Art. 22. Pruebas. El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.

y las conductas administrativo relevantes, le introducen al debido proceso en sede administrativa.<sup>704</sup>

Lo anterior puede sustentarse a partir de pronunciamientos constitucionales, donde, si bien, en distintas ocasiones se ha acogido la postura geométrica del debido proceso, limitándola al estricto cumplimiento de lo previsto en la ley,<sup>705</sup> de manera ortodoxa y práctica en otras decisiones, se ha indicado que lo que define la “forma” de cada juicio, es precisamente la finalidad y la naturaleza de la relación jurídico sustancial que sirve condición de posibilidad al proceso.<sup>706</sup> Es decir, su esencia, de manera, que da apertura a la aplicación y existencia de la garantía funcional del debido proceso.<sup>707</sup>

Ultimadamente, conforme a lo explicado en líneas anteriores, el debido proceso como garantía funcional, contrario a lo que pudiera pensarse, no pretende la eliminación de los procedimientos previstos en la ley, a manera de figura geométrica, por el contrario, acepta su establecimiento como medida gradual de seguridad jurídica y objetividad judicial, sin embargo, prohíja que a cada pretensión no solo corresponda su procedimiento legal, sino, su debido proceso, el cual, fundándose en la esencia propia de cada pretensión, da pábulo a la corrección del procedimiento legal, a la renovación de las garantías del debido proceso, y de su aplicación al caso concreto, acercándole a la realidad.

De tal forma que partiendo de la afirmación de Rojas Gómez, la pretensión no sólo le da su nombre al proceso,<sup>708</sup> (divorcio, nulidad y restablecimiento del derecho, impugnación de actos de asambleas, de grupo, o popular), sino que le señala su debido proceso funcional.<sup>709</sup>

---

<sup>704</sup> Así, en la Sentencia C - 034 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, se puede leer que “La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos (...)”

<sup>705</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU - 429 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>706</sup> Corte Constitucional, Sentencias T - 685 de 2003 y T- 516 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>707</sup> Wray, Alberto. *El debido proceso en la Constitución*, p. 36.

<sup>708</sup> Rojas Gómez, Miguel, *Introducción a La teoría del proceso*, pp. 110-118.

<sup>709</sup> Camargo, Pedro. *El debido proceso*, p. 305; Bernal Pulido, Carlos. *El derecho fundamental al debido proceso*, p. 351.

Así, habiendo visto el rudimento de la consistencia mutable del debido proceso, se extenderán unas líneas enteramente enfocadas, a las formas propias de los juicios colectivos, o en otras palabras, el debido proceso de las pretensiones colectivas (grupo – popular), o debido proceso colectivo.

## **5. Debido proceso colectivo**

El advenimiento del mundo moderno trastocó las estructuras individualistas y parroquiales tradicionales, en el desarrollo de las relaciones sociales, dando paso a la sociedad de masas y la religión del consumo, soportado en los valores capitalistas, donde el valor del “uno” y del ser humano individual, se pierde en el marco de relaciones económicas y políticas, que abren la puerta al valor del “todos”, esto es de los grupos y colectividades.<sup>710</sup>

Este cambio, no dejó indemne al Derecho, el cual, como regulador de las conductas y relaciones sociales, vio surgir nuevas formas de construir nexos jurídicamente y como tal, el nacimiento de nuevos conflictos, que ya no se desarrollaban individualmente, sino en masa, esto es, donde el actuar de uno solo, diezma el derecho o interés de un gran número de personas, en donde los afectados, como se deduce resultan ser, colectividades, clases o agrupaciones, de ahí que, conforme lo señala Cappelletti, sean estos conflictos, el escenario de las “violaciones en masa”.<sup>711</sup>

Dada la novel condición de estas violaciones, los tradicionales moldes individuales y minimalistas en los que el Derecho se había gestado, resaltaron por su impotencia e incompetencia en la explicación, regulación y aplicación de las situaciones colectivas, propias del mundo moderno, el cual pulsaba por el reconocimiento de nuevas estructuras jurídicas adecuadas a esquemas de pluralidad y masificación.<sup>712</sup>

Dicha pulsión de reconocimiento e innovación, empujó al Derecho a aceptar novedosas realidades jurídicas de naturaleza sustancial, a las cuales se les rotuló bajo el nombre de Derechos Colectivos (Colectivos, Difusos, Individuales Homogéneos), cuya naturaleza, subversiva de las enseñanzas individualistas, que propenden por la

---

<sup>710</sup> Thamay, Rennan. *Os princípios do processo coletivo*, p. 2; Alexandre Antonio Bruno da Silva y Ana Isabel Modena. *Novos Direitos: a tutela coletiva dos direitos individuais*, Fortaleza – Brasil, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Junho de 2010, p. 6508.

<sup>711</sup> Cappelletti, Mauro. *La protección de los intereses colectivos...*, p. 74.

<sup>712</sup> Bruno da Silva, Alexandre y Modena, Ana. *Novos Direitos...*, pp. 6508-6509.

“compatibilidad subjetiva de la acción” o de la titularidad del derecho invocado en juicio, además por el paralelismo público – privatista, en la legitimación en causa,<sup>713</sup> exigía a su vez, mecanismos procesales idóneos para su provocación y discusión en sede judicial.<sup>714</sup>

Aquella herramienta procesal, diseñada para la desactivación de las controversias que se suscitan en clave colectiva, es el proceso colectivo, el cual para contornear y efectivizar plena y depuradamente, las necesidades de los derechos colectivos, debe apartarse de la teórica general del proceso originaria, formada durante siglos de estudio y enseñanza del derecho procesal de corte individual, y retozar sobre una teoría general del proceso, hecha a la medida del litigio colectivo.<sup>715</sup>

De forma que, instituciones tradicionales de la teoría del proceso individual, tales como la legitimación en la causa, los poderes del juez, el derecho de defensa, la bilateralidad de la audiencia, el derecho al conocimiento de los actos procesales, y la cosa juzgada, deben abandonar la ligazón singular y volcarse a las necesidades y eficacia del conflicto colectivo, donde la justicia se invoca no para sí, sino para los demás, esto es, para el grupo.<sup>716</sup>

Para tal efecto, el cambio debe partir de su rudimento o fundamentación, es decir, del Derecho Fundamental al Debido Proceso, el cual, haciendo uso de su carácter funcional, y su proteica figura, debe ser benevolente con la forma de la pretensión colectiva, ventilada por medio del proceso colectivo, en otras palabras, el debido proceso nacido en el seno de una sociedad individualista, debe mutar y adaptarse a un juicio justo, que exalte las necesidades de la sociedad masificada.<sup>717</sup>

Así, tal y como se indicó en líneas anteriores, el carácter funcional del debido proceso, permite reconocer la existencia de garantías o elementos comunes a todo tipo de proceso y procedimiento, y otros particulares a cada uno de ellos, que se derivan de la

---

<sup>713</sup> Cappelletti, Mauro. *La protección de los intereses colectivos...*, pp. 76-79.

<sup>714</sup> Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*, p.3; Bruno da Silva, Alexandre y Modena, Ana. *Novos Direitos...*, p. 6511.

<sup>715</sup> Ibid, p. 6509 ; Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*, pp. 3-4.

<sup>716</sup> Cappelletti, Mauro. *La protección de los intereses colectivos...*, p. 74.

<sup>717</sup> Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*, pp. 5-8; Thamay, Rennan. *Os princípios do processo coletivo*, pp. 3-5; Esdras Silva Pinto. *Processo Coletivo: Princípios específicos, espécies de direito coletivo e características principais*, Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 11 dezembro 2015. Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54910>>

esencia de las pretensiones, que sirven para acercar, el debido proceso a la realidad de los casos concretos, siendo esto último, plenamente aplicable a los procesos colectivos.

De manera que, la institución del “Debido Proceso Colectivo”, comparte no sólo los predicados y categorizaciones básicas, que se hicieron sobre el debido proceso individual a lo largo de este escrito, cuya necesidad deriva de la delimitación del alcance y sentido de la figura en comento, sino que comporta prerrogativas que le son únicas e irrepetibles, tal y como pasa a explicarse.<sup>718</sup>

En ese sentido, primeramente, el juicio justo en clave colectiva, robustece la historia de la garantía procesal básica, pues añade un nuevo retazo en el desarrollo del debido proceso, cuyo origen para efectos colectivos, podría fijarse en las primeras decisiones de la SCUS, bajo el régimen de la reglas de la equidad.<sup>719</sup> En segundo lugar, el debido proceso colectivo, posee la misma naturaleza en derecho que su par individual, esto es, es un derecho de carácter fundamental, y como tal, 1) posee una íntima relación con la axiología constitucional, y por ende con los valores de la dignidad humana y la justicia, 2) paralelamente, a su mecanismo procesal ordinario ( proceso colectivo, V.gr Acciones Populares y Acción de Grupo), es susceptible de ser invocado por vía de acción de tutela 3) su objeto, se materializa no sólo, en prestaciones de carácter negativo o “de no hacer”, por el contrario, se requiere de la activa participación del Estado en la satisfacción de este derecho fundamental, a través del reconocimiento de los derechos colectivos, su reglamentación apropiada, su difusión y la actualización de los operadores jurídicos, para su manejo eficiente y adecuado.<sup>720</sup>

En tercer lugar, dada su ontología de derecho fundamental, el debido proceso en clave colectiva, en su calidad de principio, posee todas las funciones, que se afilian tradicional y actualmente, a aquellas figuras jurídicas, esto implica, que el debido proceso colectivo, no sólo sirve para interpretar, suplir y llenar los vacíos de la ley colectiva<sup>721</sup>, sino que además, a solicitud de parte o *sua sponte*, puede utilizarse como mecanismo, para

---

<sup>718</sup> Matías, Sucunza. *El derecho constitucional - convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad*, Revista de Derecho Público, Rubinzal – Culzoni, 2016 – I, p. 113.

<sup>719</sup> Véase: *West v. Randall (1820)*; *Smith v. Swomstedt*, 57 U.S. 16 HOW. 288 (1853).

<sup>720</sup> Sucunza, Matías. *El derecho constitucional – convencional...*, p. 119.

<sup>721</sup> Idem.

oponerse a la aplicación de la ley injusta.<sup>722</sup> Finalmente, el último elemento, que comparte el proceso justo colectivo, con su par genérico, es el desdoblamiento en “procesal” y “sustantivo”, de manera en su identidad “procesal” son comunes, tanto al Debido Proceso genérico, como al colectivo, entre otras, las garantías, de defensa, la imparcialidad del juez, el derecho de contradicción, la doble instancia, el derecho a un juez competente, la publicidad y el conocimiento, y, el derecho a que el proceso termine de manera definitiva, es decir, a que concluya con una sentencia que transite a cosa juzgada.<sup>723</sup> Mientras que en su identidad sustantiva, el debido proceso colectivo, un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, de todos los actos estatales, que limiten o cercenen arbitraria, irrazonable o ilógicamente, los derechos colectivos y los derechos procesales de las partes.<sup>724</sup>

Ahora bien, como se señaló anteriormente, el Debido Proceso Colectivo, posee elementos propios, e inherentes, que derivan de su carácter funcional y como tal, de su esencia, en otras palabras, de la naturaleza de las pretensiones colectivas. Las cuales, siguiendo a Gidi, se componen de tres grandes elementos: Un representante (legitimado) que provoca la actuación judicial de un derecho colectivamente considerado, cuya decisión alcanzará o cobijará a un grupo de personas,<sup>725</sup> la mayoría de las cuales, no solo no ha dado su consentimiento para el inicio de la acción, sino que desconocen sus derechos y a quien les representará.

Razón por la cual, dada su especialidad el debido proceso colectivo, debe contemplar todas aquellas garantías que posibiliten el debido desarrollo de la discusión acerca del conflicto colectivo, las cuales, siguiendo a la Doctrina<sup>726</sup>, son entre otras: 1) El acceso colectivo a la justicia,<sup>727</sup> 2) la universalidad de la jurisdicción, 3) la publicidad

---

<sup>722</sup> Esto se explica con mayor detenimiento, en el punto 2.2.2.

<sup>723</sup> Thamay, Rennan. *Os princípios do processo coletivo*, pp. 3 - 4.

<sup>724</sup> Ídem.

<sup>725</sup> Gidi, Antonio. *El concepto de acción colectiva...*, p. 15.

<sup>726</sup> Véase: Ibid; Silva Pinto, Esdras. *Processo Coletivo: princípios específicos, espécies de direito coletivo e características principais*; Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*, pp. 5-19; Bruno da Silva, Alexandre y Modena, Ana. *Novos Direitos...*, p. 6512; Sucunza, Matías. *El derecho constitucional – convencional...*, pp. 116-117.

<sup>727</sup> El acceso a la justicia, tradicionalmente se ha regulado de forma individual, es decir, como el derecho de los individuos, guiados únicamente por sus intereses, para golpear las puertas de la Jurisdicción y recibir una resolución pronta, siguiendo el tradicional esquema individualista procesal que consideraba que solo los particulares, entendidos en su individualidad, podían acceder a la justicia, y como tal, se les confería legitimación procesal. Hoy en día, limitado al caso colombiano, el acceso a la justicia, también se reconoce de

efectiva y la participación, 4) la efectividad del proceso colectivo, 5) el principio de economía colectiva 6) la instrumentalidad de formas, 7) la primacía en el conocimiento del mérito colectivo, 8) la indisponibilidad de la demanda colectiva, 9) la especialidad temática del proceso colectivo 10) el rol directivo del juez, en el manejo de la lid colectiva, también conocido como “activismo judicial” y, 11) la representatividad adecuada del legitimado colectivo.

Sin la pretensión de desarrollar a cabalidad las garantías que componen el cuerpo del debido proceso colectivo, trabajo que implicaría un aliento mayúsculo impropio del espacio de este trabajo, si es menester señalar, que la adecuada representación del legitimado colectivo, es el elemento por medio del cual, se satisfacen gran parte de las garantías del debido proceso general y colectivo, dado que es el adecuado representante, quien provoca el inicio del proceso colectivo, lo desarrolla y permanece en él hasta su fenecimiento, es decir, tanto el derecho de acción o de acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa y de contradicción, en su simplificación “*audiatur altera pars*”, por medio del cual, se busca controlar los actos de la parte contraria y, lograr influir sobre la decisión final, además de que en su cenit, la sentencia extinga los derechos de los miembros ausentes, se satisfacen a través de un adecuado representante. Tal y como indica Verbic, al decir que “el derecho a ser oído por el juez se limita aquí a ser oído, a través de un gestor atípico de intereses”.<sup>728</sup>

En ese sentido, la importancia de la representatividad adecuada, como piedra angular del debido proceso colectivo, se ha resaltado por parte de la Jurisprudencia Norteamericana, en donde, de entre los requisitos de procedibilidad de las acciones colectivas (*class action*)<sup>729</sup> la gestión del representante, brilla por encima de los demás,

---

forma colectiva, no solo implícitamente, sino explícitamente, o en otras palabras “positivamente”, tal y como puede verse en: Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 48.489 de 12 de julio de 2012. En cuyo artículo segundo se indica que: “Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado”(Cursiva y subrayado del autor). El cual, si bien se erige en el estatuto de las pretensiones de carácter individual y privado, también es el referente de los procesos de cualquier otra naturaleza, véase: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. *Proyecto de Código General del Proceso - Exposición de Motivos*, p. 2.

<sup>728</sup> Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*, p. 14.

<sup>729</sup> Véase la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23.

pues es conforme a esta, que los derechos sustanciales y procesales de la legión o grupo se extinguirán.<sup>730</sup>

Concluido este acápite en torno al debido proceso colectivo, se extenderán unas cuantas líneas, en cuanto su existencia en el orden jurídico patrio, para finalmente dar una conclusión.

## 5.1 Un vistazo al debido proceso colectivo en Colombia

Entre nosotros, no sólo no es común referirnos a un “debido proceso colectivo”, sino que es una rareza, pues, tanto la doctrina como la jurisprudencia, al hablar del proceso justo, la mayoría de las veces permanecen en aguas poco profundas, limitándose al debido proceso genérico o individual, en sus conceptualizaciones positiva o negativa y, sobre todo, a su identidad de carácter “procesal”.

Sin embargo, existen en el ordenamiento jurídico algunos elementos, que permiten hablar de la existencia de un proceso que se debe en clave colectiva, en el orden jurídico patrio. En primer lugar, la norma fundamental del Estado Colombiano, dentro de su articulado, reconoce el derecho fundamental al debido proceso, el cual, como se vio en líneas antecedentes, no es una cláusula pétrea, sino que admite la recepción de garantías nuevas, ajenas la retórica del artículo 29 superior y, además, conforme a una interpretación de carácter filosófico, permite al juicio justo, posarse sobre la esencia de cada una de las pretensiones, abstrayéndose de la creencia en un debido proceso, de única talla.<sup>731</sup>

En segundo lugar, la Constitución reconoce la existencia de derechos de carácter colectivo,<sup>732</sup> lo cual, es determinante en el camino del debido proceso colectivo en

---

<sup>730</sup> *Bárbara J. Key v. Gillette Company*, 782 f.2d 5 (1st cir. 1986) "One of the most important of these requirements is that the representative party fairly and adequately represent the interests of the class. Rule 23(a)(4). This requirement is particularly important because the due process rights of absentee class members may be implicated if they are bound by a final judgment in a suit where they were inadequately represented by the named plaintiff".

<sup>731</sup> Para una mayor explicación, véase el punto 4.2.

<sup>732</sup> Constitución Política De Colombia, 1991.

Art. 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Colombia, pues, se erige en el manifiesto, de la ruptura y la diferenciación conceptual, teórica y existencial, de un nuevo grupo de derechos, que se oponen a aquellos de carácter individual, y que por ende, pujan por un tratamiento con requerimientos procesales diferenciados y únicos, en otras palabras, dado que existen los derechos colectivos, sólo es lógico y razonable, pensar que los conflictos que surjan de aquellos, puedan ser demandables, y discutibles óptimamente, a través de estructuras adecuadas, pensadas y, diseñadas para tales fines, pues pensar en un derecho colectivo, sin un mecanismo de similar naturaleza que permita su exigibilidad y discusión colectivamente, sería un despropósito.<sup>733</sup>

En tercer lugar, descendiendo al plano legislativo, la norma de carácter adjetivo, diagramada para la discusión de los conflictos de carácter colectivo, es decir, la Ley 472 de 1998, si bien en su contenido, no se refiere explícitamente al debido proceso colectivo, sí establece retazos, que hilados armónicamente, dan pábulo para hablar de su presencia en el orden patrio. Así, en el artículo 5, capítulo tercero, referido a los principios, se establece la obligación del juez de velar “por el respeto al debido proceso y las garantías procesales (...)”,<sup>734</sup> además de aplicar los principios generales del código de ritos civiles, hoy en día Código General del Proceso, el cual, explícitamente prevé el acceso a la administración de justicia y el debido proceso, no solo a sujetos individuales, sino a colectividades o grupos de personas.<sup>735</sup>

Finalmente, el último elemento que permite contemplar la existencia de un debido proceso colectivo en Colombia, es la consagración legal (aunque defectuosa) de la

---

<sup>733</sup> Sucunza, Matías. *El derecho constitucional – convencional...*, p. 107.

<sup>734</sup> Ley nº 472 de 1998.

Art. 5. trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones. El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.(...)

<sup>735</sup> Ley nº 1564 de 2012.

Art. 2. acceso a la justicia. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.

representatividad adecuada del gestor colectivo, con base en la cual, los miembros ausentes podrán solicitar, su exclusión del grupo, evitando así la extinción de sus derechos.<sup>736</sup>

En suma, en lo que atañe al debido proceso, este revela un contenido mucho más rico y profundo del que liminal y tradicionalmente se le ha otorgado, existen diversos elementos que permiten hablar del cambio o mutación del debido proceso y, afiliarlo a realidad de las novedosas y variopintas pretensiones existentes, en ese marco surge el debido proceso colectivo, el cual, posee unos contornos compartidos con su vertiente individual y que sin embargo, contempla un catálogo mayor de garantías, entre nosotros las referencias al debido proceso son contritas pues reposan en el debido proceso en su fase procesal, lo cual, no empecé para que se observe la existencia del debido proceso colectivo.

---

<sup>736</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 56. Exclusión del Grupo. Dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o la sentencia. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones: b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo que hubo graves errores en la notificación.

## CAPÍTULO IV

### **La Adecuada representación y la Acción de Grupo Colombiana.**

A diferencia de lo que sucede en Brasil o Argentina, donde el grueso de las acciones colectivas, para la protección de derechos individuales homogéneos son provocadas por un legitimado institucional, bien de carácter público o de carácter privado, en Colombia de la misma forma que en los Estados Unidos, las acciones de grupo, son un negocio eminentemente privado, pues, si bien la ley procesal otorga la llave de las acciones grupales a entes de carácter público, su participación dentro del concierto colectivo, es tangencial o nula.<sup>737</sup>

Dado que en Colombia el rol protagónico en las acciones de grupo, lo asume el individuo, es necesario un estudio serio y completo de representatividad adecuada, pues, a diferencia de los legitimados institucionales sobre los cuales recae una suerte de presunción de representatividad,<sup>738</sup> sobre esté no reposa cosa distinta, que la satisfacción de sus propios intereses, de manera que, aún ante la ignorancia de los procesos colectivos, la falta de

---

<sup>737</sup> Guayacán Ortiz, indica que el 90 % de las acciones de grupo en Colombia, son provocadas por individuos o sociedades de carácter privado, además que de ese porcentaje el 90% corresponden a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Véase: Juan Carlos Guayacán Ortiz. *La acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho Latinoamericano*, 1ª Edición ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2013, p. 247. En la misma línea, en un estudio adelantado por la Universidad del Rosario, en colaboración con la Defensoría de pueblo y, la facultad de derecho de la Universidad George Washington (EE.UU.), en torno a las acciones de grupo en Colombia durante el periodo de 2000– 2008, se dictamino que de 104, acciones de grupo propuestas, solo una (1) había sido incoada por el Ministerio Público, en comparación con cien (100) propuestas por personas naturales y jurídicas. Véase: *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos*, ed. Beatriz Londoño Toro - Arturo Carrillo (editores), 1ª edición ed. (Bogotá - Colombia: Defensoría del Pueblo - The George Washington University Law School - Universidad Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, 2010, p. 90. Lo anterior también pudo en el curso de esta investigación, a través de la formulación de derechos de petición ante la Personería de Bogotá, en el cual se preguntaba, ¿cuál era el número de acciones de grupo, incoadas por ese despacho desde la entrada en vigencia de la ley 472 de 1998, hasta el año en curso? Cuya respuesta, indica que solo son dos (2), las acciones de grupo, presentadas por esa entidad y, ambas del año 2015.

<sup>738</sup> Aquella presunción, tal y como señala Giannini es: “Respecto de ciertos legitimados (vg., Ministerio Público, Defensor del Pueblo, Asociaciones Medioambientales reconocidas), la exigibilidad actual del requisito de la representatividad adecuada, se encuentra condicionada por el encuadre normativo específico de cada organismo y, principalmente, en atención a su finalidad institucional, datos que en algunos casos permiten presumir fuertemente la existencia de dicha aptitud (...). En: Giannini, Leandro. *Los procesos colectivos en la Ley General de Ambiente. Propuestas de reforma*.

preparación, la cortedad de recursos financieros, etc. Se presionan acciones de grupo— las cuales en primera instancia mayormente culminan con una sentencia en contra – que extinguen los derechos de cientos o miles de personas, bajo la persecución de un mayor pago.<sup>739</sup>

### 1. Breves antecedentes de la llamada “acción” de grupo.

El desarrollo histórico de la acción de grupo, puede diagramarse como una línea recta cuyo punto de corte, aparece en el año de 1991 con el advenimiento de una nueva carta de navegación para el Estado colombiano, con la cual, se separa y subvierte el tratamiento abigarrado de las primigenias acciones colectivas, por uno de carácter homogéneo y unitario, cuyo habitáculo se halla en la Ley 472 de 1998.<sup>740</sup>

En ese sentido, debe afirmarse que entre nosotros, las acciones colectivas no son un instrumento enteramente novedoso ni arcano, pues, de la misma forma que en otros países pertenecientes a la familia del derecho civil y, tributantes de la labor de Don Andrés Bello,<sup>741</sup> heredamos acciones propias del derecho romano, que vislumbraban un cariz colectivo, pues, permitían la participación de los *cives*, en la protección de la cosa pública.<sup>742</sup>

---

<sup>739</sup> En el mismo estudio citado, se descubrió que del 100% de acciones de grupo, incoadas durante el periodo de tiempo referido, solo el 8.3% obtuvo una decisión favorable, dentro de ese porcentaje la inmensa mayoría de acciones de grupo, fueron promovida por privados. En: *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos*, p. 89.

<sup>740</sup> En Colombia, con anterioridad a la Ley 472 de 1998, los asuntos con algún cariz colectivo además de ser regulados por distintos estatutos de carácter sustancial, eran afectos a un tratamiento procesal variopinto y eminentemente individualista, pues, aquellos asuntos se ventilaban ante los jueces, por los cauces del procedimiento abreviado, ordinario o verbal, esto puede verse en: Germán Sarmiento Palacio. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, 1ª Reimpresión ed. Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, Noviembre de 2006, pp. 99-128; Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, 7ª Edición ed. Leyer, Bogotá - Colombia, pp. 277-294.

<sup>741</sup> De la misma forma que en Chile (art. 2333), Ecuador (art.2236), y el Salvador (art.2084), en Colombia el Código Civil, cuyo hecho genitor fue la obra de Andrés Bello, contemplo las acciones populares por daño contingente. Véase: José Luis Diez Schwerter. *La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 2016.

<sup>742</sup> De las acciones del derecho romano, destinadas a la protección de la cosa pública en las cuales la doctrina encuentra influencias de las contempladas en el Código Civil, se encuentran la acción *effusis et deitis*, los interdictos. Esto puede verse en: Juan Carlos Guayacán Ortiz. *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas, comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*, Revista de Derecho Privado, Universidad

De manera que, en el pórtico de esta reseña histórica debe afirmarse junto con Sarmiento que este tipo de pretensiones masivas, surgieron el derecho privado y, primeramente en el derecho civil,<sup>743</sup> el cual, dentro de la extensión de su cuerpo, es decir, a lo largo del código civil, contempló variedad de pretensiones de orden colectivo, las cuales, conforme a la doctrina se agrupan en especiales y generales, aplicando como racero para tal distinción, la temática y el campo de acción relativo a cada una de dichas pretensiones.<sup>744</sup>

Dichas pretensiones de orden general, hallan asiento en dos artículos de la ley civil, los artículos 1005<sup>745</sup> y 2359<sup>746</sup> respectivamente. El primero de ellos ubicado en la parte atinente a las acciones posesorias especiales y, el segundo ubicado en la parte de la responsabilidad civil ajena al contrato. Ahora bien, aunque la mayor parte de la doctrina,<sup>747</sup> burila a estas pretensiones como el antecedente inmediato de la “acción popular” y no propiamente de la acción de grupo, por asemejarse a aquella en cuanto a la legitimación en causa, las pretensiones y los efectos de la sentencia.<sup>748</sup> Debe señalarse en lo que respecta al

---

Externado de Colombia, 2005, p. 39. Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, p. 88.

<sup>743</sup> Ibid, p. 85.

<sup>744</sup> Se señalan entre las especiales, la prevista a favor del no nacido (Art. 91 C.C.), la destinada a impedir las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso (Art. 994 C.C.), entre otras. Véase: Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La protección constitucional del ciudadano*, Editorial Legis, Bogotá - Colombia, pp. 200 -205. Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares...*, p. 87.

<sup>745</sup> Ley n° 57 de 1887.

Art. 1005. Acciones populares o municipales. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

<sup>746</sup> Ibid.

Art. 2359. Titular de la acción por daño contingente. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

<sup>747</sup> Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*, pp. 200 - 205; Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, pp. 49-50; Javier Henao Hidrón. *Derecho procesal constitucional*, 3ª Edición ed. Temis, Bogotá – Colombia 2010, pp. 76 - 77; Guayacán Ortiz, Juan Carlos. *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas, Comparación...*, pp. 39 - 40; *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho Latinoamericano*, pp. 215 - 219; Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, Quinta Edición ed. Temis, Bogotá – Colombia, 2011, p. 177.

<sup>748</sup> Los argumentos para ese pensamiento radican en que este tipo de pretensiones, contemplan una legitimación abierta, en la medida que “cualquier persona” o un grupo indeterminado de personas, puede incoar la correspondiente acción, los petimentos o declaraciones que con ella se buscaban no consistían en la indemnización de perjuicios individuales de los miembros del colectivo, sino en la reparación o restitución de

artículo 2359, el cual, prevé una pretensión por daño no necesario, es decir, contingente, que hay un sector de la doctrina que no sólo afirma su viabilidad vía acción de grupo,<sup>749</sup> sino que la señala como antecedente rudimentario de las pretensiones colectivas de carácter indemnizatorio, pues, conforme a una mirada crítica de la norma en comento, la pretensión puede ser incoada – en caso de amenaza sobre un grupo determinado de personas – por un miembro de dicho grupo y, no por cualquier persona, respecto de la contingencia o los perjuicios del daño que ha acaecido, el cual, ha de provenir de una causa común, con lo cual, se cumplirían los predicados básicos de la pretensión grupal.<sup>750</sup>

Seguidamente, para el año de 1982, surgió lo que para la gran parte de la doctrina patria, representa el antecedente primario e íntimo de la actual acción de grupo,<sup>751</sup> el Decreto 3466 también conocido como Estatuto del Consumidor, el cual, aparte de regular sustancialmente las relaciones en derecho que surgieran con ocasión del consumo, contempló mecanismos procesales relativos a la indemnización de perjuicios ocasionados colectivamente, en el marco de una relación de consumo.<sup>752</sup>

---

una situación que beneficiaba a todo el grupo, finalmente, la sentencia en contempla un efecto *erga omnes* y no *ultra partes*.

<sup>749</sup> Javier Tamayo Jaramillo. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Raisbeck Lara Rodríguez & Rueda, Editorial Dike, 2001, pp. 185- 187. En ese sentido, conforme lo señala Diez, durante la primera mitad del siglo XX, solo se conocen dos casos en los cuales, se dio aplicación al artículo 2359, por parte de los tribunales patrio, de manera que, en la Sentencia del 23 de abril de 1941, la Corte Suprema de Justicia condenó al Departamento de Boyacá, a la indemnización de los perjuicios materiales y morales, que hubiese sufrido el colectivo de personas afectadas por la detonación de una bomba, cuya finalidad era la extracción de piedra, a su vez, en ese proveído, el máximo tribunal de competencias ordinarias, dispuso otra declaración de corte más restitutorio y tuitivo, propio de una acción popular. Véase: Diez Schwerter, José Luis. *La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: Del modelo de Bello a nuestros días*.

<sup>750</sup> López Cárdenas, Carlos *La acción de grupo - reparación por violación a Los derechos humanos*, p. 4; *La acción de grupo en Colombia como mecanismo de protección y reparación de derechos colectivos. Class action in Colombia as a mechanism for the protection and reparation of collective rights*, Revista Internacional Consinter de Direito, nº IV, Volumen 1º, Editoria Jurídica, Lisboa – Portugal, semestre de 2017, p. 20.

<sup>751</sup> Martín Bermúdez Muñoz. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*, 1ª Edición ed., Colección Textos De Jurisprudencia, Bogotá - Colombia, Facultad de Jurisprudencia, 2007, p. 40 ; Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*, pp. 205 - 206; Henao Hidrón, Javier. *Derecho procesal constitucional*, p. 106; Ruth Stella Correa Palacio y Martín Bermudez Muñoz, *Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana*, p. 230.

<sup>752</sup> Juan Carlos Guayacán Ortiz. *Acciones jurisdiccionales para la protección del consumidor*, en XXXIII Congreso Colombiano De Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, Bogotá – Colombia, 2012, p. 419.

Dicho mecanismo contemplaba un procedimiento colectivo de entrada y salida, es decir, relativo a la legitimación y la cosa juzgada, pues, incoada la acción, el consumidor podía perseguir individualmente su pretensión o hacerse representar por una liga o asociación de consumidores,<sup>753</sup> admitida la demanda, se procedía a emplazar a los consumidores, que hubiesen sufrido daños derivados de los hechos impregnados en la demanda, por un término de 15 días, vencidos los cuales, la respectiva liga o asociación del consumo tomaría su representación, en aras de garantizar la justicia para los ausentes.<sup>754</sup>

Concluido el procedimiento, la sentencia favorable cobijaría a todos los miembros de la legión, al paso que la adversa solo extinguiría los derechos de la parte presente. Por otro lado, cualquier miembro del grupo podía ejercer su derecho de exclusión, manifestando su voluntad de no pertenecer al grupo, hasta antes de la sentencia de alzada.<sup>755</sup>

A pesar de que el procedimiento descrito, trastocaba los moldes individualistas propios de la cultura jurídica colombiana y, con espíritu benevolente pretendió establecer un idóneo mecanismo de acceso colectivo a la justicia, el mismo, pasó a la historia jurídica como una decepción,<sup>756</sup> derivada de los despropósitos imbuidos en su contenido,<sup>757</sup> su falta

---

<sup>753</sup> Decreto n° 3466 de 1982, por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 33.559 de 3 de diciembre de 1982.

Art. 36. Indemnización de daños y perjuicios. 1. El demandante puede hacerse representar judicialmente por la Liga o Asociación de Consumidores que corresponda al lugar del proceso, con observancia de las normas sobre el ejercicio de la abogacía salvo en los procesos de mínima cuantía y en la primera instancia de los de menor cuantía cuando ésta sea hasta de cincuenta mil pesos (\$50.000). 2. En la demanda podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan del demandado total y parcialmente prestaciones similares, siempre que provengan de reclamaciones sobre artículos o servicios de la misma naturaleza y clase.

<sup>754</sup> Art. 36. 7. Vencido el término del emplazamiento, se citará a la Liga de Consumidores que corresponda al lugar del proceso para que represente a las personas que no se presentaron, salvo que ella haya iniciado el proceso en representación del demandante, en cuyo caso asumirá también la representación de los ausentes. En caso de que no exista Liga de Consumidores, se citará a una asociación de consumidores.

<sup>755</sup> Art. 36. 9. 9. La sentencia favorable aprovechará no sólo a quienes intervinieron en el proceso, sino a todas las personas emplazadas que no concurrieron, salvo a quienes expresamente manifiesten por escrito auténtico, presentado antes de la sentencia de segunda instancia, no acogerse a sus disposiciones, caso en el cual se extinguen sus derechos.

<sup>756</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*, pp. 40 – 43.

<sup>757</sup> En cuanto al contenido, Sarmiento pone de presente que el modelo “parcial”, que adoptó el Decreto 3466 de 1982, fue una de las grandes enfermedades que lo llevo al desuso, en la medida que luego de cursar un procedimiento eminentemente colectivo, cuya finalidad era la declaración la responsabilidad grupal del demandado, cada persona beneficiada luego tenía que iniciar individualmente un incidente de liquidación de

de divulgación<sup>758</sup> y, la mala interpretación que hicieron los jueces colombianos, de cara a esta novel figura.<sup>759</sup>

La década de los 90 trajo consigo una nueva regulación colectiva con fines indemnizatorios, la Ley 45 de 1990, dirigida a dejar indemne el daño causado con ocasión de prácticas de competencia desleal, mal manejo de información privilegiada, celebración de prácticas no representativas del mercado en el marco de la intermediación financiera y de seguros. En este caso, se señaló que el procedimiento sería el mismo que el previsto en el Estatuto del Consumidor, exceptuando lo tocante a la legitimación, pues, la representación de la parte ausente, la desarrollarían la Superintendencia Bancaria o la Comisión Nacional de Valores, según fuera el caso.<sup>760</sup> De la misma forma que la regulación del 82, la acción de grupo prevista por la ley 45, no causó mayor expectativa y cayó en el desuso.<sup>761</sup>

Llegado el año de 1991, la nueva carta constitucional, reflejando las necesidades del mundo de actual y apropiándose de la filosofía de una sociedad pluralista unida bajo el deseo descarnado del consumo nutrió su contenido mediante la consagración de nuevos principios,<sup>762</sup> derechos sustantivos y, adjetivos,<sup>763</sup> apropiados a las nuevas realidades del

---

perjuicios, en el que acreditara sus daños individuales, con lo cual se frustraba y tornaba fútil el mecanismo colectivo. Véase: Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares...*, p. 122.

<sup>758</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 41.

<sup>759</sup> En lo que a la interpretación jurisprudencial se refiere, Sarmiento revela que durante los primeros años de vida de la acción colectiva del Decreto 3466, los tribunales patrios interpretaron los vacíos de aquel, conforme al Código de Comercio, de manera que se mezclaban filosofías eminentemente contrarias e irreconciliables. Véase: Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares...*, pp. 124 – 128.

<sup>760</sup> Ley n° 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 39.607 de 19 de diciembre de 1990.

Art. 76. Acciones de clase. Las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los artículos 73, 74 y 75o de la presente ley podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3o a 7o y 9o a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Bancaria en el caso de los citados artículos 73 y 74, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia, y por la Comisión Nacional de Valores en los demás casos (...).

<sup>761</sup> López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, p. 44.

<sup>762</sup> Entre estos, la prevalencia de la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, el acceso a la justicia, la economía procesal. En: Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas. *De las acciones de grupo, en XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, Universidad libre, Bogotá – Colombia, 2006, pp. 328 – 334.

relacionamiento jurídico, donde cada vez más los actos u omisiones de unos, afectan a muchos o a todos. De esta forma, quedaron plasmados en la Constitución, tanto los derechos colectivos,<sup>764</sup> como las herramientas procesales necesarias para lograr su efectividad.

Sin embargo, aquellas herramientas procesales, que hoy en día se dividen diáfananamente entre acción popular y de grupo y, cuyo germen se halla en el artículo 88 Superior, no fueron el producto de un debate manso y homogéneo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente,<sup>765</sup> dentro de la cual, aunque se buscaba un mismo destino (Protección de los derechos colectivos, protección de los derechos de consumidores y usuarios y, establecimiento de acciones populares),<sup>766</sup> los caminos utilizados fueron confusos y erráticos, pues no existía claridad conceptual en cuanto a las acciones de grupo, a tal punto, que se manifiesta por parte de un constituyente, que el inciso segundo del mentado artículo, aunque por fortuna llegó a formar parte de las letras de la constitución lo hizo abruptamente.<sup>767</sup>

Con posterioridad a la promulgación de la Carta, el desarrollo legislativo de la acción de grupo tardó en depurarse por completo, de manera que surgieron a la vida jurídica, por distintas vías, las denominadas “acciones de grupo parciales”,<sup>768</sup> previstas en los artículos 1.2.3.1, 1.2.3.2<sup>769</sup> del Decreto 653 de 1993, además en los artículos 20<sup>770</sup> y

---

<sup>763</sup> Tales como: la celeridad y, la seguridad jurídica. En Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, pp. 112 – 116. Además del que a lo largo de esta obra he llamado como “Debido Proceso Funcional”.

<sup>764</sup> Esta referencia a los derechos colectivos, debe entenderse de forma abierta y no como lo hace la ley 472 de 1998, es decir, como hoy en día se contemplan en la doctrina brasilera y el CMPCI. Esto es, como derechos difusos e individuales homogéneos.

<sup>765</sup> Para una relación más detallada de los hechos, proyectos y debates que condujeron a la redacción del actual artículo 88 de la Constitución Política, véase: Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, pp. 54 - 60; Alier Eduardo Hernández Enriquez. *Regulación de las acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas*, en XXVI Congreso Colombiano De Derecho Procesal, ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, Bogotá - Colombia, 2005, pp. 20 – 27.

<sup>766</sup> López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, pp. 44-45.

<sup>767</sup> Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*, pp. 228 – 237.

<sup>768</sup> López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, pp. 49-50.

<sup>769</sup> Decreto n° 653 de 1993. Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores. Diario Oficial n° 40.816, del 1 de abril de 1993.

Art. 1.2.3.2. Acciones de clase. Las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refiere el artículo anterior podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3° a 7° y 9° a 15° del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia de Valores. La publicación de la sentencia

21,<sup>771</sup> de la ley 256 de 1996, las cuales sustituyeron las acciones previstas en la antigua ley 45 de 1990,<sup>772</sup> y se constituyen en el antecedente más cercano de la ley 472.

Desde el año de 1993, varios proyectos fueron presentados a la asamblea legislativa en aras de que se diera trámite a las acciones de grupo, sin embargo, solo a partir de 1995, previa acumulación de tres proyectos y, luego de intensos debates, cuyas temáticas no discurrían ya, sobre la diferenciación conceptual entre acciones populares y de grupo, sino en torno, a la finalidad perseguida por una y otra, el 5 de agosto de 1998, se daría natalicio a las acciones de grupo colombianas.<sup>773</sup>

Sin embargo, tal y como manifiesta la doctrina,<sup>774</sup> el trasplante de un mecanismo similar al de las acciones de clase norteamericanas, a nuestro terruño, no sucedió ni de manera inmediata, apropiada, ni amable, pues, al analizarse el camino recorrido por los proyectos, que con posterioridad se tornaron en ley de la república, aquellos fueron objeto de dubitaciones, oposiciones y presiones por parte de las más altas esferas del poder político y económico,<sup>775</sup> las cuales, desasosegadas por miedo a la introducción en el país de

---

se hará por la Superintendencia de Valores, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13 del mencionado artículo 36, se efectuará por estado

<sup>770</sup> Ley n° 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diario Oficial n° 42.692, de 18 de enero de 1996.

Art. 20. Acciones. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones: 1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.

<sup>771</sup> Art. 21. Legitimación activa. Las acciones contempladas en el artículo 20, podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: Las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros. Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores.

<sup>772</sup> Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, p. 178.

<sup>773</sup> López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo*..., p. 50.

<sup>774</sup> Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, pp. 76 – 81; Hernández Enriquez, Alir. *Regulación de las acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas*, p. 29; López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo*..., p. 51.

<sup>775</sup> Camargo manifiesta que durante el transcurso de los proyectos de ley, que luego se convertirían en la Ley 472, un sin número de oposiciones y, presiones fueron ejercidas por parte de los sectores empresariales, con la única finalidad de frustra el proyecto o reducir sus efectos benéficos, de forma que ASACOLFA, ACOPI, ACOPLASTICOS, ANALDEZ, ANDI, FEDEGAN, ASOBANCARIA, entre otros, se opusieron al proyecto de ley sobre acciones de grupo. Esto puede verse en: Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, p. 76.

una herramienta, con potencialidad para cambiar el “*status quo*”, mancillaron la puridad y perfecta articulación de la acción de grupo, erradicando del cuerpo de la ley, instituciones como los daños punitivos, y la etapa de certificación, además regulando inapropiadamente temáticas vitales como la cosa juzgada y la adecuada representación.<sup>776</sup>

Concluida esta reseña histórica por las acciones de grupo en Colombia, a continuación se extenderán unas cuantas líneas, relativas a la adecuada representación, su tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia patrias, para finalmente ofrecer una conceptualización de la misma, más comprensiva y coherente, con los rubros utilizados foráneamente para el estudio de dicho recaudo.

## **2. La adecuada representación en Colombia.**

### **2.1 La adecuada representación antes de la Constitución Política de 1991.**

Con anterioridad a la expedición de la Carta de 1991, Colombia no era huérfana en cuestión de acciones colectivas – en su sistema se encontraban desde el siglo XIX, las denominadas “acciones populares” y, a partir del año 1982, se introdujeron instrumentos similares al de las *class actions* de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>777</sup> – durante aquella data, a manera de tendencia latinoamericana, se vislumbra entre nosotros, un “examen objetivo” de la adecuada representación, limitado al cumplimiento de determinados requerimientos legales, el cual, sin embargo, no comporta nada más allá que un diagnóstico de legitimación.

En ese sentido, tal y como se reseñó en el acápite anterior, el antecedente más íntimo de las actuales acciones de grupo –Decreto Extraordinario 3466 de 1982 – dentro de su contenido contemplaba un procedimiento con visos y efectos colectivos, pues establecía

---

<sup>776</sup> López Cárdenas, Carlos, *La acción de grupo...*, p. 60; Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 25. A su vez, en lo referente a las notificaciones, Tamayo demuestra su inconformidad manifestando que “el legislador colombiano continúa legislando como si el país se acabara en el centro de Bogotá, Medellín o Cali (...) es inaudito que la sentencia condenatoria afecte a personas que seguramente no tendrán tiempo suficiente para conocer la existencia del fallo”. En: Tamayo Jaramillo, Javier. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, p. 341.

<sup>777</sup> En contraposición, a lo propugnado por la inmensa mayoría doctrinaria en Colombia, hay quienes manifiestan que el Decreto 3466 de 1982, no introdujo las acciones de clase al sistema jurídico patrio, pues, tanto la legitimación individual como los límites subjetivos de la cosa juzgada permanecieron inalterados. Véase: Jorge Floréz Gacharna. *Homenaje 50 Años U.P.B. Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en Colombia*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1986, p.19.

la posibilidad de que las Ligas y Asociaciones de Consumidores, representaran judicialmente, tanto a los consumidores que se lo solicitaran expresamente, como a los ausentes que no se hicieran parte durante el término del emplazamiento, en un procedimiento cuya sentencia tenía determinados efectos expansivos.<sup>778</sup>

Así, dado que para aquella época, la legitimación en materia de acciones colectivas indemnizatorias, era otorgada de manera excluyente a personas morales, de naturaleza privada o pública,<sup>779</sup> era sobre estos que debía recaer cualquier recaudo de adecuada representación (legitimación). De esta forma, en el Decreto 1441 de 1982, por virtud del cual se regulaba lo atinente al nacimiento, mantenimiento, desarrollo y fenecimiento de los entes asociativos de consumo, se previeron una serie de requisitos, que liminalmente considerados, guardan similitud con el recaudo del examen de la adecuada representación. Aquellos requisitos, se refieren a la pertinencia temática, la relevancia social y, la capacidad del juez para valorar tanto cuantitativa o cualitativamente, el cumplimiento de dichos requisitos, para consentir la legitimación colectiva, los cuales, debe recordarse, en otras latitudes fueron o son utilizados para valorar la adecuada representatividad de ciertos legitimados.<sup>780</sup>

En ese sentido, el mentado decreto, contemplaba como requerimiento para la constitución de las ligas de consumidores, que aquellas edificaran su objeto estatutario o social, alrededor de finalidades tales como la garantía, protección, información, educación y, representación de los derechos de los consumidores,<sup>781</sup> es decir, que su pertinencia

---

<sup>778</sup> Mirar cita n° 754 - 755.

<sup>779</sup> Debe recordarse que, respecto de los daños ocurridos con ocasión de la actividad financiera, la ley 45 de 1990, estableció que los legitimados colectivos que representan a los miembros ausentes, serían la Comisión Nacional de Valores y la Superintendencia Bancaria.

<sup>780</sup> En ese sentido, en Brasil la representatividad adecuada inicialmente se estudió de manera objetiva, por virtud de la pertinencia temática que tuvieran las asociaciones y el Ministerio Público, con respecto a los derechos colectivos a ser provocados en juicio y, a las pretensiones deducidas en la demanda. Además, por virtud de la relevancia social, que permitiera al juez dispensar del requisito de pre-constitución a las asociaciones para adelantar juicios colectivos. En Argentina, con posterioridad a que la CSJN fallara en la causa “Halabi”, la misma, si bien resaltó la importancia y magnitud de la representatividad adecuada en el marco de los procesos colectivos, en una mirada simplista, tácitamente ha denotado que aquella, se estudia conforme a la pertinencia temática entre el objeto estatutario de las asociaciones y el derecho colectivo rendido en juicio. Para mayor desarrollo, véase el segundo capítulo de este escrito.

<sup>781</sup> Decreto n° 1441 De 1982. Por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las Ligas y Asociaciones de Consumidores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 36024 de junio 11 de 1982.

temática respecto del objeto de la acción (indemnización de perjuicios), resaltará desde su documento constitutivo.

En lo que hace a la relevancia social, que debe envolver a la acción colectiva, ella puede observarse a su vez, desde los requerimientos para la constitución de las Ligas o Asociaciones de consumidores y, de las determinaciones que el juez puede tomar en aras de determinar cuál entidad asociativa, actuaría en cada caso. Así, el documento por virtud del cual se constituía una entidad del tipo referenciado debía contemplar, tanto el número de individuos que la componían internamente, cuyo número no podía ser inferior a veinticinco (25), además de su perímetro territorial, esto es, la cobertura espacial dentro de la cual, desarrollaría sus funciones.<sup>782</sup> Recaudos, que debían ser conocidos por el juez de la acción contemplada en el artículo 36 del Decreto 3466, a efectos de aceptar la legitimación procesal de determinada liga o asociación, de manera que, las entidades cuya pretensión fuera actuar como legítimos representantes de los intereses de los consumidores, tendrían más oportunidades conforme su complejidad guardara afinidad con el ente juzgador, agrupara un número mayor de asociados y tuviera una mayor antigüedad.<sup>783</sup>

---

Art. 2. Condiciones o requisitos de organización: Para que una organización sea reconocida como liga de consumidores, es indispensable que reúna las siguientes condiciones: a. Su objeto social deberá estar de acuerdo con el artículo primero del presente decreto (...).

Art. 1. Liga de Consumidores: Entiéndase por liga de consumidores, toda organización constituida mediante la asociación de personas naturales, con sujeción a las normas previstas en el presente decreto, cuyo objeto sea garantizar la protección, la información, la educación, la representación y el respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios, así como velar por el pago de las indemnizaciones a que se hagan acreedores, según la ley, por la violación de sus derechos

<sup>782</sup> Art. 2. Condiciones o requisitos de organización: Para que una organización sea reconocida como liga de consumidores, es indispensable que reúna las siguientes condiciones:

b. El número de sus integrantes no debe ser inferior a veinticinco (25),

c. Debe estar precisamente definida su cobertura espacial, que podrá corresponder a cualquier parte del territorio ubicado en la jurisdicción de un municipio. (...)

<sup>783</sup> Art. 12. Derecho de representación: Las ligas y asociaciones de consumidores representan ante las autoridades competentes a los consumidores asociados para los efectos previstos en el respectivo objeto social, los relativos a la ley 73 de 1981 y todos los demás que signifiquen la defensa de sus derechos. En todo caso de participación ordenada por la ley de las ligas y asociaciones de consumidores en organismos o entidades oficiales ya creados o que se llegaren a crear en desarrollo de la ley 73 de 1981, ya sea su carácter nacional, departamental, distrital, metropolitano o municipal, la determinación de la organización que debe llevar la representación será definida por la autoridad competente respectiva, según sea el caso, teniendo en cuenta la naturaleza del organismo o entidad oficial y el volumen de afiliados que agrupe cada organización, de suerte que la representación se otorgará a la organización de consumidores que guarde más afinidad con la naturaleza del organismo o entidad y que reúna el mayor número de afiliados. En igualdad de circunstancias, la representación se otorgará a la organización más antigua.

Estos pensamientos, llevaron a que la doctrina de la época – de la misma forma que inicialmente lo hicieron nuestros pares argentinos y brasileros – afirmara que:

“En los Estados Unidos, la persona, al pretender la representación, debe demostrar, (...), su capacidad para representar adecuadamente a quienes forman parte del grupo y no comparecen al proceso. En Colombia dicha capacidad se reconoce por disposición de la ley a las ligas y asociaciones de consumidores”<sup>784</sup>

Lo cual implicaba, que tanto los legitimados como las condiciones de representatividad adecuada, eran señalados, escogidos y delimitados estrictamente por el legislador, de manera abstracta y previa, con fundamento en un juicio imaginario, capaz de señalar los mejores representantes, ajeno a toda consideración relativa o proveniente de las vicisitudes de cada caso, es decir, vedando al juez de toda apreciación justa y actual de los hechos, en otras palabras, para aquella data, la adecuada representación ostentaba un cariz eminentemente estático y *ope legis* o por efecto de la ley.<sup>785</sup>

A pesar de lo anterior, en oposición a la doctrina patria, entendemos en este sentido, que en lo pertinente los Decretos 3466 y 1441 de 1982, no hacen ninguna referencia a la representatividad adecuada y, lo que otrora se verifica, no era cosa distinta de lo que en Brasil se denomina como “examen mixto de legitimación”. En donde el legislador primeramente determina los legitimados y los requisitos necesarios para accionar colectivamente, y en seguida corresponde al juzgador verificar si aquellos sujetos se hallan autorizados para provocar la actuación judicial, lo cual, es diametral y ontológicamente distinto de la adecuada representación en su sentido límpido,<sup>786</sup> pues en aquella data, no se

---

<sup>784</sup> Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares...*, p. 119.

<sup>785</sup> Tal y como lo señala Ovalle Favella al decir que: “En términos generales, la representatividad adecuada (...) está establecida fundamentalmente en la enunciación de los sujetos legitimados que se hace en los artículos 4o. y 5o. de la LACP y 82 del CDC (*ope legis*) y no por medio del control y certificación judicial (*ope iudicis*). En: Ovalle Favella, José. *Legitimación en las acciones colectivas*, p. 1072. También pueden verse: Verbic, Francisco. *Legitimación activa de asociaciones de defensa del consumidor: La CSJN ratifica "PADEC vs Swiss Medical" (\*FED)*; y Giannini, Leandro. *Los procesos colectivos en la Ley General de Ambiente. Propuestas de Reforma*.

<sup>786</sup> Debe recordarse que, aunque las leyes que reconocen legitimación en acciones colectivas, comúnmente lo hacen de manera amplia, entre individuos, agremiaciones y entidades públicas, eso nada tiene que ver con que esos mismos legitimados sean adecuados representantes de los derechos colectivos, pues tal y como señala Giannini, hay que “evitar caer en la errónea tentación de creer que el requisito de la representatividad adecuada es sólo un “retaceo” de la legitimación amplia que cabe reconocer en este tipo de procesos.

analizaban, ni tomaban en cuenta aspectos tales como la credibilidad, la capacidad financiera, la seriedad, preparación, el histórico en el manejo de acciones colectivas, entre otros.<sup>787</sup>

En ese sentido, puede afirmarse que de haber existido un examen apropiado de la gestión del representante colectivo y, haberse efectuado el mismo, respecto de las ligas y asociaciones de consumidores, se hubiera negado el inicio o continuación de la acción prevista en el mentado Decreto, dado que tal y como señalan la doctrina y opinión pública de esos años, las ligas si bien, fueron motor en la concientización respecto de los derechos de los consumidores, carecían de requisitos propios de la adecuada representación tales como la seriedad, la preparación, entre otros,<sup>788</sup> para adelantar procesos colectivos, pues, 1) la contienda judicial no figuraba dentro de las prioridades de su agenda<sup>789</sup> y, 2) languidecían de recursos humanos, doctos en el área del derecho que representasen a los consumidores en dichos procedimientos, los cuales, en máxima aspiración, llegaban a una audiencia de conciliación adelantada por colaboradores externos.<sup>790</sup>

Así, si tal y como lo expresa Gacharna,<sup>791</sup> el destino de una ley de protección de consumidor depende en gran medida de la efectividad de la acción de las ligas y asociaciones de consumidores, dentro de los factores que llevaron al desuso a la herramienta colectiva que introdujo el Decreto 3466 de 1982, debe incluirse la inadecuada representación de las ligas y asociaciones de consumidores, pues, respecto de estas, no se exigía nada por fuera de un examen dual de legitimación, en detrimento de los derechos colectivos y el debido proceso, de los consumidores.

Concluidas estas humildes consideraciones en cuanto a la adecuada representación en los mecanismos colectivos anteriores a la introducción del Estado Social de Derecho, a continuación se pasa a tratar su existencia, necesidad y tratamiento en la Constitución de 1991.

---

”Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local...*, pp. 7 -8.

<sup>787</sup> Cerqueira, Marcelo. *O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo...*

<sup>788</sup> Edmer Tovar Martínez. *Cierran 200 ligas de consumidores*, *Diario El Tiempo* 25 de julio de 1994.

<sup>789</sup> Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares...*, p. 123.

<sup>790</sup> Redacción EL Tiempo. *Consumidores están indefensos*, *Diario El Tiempo* 29 de Mayo de 1998.

<sup>791</sup> Floréz Gacharna, Jorge. *Homenaje 50 años U.P.B...*, p. 18.

## 2.2 La Adecuada representación en la Carta Constitucional de 1991.

La segunda mitad del siglo XX, se erigió para Colombia de la misma forma que para otros países latinoamericanos, en el momento de recepción e instrumentalización de nuevos derechos de carácter sustancial y procesal, ajenos a la tradición liberal individualista, por virtud de los cuales, puede hablarse de la existencia de una tutela jurisdiccional colectiva.<sup>792</sup>

En el año de 1991, adoptamos una nueva carta constitucional, con base en la cual, adaptamos nuestro modelo político, al denominado “Estado Social y Democrático de Derecho”, el cual, según la doctrina, emerge producto de la reacción ante las diferencias sociales, económicas y políticas ocurridas en los estadios anteriores del desarrollo político, consecuencia de la indiferencia del Estado en el manejo de las relaciones económicas<sup>793</sup> y, se contraponen a los postulados básicos del Estado de Derecho, como lo son la adoración irrestricta al principio de legalidad, por virtud del cual, el derecho nace y fenece en el marco de las estériles palabras de los textos legales y, a la mera existencia formal de los derechos de las personas, carentes de efectividad alguna.<sup>794</sup>

En ese sentido, la caracterización más relevante del Estado Social de Derecho para efectos de estas líneas, se halla en que, cuando se reconozca un nuevo derecho, una nueva prerrogativa o una nueva atribución para las personas, aquella sea fértil, es decir, tenga tanto la virtualidad de ser aplicada y exigida a las distintas personas que ostenten jurisdicción, así como que posea la capacidad de producir efectos reales, los cuales, bien de manera individual o colectiva repercutan en la sociedad.<sup>795</sup>

Tal y como lo afirman Quintero Correa y Velásquez Herrera al decir que:

“(…) Esto conlleva una caracterización del Estado, más que por su naturaleza o el contenido de sus responsabilidades, por sus fines, que no

---

<sup>792</sup> En Brasil a partir de la Constitución de 1988 y en Argentina con la Constitución de la nación de 1994.

<sup>793</sup> María del Rosario Quintero Correa y Rosmery Velásquez Herrera. *De la constitución al proceso. Estado social y democrático de derecho y debido proceso*, 1ª Edición ed. Leyer, Colombia, 2002, pp 15 – 20.

<sup>794</sup> Ibid.

<sup>795</sup> Tal y como señala Barbosa Moreira “De más de una forma se concibe que el proceso sirva esencialmente a la sociedad, le servirá, desde luego, siempre que ofrezca medios de tutela adecuados a intereses que, trascendiendo el horizonte de las relaciones entre dos sujetos o dos grupos bien definidos de sujetos, tocan a extensas e indeterminadas colectividades (...)”. En: José Carlos Barbosa Moreira. *Dimensiones sociales del proceso civil*, Revista Colombiana de Derecho Procesal, 1987, p. 114.

son otros que la consecución y la conservación de determinados resultados sociales, que se traducen en la ejecución concreta de justicia material por parte de los poderes del Estado”.<sup>796</sup>

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Constitución de 1991 sustancialmente recepcionó y acogió las pulsiones de la época, necesidades que ya no se limitaban a ser escuchadas en clave individual, sino que debían escucharse en clave colectiva, pues, cada vez más se verificaban situaciones donde las relaciones jurídicas nacían, por fuera de una concepción del “uno”, para darse en el marco de la “varios” o “todos”, de manera que, temáticas tales como la polución, la protección del consumidor o usuario, la salubridad pública, violaciones graves a los derechos humanos, entre otros, no podían permanecer ajenas e inexistentes, en el nuevo catálogo de derechos ofrecidos al ciudadano de a pie.<sup>797</sup>

En ese sentido, la Corte constitucional indicó, que:

“En correspondencia con la concepción del Estado Social de Derecho, democrático, solidario y participativo que pregona la Carta Política, el constituyente de 1991 estableció la posibilidad de que se representen y defiendan intereses comunitarios (...) que más que un derecho constituyen un efectivo mecanismo de protección y defensa del ciudadano. De esta forma quedó materializada la preocupación del Constituyente por superar el individualismo propio de los derechos subjetivos, amparando otros derechos -los de carácter colectivo- cuyo desconocimiento también afecta al individuo tomado en su dimensión social, esto es, como parte de una comunidad en donde alcanza su pleno desarrollo”.<sup>798</sup>

Así, dentro de las líneas que recorren la Carta, se introdujeron los derechos colectivos, y las acciones pertinentes para lograr su exigencia, aplicación y efectividad, como mecanismo para tutelar colectivamente, no solo las situaciones esencialmente colectivas, o derechos transindividuales sino los derechos individuales o subjetivos, afectos a tratamiento colectivo, es decir, constitucionalmente, se incorporaron al ordenamiento jurídico colombiano, las denominadas acciones colectivas.<sup>799</sup>

---

<sup>796</sup> Quintero Correa, María y Velásquez Herrera, Rosmery. *De la constitución al proceso. Estado social y democrático de derecho y debido proceso*, p. 20. En ese sentido obsérvese, la Sentencia C – 158 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>797</sup> Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*, p. 207.

<sup>798</sup> Corte Constitucional. Sentencia C - 377 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>799</sup> Gidi, recuerda que una acción colectiva es aquella que comporta tres (3) grandes elementos: 1) Un derecho de carácter colectivo que se discutirá en juicio 2) un representante colectivo que gestionara intereses ajenos a

Aunado a lo anterior, por vez primera en la historia de nuestro país en un documento de carácter constitucional se estableció el derecho fundamental al debido proceso, con verdaderos contornos de garantía procesal básica<sup>800</sup> y, no como un simple postulado de carácter filosófico carente de cualquier sustrato material, ajeno a la realidad y consagrado como objeto de abuso constante por parte del Estado,<sup>801</sup> de manera que, aceptando que el debido proceso se erige en el “derecho de los derechos” o el derecho por virtud del cual, los demás derechos obtienen efectividad, a partir de determinados postulados que se hallan insertos en la Constitución, puede hablarse de la existencia de un debido proceso funcional, que deriva en un “debido proceso colectivo”.

Aquellos postulados a los que se hace referencia, en general señalan el carácter abierto de la constitución, es decir, aquellos predicados que le permiten no quedar postrada en las líneas que recorren su corporeidad, sino que por el contrario dan pábulo a que del cuerpo de la constitución hagan parte, demás elementos que le sean útiles a efectos de proteger derechos básicos de las personas, como lo es el debido proceso,<sup>802</sup> y que por lo demás le permiten actualizarse conforme a la realidad de los tiempos que corren y los objetos sobre los cuales deben recaer dichos derechos.

Conforme a las anteriores apreciaciones, el derecho fundamental al debido proceso – cuyo referente principal se halla en artículo 29 superior y sus derivaciones se contemplan dentro de los distintos códigos procesales y procedimentales del país<sup>803</sup> – resalta históricamente por su carácter mutable o proteico, en la medida que cambia según las necesidades del régimen político imperante en determinado momento de la historia, lo que fatalmente conlleva a que en el marco del “Estado social y Democrático de Derecho” adopte una nueva forma. La forma de un debido proceso funcional, esto es, un debido proceso que recaiga sobre la realidad práctica de la vida jurídica, lo que implica, que a cada

---

lo largo del procedimiento 3) una sentencia cuya cosa juzgada, abarcará un espectro superior de aquel que fijan los límites del proceso. Véase: Gidi, Antonio. *El concepto de acción colectiva...*, p. 15.

<sup>800</sup> Mirar el capítulo tercero de este escrito.

<sup>801</sup> Camargo, Pedro. *El debido proceso*, pp. 167- 170.

<sup>802</sup> García Ramírez, Sergio. *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana*, pp. 22-23.

<sup>803</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 5. Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes. (...)

derecho/preensión reconocido por el Estado, a su vez le acompañe un debido proceso propio, que discurra y proteja sus íntimas y especiales necesidades.<sup>804</sup>

Consecuentemente, a los noveles derechos colectivos introducidos al sistema patrio, debe acompañarlos su debido proceso funcional, un debido proceso colectivo, que contemple los requerimientos propios de la preensión colectiva y, de su medio de efectivización, que no es otro que el “proceso colectivo”, de modo que el debido proceso que se debe en clave colectiva, debe arrojarse a la cobertura de elementos indispensables e inherentes a los juicios colectivos, como lo son: el derecho colectivo, el representante colectivo y a cosa juzgada con efectos colectivos. De ahí que, de esta nueva categorización del debido proceso se predique no solo una nueva interpretación de los típicos elementos del juicio justo,<sup>805</sup> sino que, se le reconozca que por la especialidad de los derechos colectivos, posea un catálogo entero de nuevas garantías que le son propias, esenciales e irrepetibles, tales como, la indisponibilidad de la demanda colectiva, la prevalencia del conocimiento del mérito colectivo, el activismo judicial y la adecuada representación del legitimado colectivo.<sup>806</sup>

De manera que, conforme lo dicho hasta el momento, por virtud del nuevo modelo político al cual nos inscribimos desde el año de 1991, en el cual a cada derecho se le garantiza su medio de producir efectos materialmente, y existiendo bendición del Estado para los derechos colectivos a través de su linaje constitucional, solo es natural que a estos corresponda un medio para hacerlos efectivos – las acciones colectivas – cuya naturaleza requiere del cumplimiento y recaudo de determinadas exigencias derivadas del debido proceso funcional, como la adecuada representación del legitimado colectivo, a efectos de garantizar que la decisión que ponga fin a la actuación colectiva extinga con la mayor cantidad de garantías posibles, los derechos de los miembros ausentes.<sup>807</sup>

---

<sup>804</sup> Véase: *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

<sup>805</sup> Pellegrini, Ada. *Dereito Processual Coletivo*, en *Teoria Do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*, ed. Editora Ius PODIVM, Salvador – Brasil, 2007, p. 28.

<sup>806</sup> Para una mayor explicación, véase el punto 5. del tercer capítulo de este trabajo, además de: Francisco Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*; Thamay, Rennan. *Os princípios do processo coletivo*; Bruno da Silva, Alexandre y Modena, Ana. *Novos Direitos...*; Ana Carolina Amâncio de Araújo. *Princípios processuais da tutela coletiva*, Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, Nº 3181, 17 mar. 2012. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/21297>>

<sup>807</sup> Klonoff, Robert. *Judiciary's flawed...*, p. 672.

A pesar de lo anterior, el recorrido de la adecuada representación en nuestro país, si bien no puede calificarse como inexistente, cuando menos puede adjetivarse de tímido y marcadamente dogmático, en la medida que existe recelo y temor por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en despegarse de la interpretación legicista de los textos legales, y retozar hacia una nueva interpretación exclusiva de los procesos colectivos paralela de los esquemas del código de ritos civiles.<sup>808</sup>

Así, dentro de los distintos proyectos reformativos de la Constitución, cuya pretensión era la consagración superior de las acciones colectivas, debe resaltarse el del

---

<sup>808</sup> En cuanto al entendimiento, “individualista” que se le ha dado a las procesos colectivos por parte de la doctrina, pueden mentarse 1) la afiliación errónea de este tipo de procedimientos, a la escuela del Garantismo Procesal, y por ende del sistema dispositivo de enjuiciamiento, con lo cual, a los jueces de las acciones de grupo se les veta de tomar determinadas decisiones necesarias, para la adecuación del procedimiento y el establecimiento de los límites de la contienda, además se niega la posibilidad ampliamente reconocida tanto en el mundo anglosajón (Estados Unidos) como latinoamericano (Brasil y Argentina), de que el juez en este tipo de procedimientos, por obvias razones de justicia con el grupo, deba tener mayores poderes. En ese sentido véase: Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 286; Correa Palacio, Ruth y Bermudez Muñoz, Martín. *Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana*, p. 240. 2) el recelo a que el juez, decreta pruebas de oficio al inicio del procedimiento grupal, como herramienta útil para determinar la existencia y conformación del conglomerado, por considerar que eso resiente la igualdad de las partes en el litigio, y que las oportunidades procesales previstas por la normativa procesal civil, no contemplan esa posibilidad. Véase: Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, pp. 307 – 308. Gabriel Hernández Villarreal. *Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal*, en XXXIV Congreso Colombiano De Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, Bogotá - Colombia, 2013, pp. 902 – 904. 3) La figura tratada a lo largo de este escrito, es diametralmente distinta de la “indebida representación”, para efectos de los procesos individuales, ella hace referencia a una excepción de carácter previo, relacionada con la existencia o no de poder, o título legal. Véase: Julio Alberto Tarazona Navas. *La indebida representación de las partes en tratándose de apoderados*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1986; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, Auto del 28 de Agosto de 2003, Radicado: 25000-23-24-000-1999-00528-03. En esta providencia el Consejo de Estado asume una posición contraria al debido proceso colectivo, pues indica que la caducidad en la acción de grupo, es puramente individual y no colectiva, de forma que incoada la demanda en término, quienes se integren al grupo con posterioridad a la fecha de ocurrencia de la caducidad no podrán acceder a la indemnización, con lo cual, se olvida que la parte demandante la constituye el grupo y no cada uno de sus miembros. Otro ejemplo de un entendimiento individualista ajeno al esquema de las acciones de grupo, puede verse en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Auto del 27 de octubre de 2011, Radicado: 25000-23-27-000-2004-01163-02(AG). En lo pertinente, la abogada que presento la demanda a favor del grupo, durante el curso del proceso, cuando nuevos miembros comenzaron a integrarse acompañados de sus propios apoderados, solicito se diera curso a un incidente provisional de regulación de honorarios, por virtud de la revocación del poder tácito que está tenía respecto de los miembros ausentes.

gobierno nacional (proyecto No. 2 de 1991)<sup>809</sup> el cual, de manera casi idéntica al previsto en la RFPC 23, establecía en su exposición de motivos que:

“la reforma plantea la consagración de las acciones populares, lo cual constituiría una innovación. Estas acciones son un medio procesal que faculta a cualquier miembro de la sociedad para defender al conjunto de personas afectadas por unos hechos comunes, con lo cual simultáneamente, protege su propio interés. La responsabilidad podría así exigirse en un solo proceso y la sentencia beneficiaría al demandante y a todos los demás miembros del grupo. Estas acciones tienen como características esenciales: primero, requieren de un grupo numerosos de personas; segundo, deben existir puntos de hecho o de derecho comunes a todos; tercero: las peticiones del demandante deben ser las mismas de todo el grupo; cuarto, requiere de un representante adecuado de los intereses del grupo; y quinto, pueden ser interpuestas a través de asociaciones como los grupos de consumidores”.<sup>810</sup> (Negrilla y resaltado fuera del texto original)

A pesar de lo anterior, dicho proyecto fue rechazado, con lo cual se defenestros una valiosa oportunidad de tener cuando menos una herramienta de carácter interpretativo e histórico de la existencia y obligatoriedad del recaudo de la adecuada representación como requisito indispensable del debido proceso colectivo, indispensable para la acción de grupo, dentro de nuestro país.<sup>811</sup>

Habiendo visto, los fundamentos de la adecuada representación en el marco Constitución de 1991, ahora pasa a reseñarse el tratamiento que le han otorgado a este recaudo esencial de los procesos colectivos, tanto la doctrina como la jurisprudencia patria, para después otorgar una visión más comprensiva y acorde con los estándares extranjeros.

---

<sup>809</sup> Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, p. 55.

<sup>810</sup> Antes de la promulgación de la constitución de 1991, era común por parte de la doctrina, confundir las acciones de grupo y las populares, dentro un único conjunto denominado “acciones populares”. Esto puede verse a lo largo del estudio de German Sarmiento Palacio citado en este trabajo.

<sup>811</sup> El proyecto No. 2 fue rechazado porque regulaba las acciones colectivas, en el marco del derecho de petición, lo cual a los ojos de los demás constituyentes resultaba un desatino, pues “el derecho de acción y de petición siempre han estado diferenciados”. En: Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, p. 58. Esta conclusión olvida las enseñanzas del ilustre procesalista uruguayo Eduardo Couture, quien prohijaba la interpretación de que la “acción en derecho”, formaba parte del derecho de petición, en la medida que materializaba una petición formulada a la autoridad jurisdiccional. En ese sentido véase: Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 18; *Estudios de derecho procesal civil*, pp. 24 – 27.

### 2.3. La Adecuada Representación y la Ley 472 de 1998.

En Colombia, mirando desde un plano enteramente legal, nos ubicamos en un punto medio entre los órdenes jurídicos foráneos estudiados en los capítulos antecedentes, pues, sin ser huérfana la ley 472 de 1998, en menciones a la adecuada representación, la regulación de aquella en dicho estatuto es incompleta, exigua, inconsistente y preocupante.<sup>812</sup>

Así, por una parte a diferencia de los que sucede en Argentina y Brasil, nuestra regulación procesal en materia de acción de grupo, (pretensión para la protección de bienes individuales homogéneos),<sup>813</sup> no padece de una ceguera total frente a la adecuada representación que debe ostentar el legitimado colectivo, dicha afección es parcial, en la medida que se establecen consecuencias ante su ausencia en el curso del proceso colectivo.

De esta forma, el artículo 56 de la Ley 472, prevé que un miembro del grupo podrá solicitar su exclusión del mismo, una vez proferida la sentencia cuando demuestre en el término de 20 días siguientes a la publicación de la misma que sus intereses no fueron adecuadamente representados por el legitimado colectivo, a efectos de que la cosa juzgada no recaiga sobre sus derechos,<sup>814</sup> lo cual, según Bejarano, introduce una suerte de recurso de “revisión parcial”, en la medida que adversa la inmutabilidad de la cosa juzgada.<sup>815</sup>

---

<sup>812</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 25.

<sup>813</sup> Recuérdese que en Argentina, a los derechos colectivos, se les denomina “derechos de incidencia colectiva” y, se les divide en: derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos y, derechos individuales homogéneos.

<sup>814</sup> Ley nº 472 de 1998.

Art. 56. Exclusión del grupo. (...) Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones:

a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior;

b) Cuando la persona vinculada por una sentencia pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo que hubo graves errores en la notificación.

<sup>815</sup> Bejarano Guzmán, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, p. 237. De acuerdo con Bejarano, la expresión “en el mismo término” establecida en el literal (b) del artículo 56, debe entenderse como dentro de los 20 siguientes a la publicación de la sentencia, término al que hace referencia el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, la razón es que este literal contempla la posibilidad de excluirse una vez proferida la sentencia y, no dentro del proceso mismo, como lo hace el literal (a), pues, tal y como se lee, el texto de la norma refiere al supuesto en que una persona ya se halla cobijada por los efectos de la sentencia, momento que es temporalmente posterior y ontológicamente distinto, al vencimiento del término del traslado. Así, según Bejarano, el término de 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, corre simultáneamente para integrarse al grupo, como para excluirse de él. Concordamos con el citado autor, por las siguientes razones:

Por otra parte, paralelamente a lo ocurre en los Estados Unidos de América, en donde la normativa procesal civil federal y las estatales que le siguen, prevén expresamente el recaudo de la adecuada representación, como requisito indispensable para iniciar, desarrollar y culminar inderogablemente un proceso colectivo o *class action*, nuestra ley sobre acciones de grupo, a pesar de contemplar una consecuencia particular en el artículo mencionado, calla de manera sepultural, en cuanto a la calificación de dicho rubro como pauta esencial, para el ciclo vital de la acción de grupo.<sup>816</sup>

---

1) Si el término de cinco (5) días vencido el traslado de la demanda, es común para excluirse del grupo, para los dos supuestos previstos en los literales a y b del artículo 56 de la Ley 472 de 1998, el supuesto de exclusión establecido en el literal b, sería inoperante y meramente retórico, en la medida en que quien opte por salir del grupo, en ejercicio del derecho previsto en el literal b, deberá alegar y probar que ha sido indebidamente representado, aún cuando, pudo excluirse con su sola manifestación en ese sentido, por lo cual, considero que de entenderse que dicho término es común para ambas situaciones, en muy raras sino es que en ninguna ocasión- las personas entrarían en la discusión acerca de si sus intereses fueron bien representados, pudiendo omitir dicha carga con una simple manifestación escrita al juzgado donde optan por salir del grupo; 2) La representatividad adecuada es una figura transversal al ciclo del proceso colectivo, lo atraviesa desde su inicio hasta su culminación y, este es el sentido que debe darse a la expresión imbuída en el literal (b) del artículo 56, de manera que, una persona tendrá mayores y muchos más elementos de juicio luego de proferida la sentencia, para saber si sus intereses han sido adecuadamente representados o no, pues, podrá acceder al expediente y a cada una de sus etapas, además a los actos procesales surtidos en ellas, verificando si le asiste o no interés en alegar su indebida representación y retirarse del grupo, lo que no ocurrirá de dársele una interpretación cerrada a la sesgada a la norma; 3) La redacción del literal b del artículo 56 de la Ley 472 de 1998, es errática y fue mal transplantada e incorporada a nuestra legislación, pues, tal y como enseña Camargo, las *class actions* norteamericanas se tuvieron en cuenta como modelo, durante la gestión de la Ley 472 y en ellas, el derecho de exclusión o *opt out*, se presenta en diferentes oportunidades; primeramente con la notificación que se envía a los miembros de la clase, se les informa sobre su derecho a excluirse del grupo, mediante la presentación de un escrito en ese sentido con dirección al juzgado donde se radique la causa (RFPC 23 [b][v]); en segundo lugar, se extiende la posibilidad de excluirse a los miembros ausentes, cuando el representante colectivo y su abogado han arribado a un acuerdo con la parte demandada, de manera que, al revisarlo, los miembros ausentes puedan decidir sobre permanecer o retirarse de la clase (RFPC 23 [e][4]); en tercer lugar, después de proferida la sentencia, los miembros del grupo que consideren que sus intereses no fueron adecuadamente gestionados a lo largo del procedimiento, podrán solicitar vía *certiorari*, que la SCUS revise el fallo de segunda instancia y se pronuncie sobre esto. Véase: Cornell University Law School, Legal Information Institute (Lii), <https://www.law.cornell.edu/wex/certiorari>. (Consultado el 25 de Noviembre de 2017).

<sup>816</sup> Lo más parecido a una instancia de certificación que posee la Ley 472 de 1998, se halla en el examen de procedencia, que debe realizar el juez de la acción de grupo, al proferir el auto admisorio de la demanda. Así: Art. 53. Admisión, notificación y traslado (...)

Parágrafo.- El auto admisorio deberá valorar la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3 y 47 de la presente Ley. A pesar de contar con una previsión de ese talante, los jueces con competencia para conocer pretensiones de grupo, se han mantenido del lado individual del pensamiento, pues, en el grueso de las veces, al admitir la demanda, solo indican que los requisitos formales de la demanda se cumplen, sin preguntarse entre otros temas, por la adecuada representación del grupo. Véase: Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, pp. 314 – 330. Además: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Sin embargo, aun ante el silencio de la ley, en cuanto a un diagnóstico de la adecuada representación de quienes pretenden colectivamente, Colombia no le ha dado la espalda a dicho examen, por virtud del cual se garantiza el debido proceso colectivo de los miembros ausentes, tanto la jurisprudencia como la doctrina, se han referido a él. Claro está, aquellas manifestaciones, por parte de la judicatura y la academia, no son homogéneas, sino disimiles y en gran proporción ostentan un carácter eminentemente objetivo y legalista, demostrando una gran apatía y miedo hacia el tratamiento subjetivo, de determinadas condiciones de la adecuada representación.<sup>817</sup>

En esta tesitura, desde el polo jurisprudencial son pocas e invaluable las referencias al recaudo de la adecuada representación; así en contadas providencias del Consejo de Estado se ha dictaminado sobre su mandatoriedad e importancia, en el marco de las acciones de grupo, como medio para garantizar derechos y garantías básicas de los individuos, tales como el debido proceso y el acceso a la justicia, de esta forma:

“El trámite de una acción de grupo ejercida por quien no ostenta una adecuada representación, vulnera los derechos de los integrantes del grupo ausentes, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, consagrados, respectivamente, en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política, porque los dejaría sin posibilidades de hacer efectivos sus derechos, dado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la ley 472, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada y produce efectos tanto en relación con aquellas personas que concurrieron al proceso, como

---

Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 13 de Mayo de 2004, Radicado: 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG).

<sup>817</sup> Rojas Suarez, Jimmy. *Comentarios a la ponencia de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Martín Bermudez Muñoz sobre acciones de grupo*, p. 304; López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, pp. 106 - 107; Sanabria Santos, Henry. *La prueba de la representación del accionante en relación con el grupo como requisito para la admisión de la demanda en la acción de grupo*, p. 285; Ramiro Bejarano Guzmán. *Divagaciones sobre las acciones de grupo*, en XXVI Congreso Colombiano De Derecho Procesal, ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia, Bogotá – Colombia, 2005, p. 94. En lo que hace a la adoración al culto legal, el Consejo de Estado ha dicho que: “No debe perderse de vista que el juez, como todo servidor público, en cuanto hace a las atribuciones y facultades que le conciernen está sometido al principio de legalidad. Principio que forma parte del indeleble legado que la filosofía liberal le dejó a las democracias modernas, y que por ende, constituye uno de los elementos esenciales de todo Estado de Derecho, que reconoce en la ley su mayor conquista contra la arbitrariedad, que en ocasiones seduce a quien ejerce cualquier faceta del poder público. En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Auto del 30 de enero de 2008, Radicado: 17001-23-31-000-2004-01319-01(AG).

con aquéllas que sin haberlo hecho, formaron parte del grupo, salvo cuando demuestren que sus intereses no fueron representados adecuadamente o hubo graves errores en la notificación del auto admisorio de la demanda (art. 56 lit. B ley 472 de 1998)”<sup>818</sup>

En lo que hace al polo doctrinal se encuentran por un lado quienes prohíjan un análisis, de carácter abierto y subjetivo, similar al contemplado por la RFPC 23 de los Estados Unidos y el CMPCI,<sup>819</sup> dentro del cual, frente a quien pretenda colectivamente se exijan condiciones tales como 1) el músculo financiero, 2) la capacidad y el conocimiento, 3) la credibilidad 4) la experiencia en el manejo de procesos colectivos y 5) capacidad para negociar con la contraparte.<sup>820</sup> Y, quienes por otro lado, formulan una apología a la objetividad y formalidad del rito procesal, de manera que, el requisito de la adecuada representación se limite y extinga con el único acto de la formulación de la demanda y su eventual corrección.<sup>821</sup> Es decir, que la adecuada representación se estudie conforme a la pureza, formalidad y probidad del libelo introductor del proceso, de manera tal, que cuando el abogado del grupo yerre o no sea suficiente en su labor de perfilar adecuadamente la demanda, se apareje a esta acción, una reacción por parte de la judicatura, que indefectiblemente adoptara la forma de la inadmisión o rechazo, según corresponda.

---

<sup>818</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 26 de Marzo de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado No. 25000-23-25-000-2005-01799-01(AG); en ese mismo sentido puede verse también el Auto del 15 de Marzo de 2006, con radicado No. 25000-23-26-000-2004-02556-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa. Los anteriores autos son de Sala.

<sup>819</sup> Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Art. 2. Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva: I – la adecuada representatividad del legitimado; (...) Par. 2o. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como: a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c – su conducta en otros procesos colectivos; d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase. Par. 3° - El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4° del art. 3.

<sup>820</sup> Correa Palacio, Ruth y Bermúdez Muñoz, Martín. *Aspectos procesales de la acción de grupo...*, p. 239; Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 286.

<sup>821</sup> Bejarano Guzmán, Ramiro. *Divagaciones sobre las acciones de grupo*, p. 94; Guayacán Ortiz, Juan Carlos. *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas, comparación...*, p. 48; López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, p. 107; Sanabria Santos, Henry. *La prueba de la representación...*, p. 287; Rojas Suarez, Jimmy. *Comentarios a la ponencia...*, p. 304.

Esta última tendencia, con un cariz puramente objetivo es la de mayor acogida en nuestro país, producto de una marcada tradición de culto a la ley, por virtud de la cual, al juez no compete cosa distinta que pronunciarse, conforme y dentro de los límites que les señalen las normas legales, estando vetado de tomar decisión o medida ajena o por fuera de dichos criterios. En ese sentido, la doctrina se asienta fundamentalmente, en tres consideraciones 1) determinadas condiciones de la adecuada representación, tales como la capacidad, el prestigio, la idoneidad, experiencia, entre otros, se establecen en términos muy ambiguos, frente a los cuales el juez no posee herramienta alguna para su aprehensión 2) el análisis de ciertas consideraciones comportan un grado de subjetividad y discrecionalidad muy alto por parte del juzgador y, por lo tanto índices muy altos de inseguridad jurídica <sup>822</sup> y, 3) muchos de esos requisitos ajenos al estudio de la demanda, implicarían una limitación injustificada al derecho al acceso a la administración de justicia para las demás personas.<sup>823</sup>

De manera que, para el momento de escribirse estas líneas, el panorama general de la figura en comento, es cerrado y estricto, pues tanto, desde el punto de vista de la jurisprudencia, como del de la doctrina, se ha buscado dar una solución conforme a la preceptiva procesal, que si bien, por un lado abraza la posibilidad de exigir al abogado del grupo, determinadas condiciones en cuanto al planteo colectivo que aseguren un grado de competencia e idoneidad, por otro cierra la puerta al estudio de condiciones inherentes a la persona del abogado, que serían de utilidad para la adecuada representación de los miembros ausentes.<sup>824</sup>

Culminado el tratamiento de la adecuada representación en el marco de la ley 472 de 1998, y habiendo visto la manera en que la figura es maniobrada por parte de la doctrina

---

<sup>822</sup> Guayacán Ortiz, Juan Carlos. *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas, comparación...*, pp. 48 - 49; Bejarano Guzmán, Ramiro. *Divagaciones sobre las acciones de grupo*, pp. 92 – 94.

<sup>823</sup> Sanabria Santos. *La prueba de la representación...*, p. 285.

<sup>824</sup> Cooper recuerda, que las acciones de clase son un escenario donde los derechos de los miembros del colectivo, en gran medida se hallan en las manos de un abogado, que se convierte en un “*dominus Litis*”, razón por la cual, más allá de puras condiciones exógenas, deben estudiarse condiciones inherentes a la persona del abogado que como es natural, da primacía a sus intereses que a los del colectivo humano. Cooper Alexander, Janet. *An introduction to...*, p. 17.

y en casos aislados por la judicatura,<sup>825</sup> es menester ofrecer unas líneas que teniendo en cuenta lo que precede, consientan en un estudio más comprensivo, que permita a la autoridad, aprehender rubros que le revelen la idoneidad o improbidad del legitimado colectivo y, por ende, salvaguarde los derechos de quienes formando parte del grupo, se ausenten de la controversia.

### **3. La representatividad adecuada en las acciones de grupo, una nueva perspectiva.**

La representatividad adecuada, se erige en una garantía propia y especialísima de los procesos colectivos, por cuya virtud las agrupaciones o colectivos humanos, víctimas de agravios de diversa índole,<sup>826</sup> acceden a la administración de justicia, a través de un sujeto establecido legalmente, que gestionará o representará sus intereses, de manera apropiada, logrando que la sentencia que ponga fin al proceso, lo haga de manera definitiva, asegurando el debido proceso del colectivo.<sup>827</sup>

Consecuentemente, debido a la especialidad del proceso colectivo, en donde quien provoca la actividad judicial lo hace poniendo de presente intereses ajenos, cuya gestión no le ha sido encomendada y muchas veces es desconocida – ajeno, completamente a la construcción individualista por virtud de la cual, la voluntad crea y extingue derechos, procesal y extraprocesalmente – es necesario que de frente a quien pretenda colectivamente, gestionando e incluso disponiendo de intereses que no le son propios, se exijan determinadas cualidades, personales, profesionales y financieras, que demuestren

---

<sup>825</sup> Salvo por los autos mencionados en la cita N° 818, no se encontraron más de providencias del Consejo de Estado, en las que se halla hecho mención a la Representatividad Adecuada en el marco de las acciones de grupo.

<sup>826</sup> La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha retozado hacia la interpretación de que por virtud de la acción de grupo, son garantizables y aplicables, cualquier tipo de derechos subjetivos de naturaleza legal o constitucional. Véase las Sentencias T - 678 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara; C - 215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sachica; C - 1062 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>827</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 66. Efectos de la Sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso.

que los procedimientos colectivos, son respetuosos de la garantía del juicio justo frente a los miembros ausentes.<sup>828</sup>

De manera que, conforme lo acepta y pregonan la doctrina extranjera, un examen exhaustivo, permanente y comprensivo de la representatividad adecuada, es imperativo y mandatorio, pues, el mismo ya no se limita al campo de la ley, sino que se inserta en el marco de la Constitución, dado que solo a través de aquel se justifica el establecimiento y operatividad de dichos procedimientos.<sup>829</sup>

Así, en oposición a lo mentado por la porción mayoritaria de la doctrina nacional, considero que el examen de la adecuada representatividad, entendido como justificante constitucional de la existencia de la acción de grupo, debe 1) realizarse de manera perenne durante la existencia del proceso judicial, e inclusive más allá y no solo durante la gestación del proceso, con la formulación de la demanda, 2) en él, el abogado del grupo debe estar presto a adoptar una posición activa – desconocida en los procesos individuales - que demuestre su compromiso con la defensa de los derechos de los miembros ausentes del grupo y, 2) el juez en ejercicio de esa función, no debe limitarse a cuestiones relativas al planteo colectivo, sino que por el contrario debe inquirir y manifestarse sobre las condiciones profesionales de quien pretenda la legitimación colectiva, que aseguren al grupo su debido proceso.

Para lo cual, en las líneas siguientes, se ofrece un examen de representatividad que además de recepcionar lo mentado por la doctrina y la jurisprudencia amplíe el campo de dicho examen, conforme a herramientas que el orden jurídico prevé actualmente.

### **3.1. Representatividad adecuada, su estudio e implementación de *lege data*.**

De la somera exposición que sobre la temática se realizó en el acápite anterior, puede deducirse que la posición mayoritaria en Colombia, apareja el examen de la representatividad adecuada al cumplimiento del denominado presupuesto procesal de la demanda en forma, por virtud del cual, el libelo introductor del proceso debe cumplir a

---

<sup>828</sup> Giannini, Leandro. *Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local.....*, pp. 3 – 7.

<sup>829</sup> Gidi, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas*, p. 151.

cabalidad y extrema corrección todos los rubros, y demás exigencias que la ley procesal le señale a la demanda, a efectos de que el procedimiento pueda iniciar válidamente.<sup>830</sup>

En ese sentido, valiéndome de los recaudos que hasta el momento ha introducido la doctrina nacional, y de cosechas propias propongo un diagnóstico continuo de la representatividad adecuada, que se desarrolló conforme a las distintas etapas del procedimiento, esto es, durante la afirmación, la negación, la confirmación y la resolución.<sup>831</sup> Así, se observa la representatividad adecuada en la formulación de la demanda, en las notificaciones, la conciliación y la conducta intra-procesal del representante, además, en el marco de su actuación por fuera del proceso colectivo.

### ***3.1.1 La representatividad adecuada y el libelo introductor del proceso.***

Tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia,<sup>832</sup> la figura tratada en estas líneas a pesar de no hallar asiento explícito en el texto de la Ley 472 de 1998, se deduce del contenido del artículo 52<sup>833</sup> de aquella, en donde se señalan los requisitos especiales que deben cumplir las demandas en la acción de grupo. De manera que, al inicio del procedimiento, en la etapa de afirmación, la demanda en aras de irradiar representatividad, debe comportar seguridad y probidad en sus elementos, como lo son: 1) la composición del grupo 2) el ofrecimiento de los hechos 3) los elementos de prueba 4) la legitimación por

---

<sup>830</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, p. 283; María del Socorro Rueda Fonseca. *Fundamentos de derecho procesal colombiano*, Facultad de Derecho - Universidad de los Andes, Bogotá – Colombia, 2008, pp. 184 - 185; Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. 92; Azula Camacho, Jaime. *Teoría general del proceso*, pp. 132 -133.

<sup>831</sup> Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*, pp. 54 - 55; Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*, p. 235.

<sup>832</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 26 de Marzo de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado No. 25000-23-25-000-2005-01799-01(AG).

<sup>833</sup> Art. 52. Requisitos de la demanda. La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:

1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legalmente conferido.
2. La identificación de los poderdantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio.
3. El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.
4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.
5. La identificación del demandado.
6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3o. y 49 de la presente ley.
7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.

activa de la parte demandante 5) el estimativo de los perjuicios 6) la formulación y acumulación objetiva de pretensiones 7) la identificación plena y correcta de ambos extremos de la Litis.<sup>834</sup> De la siguiente forma:

- I. En lo que hace a la composición del grupo, el abogado ha de establecer la existencia de un grupo que ostente mínimo un número de veinte miembros, a los cuales ha de identificar por su nombre, documento de identidad y domicilio, y cuando esto no fuere posible deberá determinarlos conforme a unos criterios de carácter objetivo, fácilmente deducibles por el juez,<sup>835</sup> so pena de que no se acepte la representación de grupo y se refleje inadecuación del abogado, pues si no es capaz de establecer el grupo que pretende representar menos podrá ejercer vigorosa y realmente su defensa.<sup>836</sup> Dentro de este rubro, también emerge la posibilidad y necesidad de establecer subgrupos,<sup>837</sup> cuando la situación fáctica así lo requiera, de manera que la

---

<sup>834</sup> Ministerio Público Fiscal de Salta. *Dictámenes*, pp. 14 – 18.

<sup>835</sup> Summers, Sarah. *Federal practice...* En ese sentido, también véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Auto del dos de febrero de 2001, Radicado AG-017. En este caso, se incoa la acción de grupo, a favor del grupo de accionistas de un Banco, que sufrieron perjuicios como efecto de la oficialización de la entidad financiera por parte del Estado. Aquí, el criterio objetivo, radica en la prueba de la calidad de accionista de los perjudicados y como prueba se señala la certificación de la secretaría general del Banco; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Roberto Median López, Sentencia del 23 de febrero de 2001, Radicado AG – 013.

<sup>836</sup> López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, p.107. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Auto del 1 de junio de 2000, Radicado: Ag – 001. Se rechazó una demanda promovida en ejercicio de la acción de grupo, porque durante el curso del procedimiento en primera instancia el abogado, no conformó adecuadamente el grupo que pretendía representar. Así, en la demanda señaló que se trataba de todos los usuarios de telefonía fija, que durante el 16 de octubre y el 12 de noviembre de 1999, se les hubiera suspendido el servicio y cobrado la correspondiente factura, luego en el recurso de apelación, manifestó que grupo se conformaba por los usuarios aludidos comprendidos en un periodo de 5 años, y en el acápite de pruebas, nuevamente manifestó que eran 2 años.

<sup>837</sup> La referencia a los subgrupos dentro de la Ley 472 de 1998 es ínfima, solo se hace referencia a ellos en el marco de la sentencia, cuando el juez por razones de equidad los cree para efectos de una mejor redistribución de la indemnización. Esa cortedad con la que los subgrupos son tratados por la ley, no debe ser óbice para que un representante adecuado, en la formulación de la demanda o su reforma, introduzca distintos subgrupos cuando la necesidad lo requiera y la defensa de los derechos del grupo pueda ser mejor de esta forma. En ese sentido debe recordarse que en los Estados Unidos, la jurisprudencia ha establecido que los subgrupos son la herramienta ideal ante la existencia de un conflicto de intereses al interior de un grupo, de manera que la certificación o mantenimiento de la acción de clase, no se vean diezmados por causa de un conflicto de interés. Véase: *Amchem Products, Inc. v. Windsor. (1997). 521 U.S. 591*, para ver un ejemplo de creación judicial de subgrupos, únicamente durante la sentencia y para efectos del pago, véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Auto del 26 de marzo de 2009, Radicado: 68001-23-15-000-2001-01531-02(AG).

defensa procesal de unos y otros se adelante conforme a las necesidades especiales y propias de cada subgrupo, de forma que ante determinados recortes a la realidad, donde un conglomerado social, comparta un mismo núcleo de controversia, pero sus integrantes puedan ser escindidos, deberán establecerse subgrupos por parte del abogado del grupo, a los cuales corresponderán sus pretensiones y pruebas propias.<sup>838</sup>

- II. Con la demanda, el abogado debe señalar o sugerir la prueba que deben acreditar los miembros ausentes del grupo, a efectos de acceder a la indemnización ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses colectivos.<sup>839</sup> (de ahora en adelante el Fondo)

---

<sup>838</sup> En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla. Sentencia del 2 de noviembre de 2000, Radicado: AG – 011. El Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, desfavorable a las pretensiones del grupo, por considerar que el abogado del grupo, conforme a los hechos que introdujo y a la conformación del grupo que alegó, no logro demostrar la calidad en que cada miembro acudía a la acción de grupo, ni que prueba acreditaba dicha calidad. Así, el grupo conformado por afectados de una inundación ocurrida el día 22 de octubre del año 1999, por efecto de la creciente del río cauca, hubieran podido dividirse en subgrupos como: “propietarios”, “poseedores”, “tenedores”, “trabajadores” y a cada uno fijarle su correspondiente medio de prueba que acreditará sus daños y legitimación. En ese sentido, también puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Auto del 17 de Agosto de 2000, Radicado: AG – 007. En este caso, se solicitó la declaratoria de responsabilidad y la correspondiente indemnización de perjuicios, por causa de un derrame de crudo en la zona de Nariño. A pesar de que dicha causa genero perjuicios para un determinado grupo, no se establecieron subgrupos, entre “pobladores”, “pesqueras” y “pescadores”, de forma que hubiera mejorado su defensa procesal. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 18 de octubre de 2001, Radicado: 25000-23-27-000-2000-0023-01(AG-021); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sentencia del 25 de octubre de 2001, Radicado AG-012; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Roberto López Medina, Auto del 20 de septiembre del 2000, Radicado: 88001-23-31-000-2002-9001-01(AG-055); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 13 de Mayo de 2004, Radicado: 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG). En este caso, el grupo de afectados por el derramamiento de crudo en el rio rosario (Tumaco), que se conformaba por pescadores, concheras y agricultores, accedió a una porción ínfima de los perjuicios materiales, inicialmente solicitados dado que el abogado del grupo, no solo trato al grupo de forma unitaria, sino que no ofreció medios de prueba respecto de los perjuicios tanto materiales como morales y, tampoco contradijo los deducidos por la contraparte.

<sup>839</sup> Correa Palacio, Ruth y Bermudez Muñoz, Martín. *Aspectos procesales de la accion de grupo...*, p. 249; Sanabria Santos, Henry. *La prueba de la representación...*, p. 283. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, Auto del 18 de julio de 2002, Radicado: 73001-23-31-000-1999-2177-01(AG-44). En este caso, se pretendía la indemnización de perjuicios causados por la liquidación ilegal de los créditos en UPAC, dentro del acápite de las pretensiones, se indicaba que los miembros ausentes debían en aras acceder a la indemnización, acreditar

- III. En lo referente a los hechos, la demanda debe comportar un relato cronológico, ordenado, coherente y, serio que permita al juez deducir la existencia de los elementos que configuran la responsabilidad en cabeza del demandado, además de los requerimientos de técnica establecidos por la ley, para que el acto sea tenido como válido.<sup>840</sup>
- IV. El acápite probatorio, resulta de azas importancia para efectos de determinar la capacidad, preparación y adecuada representación de los intereses del grupo, en la medida que conforme al relato de los hechos y selección de las razones de derecho, a cada uno a de corresponder un medio de prueba, pertinente, útil y conducente,<sup>841</sup> que conlleve a dar efectividad a las pretensiones del grupo,<sup>842</sup> por virtud de la

---

el ser o haber sido deudores de dicho sistema a partir de 1993, sin embargo no se establecieron los medios de orden probatorio pertinentes para dicho fin, como hubieran sido los recibos de pago a las entidades bancarias, o los respectivos contratos. En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), Sentencia del 26 de Noviembre del 2014, Radicado: 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG), En este caso, se estableció como prueba idónea para la reclamación de la indemnización correspondiente ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, el establecimiento de la calidad de concesionario del río pescador para la época de los hechos, de manera que se verificará su integración dentro del grupo de todas las personas afectadas por el sellamiento de la válvula que permitía el paso de la corriente de agua del embalse a los correspondientes cultivos.

<sup>840</sup>Resaltando la importancia de los hechos en el proba construcción de una demanda, el máximo tribunal de competencia ordinaria civil, ha indicado que: “la indicación de los hechos en la demanda, es cuestión fundamental en todo litigio, no solo porque informan su historia en el desenvolvimiento del proceso, sino también y, esto es lo más importante, porque de ellos emana el derecho que se pretende, por lo cual se dice, generalmente, que la causa de una demanda está constituida por los hechos en que se funda el derecho”. En Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Agosto de 1996. M.P. Rafael Romero Sierra.

<sup>841</sup> Según Rocha Alvira, la prueba pertinente es la “referente a un hecho tal que si fuere demostrado influirá en la decisión total o parcial del litigio”. En: Antonio Rocha Alvira. *Derecho probatorio, resumen para preparación del examen final*, Ediciones Rosaristas, Colombia, 1980, p. 79. Al respecto Devis Echandía indica que “la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar (...), la idoneidad (...) indica que la ley permite probar con ese medio el hecho que se pretende aplicar”. En: Hernando Devis Echandía. *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª Edición ed. Temis, Bogotá – Colombia, 2002, p. 125.

<sup>842</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 17 de mayo de 2001, Radicado: 850001-23-31-000-2000-0013-01(AG-010). Dentro de la cual, con un sentido contrario a la ley y a lo colectivo de la acción de grupo, se señala que debido a los defectos del material probatorio ofrecido por el abogado del grupo, los miembros ausentes del grupo, dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, deben probar sus daños y liquidarlos en forma individual, vía incidente; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Mario Alario López, Sentencia del 12 de diciembre de 2002, radicado: 52001-23-31-000-1999-1062-01(AG-017). En este caso, se solicita la indemnización de perjuicios de un grupo conformado por comerciantes y residentes de un sector de puerto asís (Nariño), afectados por causa de un contrato de obra pública que debido

---

a la cortedad de los estudios previos y, el material usado, derivó en el colapso de la calle principal de la ciudad. El tribunal contencioso administrativo de Nariño declaró imprósperas las pretensiones del demandante, por causa de los defectos de orden probatorio dado que los documentos ofrecidos no cumplían con los requisitos necesarios, para tenerse como prueba (balances comerciales certificados por contador), formulado el recurso de apelación el Consejo de Estado, confirmó la sentencia impugnada considerando que el demandante debió solicitar otros medios de prueba tendientes a lograr la prueba de los daños de los miembros del grupo y, no recostarse sobre los poderes oficiosos del juez de segunda instancia; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 13 de Mayo de 2004, Radicado: 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG). En este caso, como consecuencia de la falta de preparación del abogado del grupo, la cuantía inicial de las pretensiones valoradas en casi \$97.000.000.000, por efecto de perjuicios materiales en segunda instancia fueron reducidos a \$147.875.445, por carencia de material probatorio que acreditara el quantum pretendido, respecto de los perjuicios morales, aquellos no fueron reconocidos por ausencia de prueba; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo, Sentencia del 19 de mayo de 2005, Radicado: 15001-23-31-000-2001-01541-03(AG). Solicitada la indemnización de los perjuicios materiales y morales producto en la mora en el pago de los salarios a empleados del departamento de Boyacá, en segunda instancia el Consejo de Estado indicó que frente a los materiales que: “La única prueba que pidió el demandante consiste en el documento público, emitido a su ruego, el día 1º de octubre de 2002 por el Director de Gestión de Talento Humano; versa sobre un cuadro contentivo del nombre, cargo sin diferenciación de servidor ni remuneraciones individuales, fecha de ingreso y de retiro

Y como esa prueba resultaba insuficiente para establecer aquel daño porque el demandado no dio a conocer los salarios de sus servidores, entre otros, la Sala decretó de oficio varias certificaciones y documentos públicos del Departamento de Boyacá, en auto de 25 de noviembre de 2004”, en relación con los perjuicios morales, “La demanda se limitó a afirmarlo definitivamente y ni siquiera solicitó pruebas para establecerlo; y como por ley la aseveración procesal definida está sujeta a prueba, quien aseveró debió demostrar los supuestos de hecho necesarios para activar el favor de una norma”. En el caso de la Gabarra, debido a la falta de preparación del abogado del grupo, que ni siquiera apeló la sentencia de primera instancia, contraria a los intereses de la legión que negó la indemnización con respecto de los perjuicios materiales, el Consejo de Estado en grado jurisdiccional de consulta afirmó lo siguiente: “ Debe advertirse que a pesar de que en la demanda se solicitó la reparación de los perjuicios morales, materiales y a la vida de relación causados con el hecho, y que la sentencia puede ser modificada sin límites, porque se revisa en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo establecido en el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con lo dispuesto en el artículo 68 de la ley 472 de 1998, sólo se condenará al pago de la indemnización por los perjuicios morales porque, además de constituir hechos notorios fueron acreditados en el proceso con prueba testimonial, pero no sucedió lo propio con los demás perjuicios, los cuales no fueron debidamente demostrados”. En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa, Sentencia del 26 de enero de 2006, Radicado: 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG). También puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Sentencia del 21 de Febrero de 2007, Radicado: 85001-23-31-000-2006-00654-01(AG). En este caso, la falta de representatividad adecuada, se gestó por deficiencias de orden probatorio, en la medida que de los documentos aportados con la demanda y del dictamen pericial rendido para acreditar el daño sufrido por el gremio de arroceros del Casanare, por causa del paro de transportadores del 2004, no se pudo extraer ninguna consecuencia jurídica, en la medida que los documentos no cumplían con los requisitos para tener valor probatorio y el dictamen se pronunció únicamente sobre esos documentos; En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), Sentencia del 26 de Noviembre del 2014, Radicado: 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG). En la demanda se solicitó el testimonio de la mayoría de personas que conformaban el grupo demandante, para que se pronunciaran sobre los cultivos (cantidad y extensión) que habrían sido afectados por la clausura de la válvula del embalse que

acreditación de los hechos y normas en que ellas se sustentan, pues tal y como señala Couture, “la vida de los hechos, es la vida del derecho”.<sup>843</sup> Luego, en la etapa procesal que se estudia, resulta de vital importancia la prueba de la existencia y conformación del grupo,<sup>844</sup> pues solo esta determinará si se está frente a una acumulación subjetiva de pretensiones,<sup>845</sup> o por otro lado ante una pretensión que ostente, en palabras de Camargo Mancuso, una “magnitud colectiva”, por afectar a un radio más extenso de personas que aquel que fue nombrado en la demanda y participo del proceso,<sup>846</sup> de ahí que, la doctrina se debata entre la benevolencia o

---

impedía el riego necesario de agua. Durante el curso del procedimiento dichas personas acudieron a la práctica de la prueba referida, en sede de apelación el Consejo de Estado negó todo tipo de efectividad probatoria al medio solicitado por el abogado del grupo, bajo el entendimiento de que las declaraciones de la misma parte no constituyen testimonio.

<sup>843</sup> Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 16. En ese mismo sentido véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de febrero de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Auto del 1 de junio de 2000, Radicado: Ag – 001.

<sup>844</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Auto del 20 de noviembre de 2003, Radicado: 15001-23-31-000-2003-01618-01(AG). Mediante acción de grupo se solicitó la indemnización de los perjuicios derivados de la falta de dotación o de su compensación monetaria, por parte del Departamento de Boyacá a sus trabajadores, en primera instancia se rechazó la demanda, por considerar que la acción de grupo era improcedente dado que las pretensiones reflejaban una cuestión de carácter puramente laboral y no indemnizatorio, en segunda instancia el Consejo de Estado revoco dicha providencia y en su lugar declaro la inadmisión de la demanda, pues del escrito y de las pruebas allegadas, no se lograba confirmar la calidad de servidores públicos que revestían quienes supuestamente conformaban el grupo ni la cuantía de salario devengado. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. German Rodríguez Villamizar, Auto del 30 de Septiembre de 2004, Radicado: 15001-23-31-000-2003-3662-01(AG);

<sup>845</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia del 18 de octubre de 2001, Radicado: 25000-23-27-000-2000-0023-01(AG-021). En el acápite de pretensiones de la demanda se lee textualmente lo siguiente:” 2. Que como consecuencia de esa declaración (de responsabilidad), la nación colombiana, (...) debe pagar a mis poderdantes, los daños y perjuicios materiales, morales y fisiológicos (...)”. Con lo cual, se demuestra la intención de iniciar un procedimiento ordinario con acumulación subjetiva de pretensiones y no una acción de grupo, por lo cual lo procedente era la pretensión de reparación directa, a este mismo resultado llega el Consejo de Estado, pero no por las razones aducidas. En ese sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Auto del 19 de julio de 2002, Radicado: : 25000-23-27-000-2001-0013-02(AG-0013); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, Auto del 5 de junio del 2003, Radicado: 25000-23-25-000-2002-0011-02(AG); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Sentencia 19 de junio de 2008, Radicado: 25000-23-25-000-2004-01606-01(AG); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Auto del 10 de abril de 2014, Radicado: 17001-33-31-002-2009-00103-01(AG)REV.

<sup>846</sup> Citado en: Leal, Luciana. *A coisa julgada nas ações coletivas*, p. 4.

incompatibilidad de las pruebas de oficio, para acreditar al inicio de la acción de grupo, la existencia de tal,<sup>847</sup> ante lo cual, creo que existen en el orden jurídico herramientas que conducen a acreditar dicha exigencia y que coadyuvan en el examen de la representatividad del abogado del grupo, por recaer sobre criterios como la devoción y compromiso en el desarrollo de la causa colectiva, me refiero a las denominadas pruebas “extraprocesales o anticipadas”,<sup>848</sup> por virtud de las cuales, quien pretenda accionar colectivamente, puede robustecer su demanda,<sup>849</sup> acompañándola de un medio de prueba que acredite la existencia del grupo.

- V. Desde la formulación de la demanda, el demandante debe acreditar su pertenencia al grupo (salvo cuando quien demande sea un legitimado institucional) esto es, que posee legitimación en la causa (*standing to sue*)<sup>850</sup> para incoar la acción y

---

<sup>847</sup> Arguyendo a favor de las pruebas de oficio en la etapa inicial del procedimiento de grupo, Javier Tamayo Jaramillo, manifiesta que: “el grupo debe ser delimitado en el auto de admisión de la demanda, fijando las condiciones que tornen determinables a sus componentes, pero sin necesidad de identificarlos por anticipado. Así las cosas, el juez, antes de proceder a admitir la demanda, deberá averiguar con la colaboración de los demandantes, todos los elementos de juicio sobre los hechos, incluyendo a las víctimas, el tipo de daños, la causa de los mismos, etc”. En: Tamayo Jaramillo, Javier. *las acciones populares y de grupo...*, p. 231. En contra de esta postura y con un viso eminentemente particular y propio del proceso individualista liberal, Bermúdez señala que: “Considerar que, en una especie de trabajo conjunto con los demandantes, es el juez quien debe determinar cuál es el grupo sobre el cual recaerán los efectos de la sentencia implica atribuirle un rol que le corresponde a la parte demandante, a la cual le incumbe formular la pretensión, (...) adicional a lo anterior, decretar y practicar pruebas de oficio antes de admitir la demanda significa desarrollar una actividad probatoria a espaldas del demandado, para la cual el juez carece totalmente de competencia, pues no hay ninguna norma legal que lo habilite para ello”. En: Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, pp. 307 – 308.

<sup>848</sup> Ley n° 1564 de 2012.

Art. 174. prueba trasladada y prueba extraprocesal. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.

Esta solución es plausible, por virtud de lo previsto en artículo 68 de la Ley 472 de 1998, con fundamento en el cual, en lo no previsto aquella se aplicarán las disposiciones pertinentes del código procedimental civil, hoy en día código general del proceso.

<sup>849</sup> Ley n° 1564 de 2012.

Art. 84. Anexos de la demanda. 3. Las pruebas extraprocesales y los documentos que se pretenda hacer valer y se encuentren en poder del demandante.

<sup>850</sup> En los Estados Unidos, aparejados a los requerimientos explícitos de la RFPC 23 (A) y (B), se encuentran los requerimientos implícitos desarrollados por la jurisprudencia, de entre los cuales, se encuentra la legitimación en causa por activa o *standing to sue*. En ese sentido, véase: Summers, Sarah. *Federal practice*.... Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo

representar al grupo,<sup>851</sup> de manera que tanto sus hechos, como pretensiones y pruebas puedan ser tenidas como las de aquel, o en términos anglosajones, materialicen su tipicidad (*Typicality*).<sup>852</sup>

- VI. De conformidad con la Ley 472, el demandante deberá estimar de manera inicial el valor de los perjuicios del grupo,<sup>853</sup> para acreditar su capacidad y conocimiento, además para asegurar la defensa vigorosa y real de los intereses del grupo, de manera que la falta de estimación o la estimación errada de los perjuicios, además de su correspondiente prueba, derivan en la inadecuación del abogado del grupo, tal y como lo han dicho la doctrina y la jurisprudencia.<sup>854</sup>

---

Hoyos Duque, Sentencia del 11 de septiembre de 2003. Radicado: 25000-23-25-000-2000-00019-01(AG). En este caso, una asociación de copropietarios incoo acción de grupo, solicitando la indemnización de perjuicios causados con ocasión de deterioro de las viviendas de los propietarios, por causa de la mala planeación y estudios tanto de la Administración distrital como de los constructores. La sentencia de primera instancia favorable a las pretensiones del grupo, fue revocada por el Consejo de Estado, porque considero que la asociación no tenía legitimación en la causa, para incoar este tipo de procedimientos en la medida que no había sufrido ningún perjuicio, aunado a lo anterior aunque el representante legal de la referida asociación, también era propietario de una vivienda en la urbanización y los demás miembros del grupo le habían conferido poder para que los representará, en la demanda no se ofreció prueba alguna que acreditara su propio perjuicio y como tal su pertenencia al grupo. En otra ocasión el Consejo de Estado, señalo que no existe exigencia ni de carácter constitucional ni legal, en las acciones de grupo sobre la necesidad de probar la calidad en la que se actúa, de manera que basta la simple afirmación de ser miembro del grupo. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo López, Auto del 10 de junio de 2004, Radicación: 23001-23-31-000-1999-00116-02(AG). En el caso de la Gabarra, el Consejo de Estado determino que los requerimientos formales de la acción de grupo, se hallaban satisfechos en la medida que “quienes ejercieron la acción demostraron ser sus titulares, como quiera que acreditaron pertenecer al grupo de personas que residían en el municipio de La Gabarra y se vieron desplazados, con ocasión de los actos violentos ocurridos entre mayo y junio de 1999”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa, Sentencia del 26 de enero de 2006, Radicado: 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Auto del 27 de octubre de 2011, Radicado: 25000-23-27-000-2004-01163-02(AG).

<sup>851</sup> Bejarano Guzmán, Ramiro. *Divagaciones sobre las acciones de grupo*, pp. 91- 92.

<sup>852</sup> Bahe-Jachna, Ruth. *Numerosity, commonality and typicality*, p. 63. Además, en: Sentencia del 2 de noviembre de 2000, Radicado: AG – 011.

<sup>853</sup> Ley nº 472 de 1998.

Art. 52. Requisitos de la Demanda. 3. El estimativo del valor de perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.

<sup>854</sup> Rojas Suarez, Jimmy. *Comentarios a la ponencia...*, pp. 300 -302; López Cárdenas, Carlos. *La acción De grupo...*, p.109; Hernández Enriquez, Alíer. *Regulación de las acciones de grupo...*, p. 76. En auto de 15 de Marzo del 2006, el Consejo de Estado, manifestó que: “El artículo 52 de la ley 472 de 1998, señala como requisito para la admisión de la demanda, que en ella se exprese, entre otros, el estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración. El señalamiento del valor de los perjuicios resulta ineludible para la adecuada defensa de los derechos del grupo afectado; para la congruencia de la

VII. El *petitum* de la demanda, es uno de los elementos que demuestran la existencia o carencia de las condiciones necesarias para la vigorosa defensa de los intereses del grupo, pues a partir de su diseño y esquematización en el escrito, se visualizará tanto el conocimiento, como la capacidad profesional necesaria para dicha gestión.<sup>855</sup> Consecuentemente, las pretensiones deben compadecerse y compaginarse con la *causa petendi*, recuestada a lo largo de la demanda, de forma que tanto la declaratoria de responsabilidad, como las condenas solicitadas, deben ser el correlato de los hechos, como de las imputaciones jurídicas,<sup>856</sup> que realice el abogado del grupo al demandado o demandados.<sup>857</sup> A su vez, las pretensiones deben

---

sentencia, porque la condena deberá ceñirse a las pretensiones formuladas en la demanda, sin perjuicio de que la cuantía pueda incrementarse con posterioridad a su admisión, por la integración del grupo, en los términos del artículo 55 *ibídem*; pero, sobre todo, para el ejercicio de una adecuada representación de los integrantes del grupo, por quienes actúen como demandantes. Quien como demandante representa al grupo de personas presuntamente afectadas con los hechos u omisiones que se imputa al demandado, debe estar en condiciones de señalar cuál es el valor patrimonial de esa afectación. En caso de que el demandante no esté en capacidad de suministrar dicho valor estimando razonadamente la cuantía señalada, debe concluirse que no está en capacidad de ejercer la representación del grupo”. véase, Auto del 15 de Marzo de 2006. C.P. Ruth Stella Correa.

<sup>855</sup> En Sentencia del 2 de noviembre de 2000, Radicado: AG – 011, puede leerse que las pretensiones de la demanda, a parte de la pura indemnización de perjuicios se refieren a otro tipo de declaraciones ajenas a la acción de grupo, así: 1) que se declare la validez, del convenio 021 de 1999, entre la Corporación Autónoma del Valle del Cauca y el Municipio de Bolívar, 2) Que dicho convenio es de estricto cumplimiento para quienes lo suscribieron 3) Que como las entidades demandadas deben responder y pagar los perjuicios ocasionados por incumplimiento parcial del convenio, deben repetir contra los funcionarios negligentes que incumplieron lo pactado. En ese sentido, véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Auto del 1 de junio de 2000, Radicado: Ag – 001.

<sup>856</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. German Rodríguez Villamizar, Sentencia del 15 de junio de 2000, Radicado: AG – 003. En este caso, se pretendía el resarcimiento de los perjuicios sufridos, a causa del desalojo de los vendedores ambulantes, llevado a cabo por la Alcaldía de Kennedy como medida para la recuperación del espacio público. En la demanda, en lo que respecta a las razones de derecho, el abogado del grupo no fue claro respecto del título de imputación escogido, pues en algunos apartes se manifiesta que es una responsabilidad claramente objetiva, mientras que en otros, es por falla del servicio. En, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, Sentencia del 2 de octubre de 2008, Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG). El abogado del grupo, sustenta la responsabilidad endilgada a la administración, bajo la teoría del riesgo excepcional, en primera instancia el Tribunal de Nariño no accede a sus pretensiones, sin embargo, en segunda instancia cambiando la causa de pedir del abogado del grupo, el Consejo de Estado revoca la providencia de primera instancia y accede a las pretensiones grupales, bajo la teoría del daño especial en la medida que este es aplicable en actos de terrorismo, como la destrucción del comando de policía en el municipio de la Cruz a manos de las FARC.

<sup>857</sup> Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. 92; Rueda Fonseca, María del Socorro. *Fundamentos de derecho procesal colombiano*, pp. 91 - 92; Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*, pp. 103 – 104. A pesar de existir procesalmente la denominada “*causa petendi*”, la Ley 472 de

ser típicas, del grupo o subgrupos,<sup>858</sup> de manera que lo instado sea lo que una persona normalmente solicitaría ante la jurisdicción conforme a la imputación jurídica o teoría legal correspondiente,<sup>859</sup> aunado a lo anterior, debe observarse en este acápite, la posibilidad de solicitar de la jurisdicción, declaraciones centradas en el término “reparación”, que escapen o excedan de la órbita de la pura indemnización.<sup>860</sup>

VIII. La identificación plena de los extremos de la Litis, se compagina con el numeral (I) de este acápite, referido a la composición del grupo, pero va más allá, pues además de saber para quien pretende, el abogado del grupo debe tener claro, frente a quien

---

1998, permite que a las pretensiones inicialmente incoadas para el grupo, se adicionen las de los miembros que se integren con anterioridad al periodo probatorio, los cuales, pueden solicitar daños extraordinarios o excepcionales, de forma que introduzcan circunstancias individuales que perviertan el manejo colectivo que el representante ha dado a la acción de grupo, aunado a lo anterior, el Consejo de Estado ha determinado que sobre esos novedosos daños introducidos con posterioridad a la contestación de la demanda, no existe el deber legal de correr traslado al demandado. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Delio Gómez Leyva. Auto del 10 de julio de 2000, radicado: AG-002.

<sup>858</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de octubre de 2007, Radicado: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG). En este caso, se solicitó la indemnización de perjuicios, producto del daño ocasionado a los propietarios de la urbanización Santa Rosa, como consecuencia de la construcción de viviendas en terrenos no aptos para tal fin aunado a la omisión por parte de las autoridades administrativas en la aplicación de correctivos necesarios (sanciones) ante este hecho. Aquí, el abogado del grupo inicialmente solicitó como pretensiones: “(1) se condenara a la parte demandada al reconocimiento de los daños y perjuicios causados, los cuales estimaron en \$5.000.000.000.00 “por concepto de pago de (sic) cuota inicial a la constructora y cuotas mensuales pagadas y adeudadas a la Corporación Financiera por el crédito otorgado”; (2) que se indexara la cifra que resultare por concepto de indemnización “a la fecha que se efectúe el pago”; (3) que se condenara al pago, por concepto de perjuicios morales a cada uno de los miembros del grupo, de una cifra de dinero no menor al equivalente de 1.000 gramos de oro; y (4) que se condenara en costas a la parte demandada”, durante el curso del procedimiento, se añadieron únicamente respecto de determinados miembros del grupo otro tipo de pretensiones como: 1) la indemnización por daño emergente y lucro cesante, derivado del pago del subsidio de vivienda de interés social y, 2) las mejoras que se hubieren realizado en las viviendas. Aquí, el Consejo de Estado considero que ello era posible en la medida que las personas se fueron integrando al grupo conforme fueron apareciendo los daños en sus respectivas viviendas, sin que se hiciera un análisis sobre lo típico de esas pretensiones o la posibilidad de establecer subgrupos conforme al daño sufrido.

<sup>859</sup> Bahe-Jachna, Ruth. *Numerosity, commonality and typicality*, p. 63; Yeazell, Stephen. *From group...*, p. 1080.

<sup>860</sup> A pesar de que la ley 472, señala que la acción de grupo tiene como único objetivo “el reconocimiento y pago de los perjuicios” la Doctrina y la Jurisprudencia, han optado por ampliar el campo de pretensiones deducibles en la acción de grupo, conforme a un marco de “reparación” y no netamente indemnizatorio, esto puede verse en: López Cárdenas, Carlos. *La acción de grupo...*, p.138; *La acción de grupo en Colombia como mecanismo de protección y reparación de derechos colectivos. Class action in Colombia as a mechanism for the protection and reparation of collective rights*, p. 24; Tamayo Jaramillo, Javier. *Las acciones populares y de grupo...*, pp. 202 – 203.

lo hace o, respecto de quien la sentencia en el lado pasivo de la Litis producirá efectos, de manera que, la errónea selección del demandado, por parte del abogado del grupo demuestra que carece de la idoneidad para pretender por un colectivo,<sup>861</sup> sin perjuicio de la facultad concedida al juez por virtud del artículo 52 N° 5 de la Ley 472 de 1998.<sup>862</sup>

- IX. Con la demanda, el abogado del grupo en caso de ser necesario deberá, manifestar la intención de acceder a la financiación para el desarrollo de determinados actos procesales, que provee el Fondo y aportarle el documento con decisión favorable, en la oportunidad pertinente.<sup>863</sup>

### ***3.1.1.1 En torno a la capacidad financiera y la experiencia del abogado del grupo.***

En el inicio del procedimiento judicial, el juez valiéndose tanto de los elementos ofrecidos por el abogado del grupo como de las herramientas que el orden jurídico le otorga, podría indagar más a fondo sobre la representatividad adecuada, que le cabe a quien pretende colectivamente, pues, podría procurarse indicios de experiencia, conocimiento, y, compromiso<sup>864</sup> – que de no existir no acarrearían fatalmente, la declaratoria de inidoneidad,

---

<sup>861</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Auto del 17 de Agosto de 2000, Radicación: AG – 007. En este caso, la demanda se dirigió contra la Nación – Ministerio del Medio Ambiente, y contra Petroecuador, entidad pública extranjera, sobre la cual recae la llamada “inmunidad de jurisdicción”, con lo cual, se puede observar que o se conformó adecuadamente la Litis.

<sup>862</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 52. Requisitos de la Demanda, párrafo.- La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación.

<sup>863</sup> Blanca Patricia Villegas de la Puente y Martha Mireya Moreno Pardo, en su intervención en el libro colectivo citado, respecto de las funciones del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos manifiestan, que quien desee acceder a la financiación de carácter procesal, creada por la Ley 472 de 1998, para efectos de publicaciones y pruebas periciales, deben anexar a la solicitud. 1) Copia de la Demanda, 2) Copia del Auto Admisorio de la Demanda 3) Copia del Amparo de pobreza. En caso de requerir ayuda financiera respecto de las publicaciones debe añadirse también 1) El texto de aviso, en lo que refiere a las pruebas periciales, quien opte por la ayuda financiera debe anexar además, 1) la copia del auto que decreta la prueba 2) la copia de posesión del perito. Esto puede verse en: *Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos*, pp. 195 – 196.

<sup>864</sup> En nuestro medio, existen profusas leyes de orden adjetivo, que compelen al juez para que éste oficie como “director” del proceso y, no como un mero espectador de la contienda entre los sujetos antagónicos, de manera que, se garantice el derecho fundamental al debido proceso. De esa forma, es deber del juez de las acciones de grupo, reconocer y garantizar el debido proceso colectivo a los miembros ausentes del mismo.

y por ende la terminación de la acción de grupo, en la medida que la formulación de la demanda y la conducta intraprocesal sea apropiada – que robustecerían al legitimado colectivo y como tal, a los efectos de la sentencia.<sup>865</sup>

Para tal efecto, en lo que hace al requerimiento de conocimiento, experiencia e histórico en el manejo de acciones colectivas, el juez previo a la admisión de la demanda, podría oficiar a la Defensoría del Pueblo, a efectos de que está inquiera dentro de sus propios archivos, (Registro público de Acciones Populares y de Grupo) acerca de la existencia de pretensiones de grupo precedentes iniciadas por el mismo legitimado y su abogado, de manera que, arrojando un resultado positivo, se remitieran al juzgado, copias de la piezas procesales pertinentes, como la demanda, el auto admisorio, y el fallo

---

Inicialmente a través del estudio riguroso de la demanda y cada uno de sus componentes, incluidas las afirmaciones de “acceso a ayuda financiera” por parte del Fondo, en caso de ser requeridas. Aunado a lo anterior, el juez puede hacer uso de los llamados “poderes procesales”, en aras de garantizar la igualdad de las partes, consecuentemente en las acciones de grupo, podría oficiar a las entidades que a bien tenga, bajo la premisa de inquirir sobre la persona que pretende colectivamente, de forma que la representación sea la mas adecuada en un espectro amplió de términos. En ese sentido, las siguientes disposiciones se revelan como pertinentes:

Ley n° 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial n° 42745 de Marzo 15 de 1996.

Art. 9. Respeto de los derechos. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

Ley n° 472 de 1998.

Art. 5. Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia (...).

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes

Ley n° 1564 de 2012.

Art. 4. Igualdad de las partes. El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes.

Art. 14. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

<sup>865</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 66. Efectos de la Sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso.

definitivo,<sup>866</sup> a través de cuyo estudio, el juez podría deducir experiencia en el manejo de pretensiones de grupo y conocimiento de la ley sustantiva y procesal aplicable.<sup>867</sup>

Respecto a estudio de la capacidad financiera del representante colectivo<sup>868</sup> concuerdo con Gidi, en que éste es necesario, pero limitado, pues debe recaer sólo sobre los actos del proceso indispensables para garantizar el debido proceso del grupo, en lo que respecta al conocimiento de la acción de grupo y demás actuaciones relevantes del procedimiento, además de la práctica de pruebas.<sup>869</sup>

Ante lo cual, creo que es posible en Colombia estudiar la capacidad financiera como recaudo de la representatividad adecuada, pues si bien, el músculo financiero es comúnmente analizado en los Estados Unidos, por contar dicho país con barras y firmas profesionales que se dedican única y exclusivamente a las acciones de clase, aquí existen herramientas que permiten acceder a una protección procesal igual para el grupo, por otros medios. Así, quien pretende colectivamente, en aras de asegurar una mejor defensa de los intereses del grupo, podría solicitar a la Defensoría del Pueblo la financiación de la acción de grupo a través del Fondo, de manera que esté le colabore en la consecución de material probatorio y demás gastos necesarios del procedimiento.<sup>870</sup> Esta solicitud, ha de ponerse en

---

<sup>866</sup> Art. 80. Registro público de acciones populares y de grupo. La Defensoría del Pueblo organizará un Registro Público centralizado de las Acciones Populares y de las Acciones de Grupo que se interpongan en el país. Todo Juez que conozca de estos procesos deberá enviar una copia de la demanda del auto admisorio de la demanda y del fallo definitivo. La información contenida en este registro será de carácter público.

<sup>867</sup> En su ponencia denominada *Balance del ministerio público en torno a la Ley de Acciones Populares y de Grupo*, Eduardo Realpe - Chamorro, manifiesta que el Registro de acciones colectivas, propende por ser “*una base de datos, centralizada en la Defensoría del Pueblo, que sirva de consulta al conjunto de ciudadanos, como una base que nutre de experiencia, jurisprudencia derechos invocados y fallos, evitando de esta forma llegar a la improvisación en el litigio*” (subrayado por fuera de texto). Véase: *Justiciabilidad de los Derechos Colectivos, balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años 1998 – 2008*, ed. Editora académica: Beatriz Londoño Toro, Colección Textos De Jurisprudencia, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia, 2009, p. 179.

<sup>868</sup> La mayor parte doctrina latinoamericana se muestra renuente a su examen por parte del juez, por considerar que limitaría injustificadamente el acceso a la justicia, garantizándola únicamente para quienes pudieran costársela. Véase: Ruschel Da Cunha, Ana Paula. *A capacidade financeira na representação adequada no projeto de Antonio Gidi*, pp. 10 - 16; Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 289.

<sup>869</sup> Gidi, Antonio. *Rumo a un código de processo civil coletivo...*, p. 103,

<sup>870</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 71. Funciones del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes funciones:

b) Evaluar las solicitudes de financiación que le sean presentadas y escoger aquellas que a su juicio sería conveniente respaldar económicamente, atendiendo a criterios como la magnitud y las características del daño, el interés social, la relevancia del bien jurídico amenazado o vulnerado y la situación económica de los miembros de la comunidad o del grupo;

conocimiento del juez no solo mediante una afirmación hecha en el escrito de la demanda, sino en el respectivo amparo de pobreza, con lo cual se acreditaría y robustecería tanto la seriedad como el compromiso en la gestión de la acción de grupo, y de los derechos de los miembros ausentes.

Conforme lo dicho en líneas anteriores, la capacidad económica del abogado del grupo, es susceptible de ser estudiada como requisito de representatividad adecuada por parte del juez de las acciones de grupo, sin embargo, para el momento de escribirse estas líneas, ese estudio solo puede hacerse bajo el entendido de que el abogado manifieste su intención de acceder a la financiación del Fondo y su resultado solo puede ser favorable, en la medida que no existe norma explícita que le permita al juez requerir e inquirir sobre la capacidad económica del abogado del grupo y menos negar su inicio por carencia de recursos; en lo que hace a la credibilidad, seriedad y experiencia, está es susceptible de ser estudiada *sua sponte*, por parte del juez de la acción de grupo, en la medida en que puede decretar todo tipo de medios de prueba, incluida la prueba por informe, de manera que solicite la información pertinente en el Registro Público creado para tal efecto, ahora bien, tal y como puede deducirse la existencia de afirmaciones de financiación y de información pertinente en el registro, son indicios de representatividad adecuada que robustecen al abogado del grupo, claro está, en caso de no existir, esto no acarrea fatalmente falta de representatividad adecuada, en la medida en que la demanda y las actuaciones posteriores sean idóneas.

Analizados todos estos rubros, el juez al admitir la demanda debería pronunciarse sobre la representatividad del legitimado colectivo, sin que dicha decisión cause “estado”,<sup>871</sup> de manera que este diagnóstico se mantenga a lo largo del procedimiento y

---

c) Financiar la presentación de las Acciones Populares o de Grupo, la consecución de pruebas y los demás gastos en que se pueda incurrir al adelantar el proceso.

<sup>871</sup> En la Argentina, cuando se señala que la decisión no “causa estado”, lo que se indica, es que, aunque el juez se pronuncia sobre la representatividad adecuada que le cabe a quien pretende colectivamente, en la primera providencia que se dicte en el proceso, esta decisión, no es inmutable e invariable, sino que, de sobrevenir la inadecuada representación durante el curso del procedimiento, ella puede variar. Tal y como señala Ovalle Favella, citando a Giannini: “Giannini recuerda que tanto en el sistema estadounidense (regla federal 23), como el CMPCI contemplan un mecanismo de control permanente respecto de este requisito. La adecuada representación del legitimado debe ser analizada no sólo en la etapa constitutiva del proceso sino durante el transcurso del mismo, con la finalidad de permitir una salvaguarda constante y actualizada del debido proceso, por esta razón, considera que resulta acertado que la decisión de materia de representatividad adecuada no cause estado”. En Ovalle Favella, José. *Legitimación en las acciones colectivas...*, p. 1062.

durante sus sucesivas etapas, es decir, se desarrolle intra-procesalmente, con especial ahínco en lo que respecta a las notificaciones, la conciliación, los recursos y peticiones necesarias.

### **3.1.2. Representatividad y notificaciones adecuadas.**

El acto de la notificación reviste una relevancia incalculable en materia de procesos colectivos, pues permite a los miembros que componen el grupo acceder al conocimiento del inicio, desarrollo y culminación de la acción colectiva, de manera que determinen su posterior proceder, es decir, adopten una posición activa respecto de la causa, bien sea participando dentro del procedimiento o excluyéndose de él, o por otro lado pasiva, esperando las resultas del fallo. De manera que, la notificación o comunicación colectiva, responde al derecho básico de las personas al conocimiento de una instancia en la que se debaten sus garantías individuales, y cuya finalización los afectará con independencia de las resultas del proceso.<sup>872</sup>

Así, la notificación o comunicación adecuada al grupo, se muestra piedra angular del debido proceso colectivo y del acceso masificado a la administración de justicia, pues, permite que quienes forman del colectivo humano delimitado por la demanda, una vez conozcan la existencia y consecuencias del proceso, adopten la posición más seductora a sus respectivos intereses, bien en el marco de la acción de grupo o dentro de su propia pretensión individual,<sup>873</sup> con lo cual, la sentencia dictada en aquel legítimamente, no podría ser atacada por defectos en la notificación.<sup>874</sup>

---

<sup>872</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 66. Efectos de la Sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso.

<sup>873</sup> El derecho de autoexclusión o *opt out*, hoy en día se regula por la Ley 472 de 1998 de manera deficiente, no solo contempla un periodo muy corto de tiempo para ejercer este derecho, sino que por efecto de la pobre práctica que de las notificaciones se ha adoptado en nuestro país, es muy probable que las personas no se enteren del inicio de la acción de grupo y por ende no puedan ejercer la autoexclusión.

<sup>874</sup> En Colombia, además del derecho de autoexclusión, la ley de acciones de grupo contempla la posibilidad de que las personas no sean afectadas por la cosa juzgada de la sentencia y del acuerdo de conciliación, cuando dentro de los 20 días siguientes a la publicación del extracto correspondiente, aleguen su indebida notificación. (Artículo 56 Ley 472 de 1998.)

De esta manera, entre los distintos sistemas de notificación colectiva,<sup>875</sup> la Ley 472 de 1998, opto por un sistema de conocimiento presunto,<sup>876</sup> abiertamente ineficaz e inconstitucional, por ir en contravía de los fines esenciales del Estado y de los derechos fundantes de las personas,<sup>877</sup> pues, desconoce el debido proceso colectivo, que en las acciones de grupo, la puesta en conocimiento de la instancia a los miembros ausentes se logre por medio de la publicación de un aviso, en un periódico deliberadamente seleccionado por el abogado que pretende colectivamente, no bajo criterios de mayor circulación sino de costo,<sup>878</sup> de manera que, aun cuando la Constitución señala que es un fin esencial suyo, el conocimiento de las personas respecto de “aquellas decisiones que los afecten”, la notificación en las acciones de grupo se satisfaga por una publicación de carácter general, cuyo conocimiento por parte del grupo es muy difícil, por no decir imposible.<sup>879</sup>

---

<sup>875</sup> En lo relativo a las notificaciones, el legislador se encuentra de frente a dos opciones antagónicas, por un lado puede escoger un sistema de conocimiento presunto o a través de medios generales e impersonales de notificación, en el cual, la notificación se concibe como un mero acto procesal que permite la sucesión de una a etapa otra del procedimiento, o por el otro, optar por un sistema de conocimiento real, en el cual se propenda y sea finalidad del sistema el acercar a cada persona afecta al conocimiento de la instancia, de manera que la notificación se erija en un acto procesal imperativo para garantizar la dignidad de las personas, su conocimiento y autodeterminación. Un ejemplo del sistema de conocimiento presunto, puede hallarse en el artículo 36 núm. 4 del antiguo Decreto 3466 de 1982, en el cual se indicaba que “En el auto que admita la demanda se ordenará emplazar a las personas que se crean con derechos derivados de hechos similares a los previstos en la demanda, para que se presenten a hacerlos valer dentro de los quince (15) días siguientes a la última publicación del edicto”. Un ejemplo de conocimiento real, se encuentra en los Estados Unidos, en donde, a las acciones de clase certificadas bajo la hipótesis (b)(3) se apareja una obligación de parte del demandante, de notificar “de la mejor forma posible, conforme a las circunstancias”, lo cual incluye la notificación personal y directa. Véase: RFPC 23 (c)(2)(a).

<sup>876</sup> Ley nº 472 de 1998.

Art. 53. Admisión, notificación y traslado. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, el juez competente se pronunciará sobre su admisión. En el auto que admita al demanda, además de disponer su traslado al demandado por el término de diez (10) días, el juez ordenará la notificación personal a los demandados. A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios, para este efecto el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.

<sup>877</sup> Constitución Política de Colombia.

Art. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

<sup>878</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 336.

<sup>879</sup> Ibid.

A pesar de lo anterior, considero que un mecanismo que asegure el conocimiento real de la instancia es necesario como garantía indispensable del debido proceso y condición ineludible de la representatividad adecuada,<sup>880</sup> pues, se erige en un indicador del cometimiento de quien pretende colectivamente, el que las personas a las que la sentencia alcanzará, puedan ejercer las prerrogativas que la ley les provee y si es del caso accedan indemnización ordenada en su favor. En esa medida, aun cuando la realidad social demuestra que ordinariamente las notificaciones se surten de manera presunta, la Ley 472 otorga al juez un abanico de posibilidades para que *sua sponte* o por sugerencia y concurso del abogado del grupo, se logre el conocimiento real de la instancia y de sus etapas cruciales, por parte del grupo.

En ese sentido, de acuerdo con Verbic y Kalafatich, la adecuada notificación en procesos colectivos, se compone de tres elementos, 1) el mecanismo escogido 2) el contenido de la comunicación y 3) el lenguaje usado para enviar el mensaje.<sup>881</sup> Luego, en lo que respecta a los medios escogidos para comunicar al grupo, entre nosotros por expresa previsión de la ley, el juez puede seleccionar uno o varios medios que resulten eficaces en aras de asegurar el conocimiento del grupo,<sup>882</sup> de entre los cuales, además de la publicación genérica en un diario de amplia circulación, deben tenerse en cuenta, la notificación personal a cada uno de los miembros del grupo que sean susceptibles de ser individualizados, la publicación de banners informativos en la página web de la entidad demanda, publicidad televisiva, comunicados en la página de la Defensoría del Pueblo y de las asociaciones regionales más representativas, correos electrónicos, mensajes de texto,

---

<sup>880</sup> Hernández Enriquez, Alier. *Regulación de las acciones de grupo...*, p. 74; Rojas Suarez, Jimmy. *Comentarios a a ponencia...*, p. 299; Correa Palacio, Ruth y Bermudez Muñoz, Martín. *Aspectos procesales de la accion de grupo...*, p. 239.

<sup>881</sup> Kalafatich, Caren y Verbic, Francisco. *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, p. 1393.

<sup>882</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 53. Admisión, notificación y traslado. A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios, para este efecto el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.

comunicaciones anexas a las facturas,<sup>883</sup> además de publicaciones en redes sociales como YouTube, Facebook, y twitter, tal y como hoy en día lo hacen en otras latitudes.<sup>884</sup>

En lo que hace al contenido del mensaje, este debe contemplar toda la información que resulte necesaria y útil para la continuación del proceso, tal como lo relativo a la definición y composición del grupo, las consecuencias de la sentencia, la posibilidad de excluirse o integrarse al proceso, la fecha de la audiencia de conciliación y el respectivo acuerdo al que se llegue, los términos de la sentencia, el número, correo electrónico y dirección del abogado que represente al grupo y, como proceder en caso de sentencia favorable para el cobro de la indemnización ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.<sup>885</sup> Finalmente, respecto a la manera en cómo se transmite ese contenido, el lenguaje ha de ser claro, común y sencillo de manera que las personas ajenas a la práctica forense puedan comprenderlo y reaccionar en torno a él.<sup>886</sup>

### **3.1.3 La conciliación y la representatividad del abogado.**

La ley 472 de 1998, abre la puerta a la autocomposición, como vía para solución de las controversias jurídicamente relevantes o litigios,<sup>887</sup> en rigor, da pábulo para la solución de controversias colectivamente relevantes o litigios colectivos.<sup>888</sup> De esa forma, junto a la tradicional propuesta institucional del proceso colectivo, la desactivación de las

---

<sup>883</sup> Camargo, Pedro. *Las acciones populares y de grupo*, p. 302; Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 337; Kalafatic, Caren y Verbic, Francisco. *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, pp. 1395 – 1396.

<sup>884</sup> Sur Actual. *Corte de Apelaciones de Valdivia agiliza tramitación judicial mediante notificación por redes sociales*, Dirección de notificaciones poder judicial, 14 de Diciembre de 2016.

<sup>885</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 337; Tamayo Jaramillo, Javier. *Las acciones populares y de grupo...*, p. 234; Kalafatic, Caren y Verbic, Francisco. *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, pp. 1396 – 1397.

<sup>886</sup> *Ibidem*.

<sup>887</sup> Niceto Alcalá Zamora y Castillo. *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, Primera reimpresión ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 71 - 102; Peña Peña, Rogelio. *Teoría general del proceso*, p. 65.

<sup>888</sup> Ley n° 472 de 1998.

Art. 61. Diligencia de Conciliación. (...)El acuerdo entre las partes se asimilará a una sentencia y tendrá los efectos que para ella se establecen en esta Ley. El acta de conciliación que contenga el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

controversias de grupo puede lograrse mediante el trámite de la conciliación, ya sea esta obligatoria o voluntaria.<sup>889</sup>

Este trámite en el marco de la acción de grupo, reviste una naturaleza especial que le diferencia de la conciliación efectuada en los procesos individuales de carácter declarativo y que surge producto de la característica de extensión,<sup>890</sup> propia de los mecanismos de solución de las controversias colectivas, por virtud de la cual, el acuerdo al que finalmente se arribe en una acción de grupo, cobijará no sólo a quienes han manifestado directamente su voluntad en el contenido del mismo, sino a todos los demás miembros del grupo, que no estando presentes en la audiencia de conciliación, con lo cual, el aforismo latino *res inter alios iacta*, adquiere una nueva dimensión.<sup>891</sup>

A su vez, en la conciliación de grupo, la representación reviste una novedosa y neurálgica importancia, pues, los derechos e intereses del grupo ausente lo serán necesariamente, conforme a la actuación del representante y abogado del grupo durante el trámite conciliatorio, de manera que, una vigorosa representación la cual no implica fatalmente la celebración de un acuerdo, extinguirá los derechos de los miembros ausentes, garantizándoles su debido proceso colectivo.<sup>892</sup>

En ese sentido, es necesario y obligatorio el análisis de la representatividad adecuada en el marco de la conciliación prevista por la ley de las acciones de grupo, pues, al preverse para el acuerdo los mismos efectos que para la sentencia colectiva, debe garantizarse a la legión que quien va a disponer de sus intereses lo haga acompañado de determinadas condiciones personales y profesionales, que satisfagan el debido proceso colectivo y tornen inderogable la cosa juzgada que recae sobre el grupo.<sup>893</sup>

Así, me separo de la parcela mayoritaria de la doctrina, que no exige un recaudo de representatividad adecuada, durante el trámite de la conciliación.<sup>894</sup> Además de aquella, que exige como criterio de representatividad una "capacidad para negociar vigorosamente con

---

<sup>889</sup> La ley de acciones de grupo, abre la posibilidad de que las partes insten un procedimiento conciliatorio cuando lo sientan pertinente, además de la diligencia prevista con posteridad al término para autoexcluirse.

<sup>890</sup> Giannini, Leandro. *La representatividad adecuada en los procesos colectivos*, p. 185.

<sup>891</sup> Bermúdez Muñoz, Martín. *La acción de grupo...*, p. 352.

<sup>892</sup> Giannini, Leandro. *Transacción y mediación en los procesos colectivos*, p. 19.

<sup>893</sup> Ibid.

<sup>894</sup> Mirar cita n° 793.

la contraparte",<sup>895</sup> pues, consideró que a diferencia de los que sucede en los Estados Unidos, donde existen barras empresariales, con el poder y la especialización necesarias para negociar con la contraparte,<sup>896</sup> entre nosotros, dada la novel condición de las pretensiones de grupo aún no se dan esas condiciones, razón por la cual, creo posible el estudio de la representatividad adecuada a través de la actuación y el resultado con que culmine la conciliación de grupo.

En lo que hace a la actuación del representante, son indicios de que quien pretende colectivamente no es idóneo para ello, que en el marco de la conciliación, se arroje a aceptar o declinar las propuestas de la contraparte, sin un estudio previo calmo, juicioso y no pasional, que analice lo benevolente o perjudicial de las propuestas con relación a los intereses de grupo, pues, una gestión de ese talante, tal y como se ha señalado por los autores norteamericanos, normalmente revela un conflicto de intereses, que prioriza el interés personal del representante y/o de su abogado, por encima de los intereses del grupo.<sup>897</sup> En lo relativo al resultado, la falta de compromiso con la mejor protección de los intereses de clase, puede observarse cuando 1) El abogado desiste de una proporción sustancial de las pretensiones inicialmente previstas por la demanda y de quienes con posterioridad se integren al grupo, en las oportunidades procesales previstas, conciliando por un valor irrisorio, respecto de lo que corresponderá al grupo 2) Se concilia globalmente, sin tomar en cuenta las particularidades de cada uno de los subgrupos que conforman la clase 3) Cuando existiendo subgrupos, el acuerdo conciliatorio favorece a unos por encima de otros, desmejorando correlativamente las pretensiones iniciales o sobrevivientes que le corresponden 4) Dentro del abanico de pretensiones que comporta la demanda, el representante del grupo, hace concesiones mayúsculas respecto de algún tipo de daños, introduciendo lo que en el derecho norteamericano se denomina como "*claim splitting*"<sup>898</sup>

---

<sup>895</sup> Correa Palacio, Ruth y Bermudez Muñoz, Martín. *Aspectos procesales de la acción de grupo...*, p. 239.

<sup>896</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos...*, p. 28.

<sup>897</sup> Cooper Alexander, Janet. *An introduction to...*, p. 17; Miller, Geoffrey. *Conflicts of...*, pp. 615 – 621.

<sup>898</sup> Debe recordarse que uno de los factores que la práctica jurisprudencial norteamericana, ha establecido como condición de representatividad es el denominado "claim splitting", o separación, desistimiento o abandono de determinadas pretensiones, en relación con otras. Véase: McDonald, Michael y Santomauro, Damian. *Cutting the String...*, p. 45. En Colombia, por cómo hoy en día se encuentra redactada la ley 472 de 1998, la mayoría de jueces con competencia conocer de pretensiones de grupo, dado el apego al sistema de carácter individual y al legicismo propio del sistema de derecho civil, se abstendrán de estudiar, recaudos de representatividad adecuada, que han sido acuñados por la jurisprudencia estadounidense en el marco de los

5) El pacto de honorarios del abogado, sin consideración al número de miembros ausentes que efectivamente concurren a obtener su indemnización.<sup>899</sup>

Ahora bien, los criterios propuestos son susceptibles de ser estudiados y aprehendidos por el juez de las acciones de grupo, dado que si bien la composición original de la ley 472, no otorga facultades al juez para pronunciarse sobre el acuerdo al que arriban las partes y, la modificación introducida por la ley 640 de 2001,<sup>900</sup> al régimen de las pretensiones de grupo, que permitía al juez aprobar o improbar el acuerdo conciliatorio,<sup>901</sup> fue derogada.<sup>902</sup> Conforme a un pensamiento ortodoxo, un acto de tal talante que pueda extinguir y diezmar los derechos de una cantidad ignota de personas, no puede permanecer sin control judicial, en ese sentido, el juez de la acción de grupo, puede por virtud de la interpretación jurídica,<sup>903</sup> dar aplicación a lo previsto en la norma posterior, es decir, el código de ritos civiles, en cuyo artículo pertinente, señala que el juez por auto deberá

---

acuerdos dentro de una acción de grupo, tales como 1) las restricciones a la indemnización y la reversión de fondos no reclamados para el demandado 2) las subastas inversas 3) o la reparación no monetaria para el grupo, entre otras, para una explicación más amplia véase: Rothstein, Barbara y Willging, Thomas. *Managing Class...*, pp. 17 – 22.

<sup>899</sup> Ibid, p. 20.

<sup>900</sup> Ley n° 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n° 44.303 de 24 de enero de 2001.

Art. 43. Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia.

En la audiencia el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento. El incumplimiento de este deber constituirá falta sancionable de conformidad con el régimen disciplinario. Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.

<sup>901</sup> Hernández Enriquez, Alier. *Regulación de las acciones de grupo...*, pp. 81 – 82.

<sup>902</sup> Ley n° 1564 de 2012.

Art. 43. Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014.

<sup>903</sup> Esta solución, había sido plasmada por el Consejo de Estado en diversas oportunidades, bajo el régimen de la Ley 640 de 2001, donde se señaló, que en caso de oposición entre lo normado en la ley 472 de 1998 y, lo normado en una disposición posterior, debía darse aplicación, al artículo 2 de la Ley 153 de 1887. De forma que, el juez pudiera aprobar o improbar el acuerdo al que arribarán las partes, en el marco de una conciliación. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Auto del nueve (9) de junio de dos mil cinco 2005, Radicación 76001-23-31-000-2004-04584-01(AG) DM; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Auto del doce (12) de octubre de dos mil seis 2006, Radicación 25000-23-25-000-2004-00475-01(AG).

aprobar la conciliación,<sup>904</sup> solución esta que es coherente con la regulación prevista para los demás medios carácter autocompositivo bilateral, en la medida que no se escapan al escrutinio judicial,<sup>905</sup> así pues, para que produzca efectos el acuerdo conciliatorio en las acciones de grupo, requiere de la autorización y/ aprobación del juez de la causa.<sup>906</sup>

Así, el juzgador debe adentrarse en el recaudo de la representatividad adecuada como medio para la protección de los intereses de los miembros ausentes, de manera que ante una o varias de las conductas relacionadas en los párrafos anteriores, debe declarar la falta de representatividad de forma justificada y no aprobar el acuerdo, continuando con el trámite de la acción de grupo.

Lo anterior es coherente con la regulación actual de la ley 472, pues, cuando el juez realice un análisis esmerado del acuerdo y aun así le imparta autorización, las personas ausentes que se consideren diezmadas en sus derechos, dentro del término señalado por el

---

<sup>904</sup> Ley n° 1564 de 2012.

Art. 372. Audiencia Inicial.

6. Conciliación. Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Si alguno de los demandantes o demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. El auto que apruebe la conciliación implicará la autorización a este para celebrarla, cuando sea necesaria de conformidad con la ley.

<sup>905</sup> Ley n° 1564 de 2012.

Art. 312. Trámite. En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días.

El juez aceptará la transacción que se ajuste al derecho sustancial y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre las condenas impuestas en la sentencia.

<sup>906</sup> Debe recordarse, que los estudiosos del Derecho Procesal, encasillan las distintas formas de resolver conflictos entre, *autodefensa*, *autocomposición* y *heterocomposición*. Perteneciendo al Segundo bloque, el desistimiento, el anallanamiento, la transacción y la conciliación, compartiendo estos dos últimos la característica de bilateralidad, consistente en que el conflicto cesá por virtud de la anuencia de ambas partes, siendo indiferente la asistencia de un tercero que colabore inimpositivamente durante el curso del procedimiento, de manera que, su naturaleza y estructura esencial resulta siendo la misma y por ende, extensible. En ese sentido, Alcalá- Zamora y Castillo, señala que: “En la conciliación, el funcionario que la presida o dirija deberá aconsejar, según las circunstancias, al pretensor (eventual actor), para que retrocede (desista), al pretendido (demandado en su caso) para que accede (se allane) o a ambos para que cedan (transijan). Véase: Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, p. 75.

juez podrán instar para que los efectos de la cosa juzgada que destila el acuerdo no recaigan sobre ellos, dado que sus intereses no fueron representados adecuadamente, tal y como se señala en el artículo 56, que hoy en día contempla las únicas consecuencias ante la falta de representatividad o el examen negativo de representatividad, como lo denomina Sanabria.<sup>907</sup>

### **3.1.4 La representatividad adecuada y la conducta intra-procesal.**

Durante el desarrollo del procedimiento, y en el curso de sus diferentes etapas, (afirmación, negación, confirmación y resolución) el representante del grupo, debe actuar y participar activamente, de manera que pueda predicarse que si la legión hubiera participado directamente “no habría obtenido un mejor resultado”. En ese sentido, como criterios de representatividad adecuada, podrían valorarse la idoneidad, capacidad, y devoción que quien pretende colectivamente, revela a lo largo del procedimiento, a través de: 1) la impugnación de providencias ajenas a los intereses del grupo, 2) el control sobre los actos de la parte contraria 3) la formulación de peticiones que beneficien al grupo 4) la oportunidad y calidad de las comunicaciones que el representante dirija al grupo.

Debe recordarse que esta exigencia no surge producto del capricho o de la arbitrariedad, sino que el estudio de la representatividad adecuada en el marco del procedimiento judicial, se estudia también en el marco de las *class actions* norteamericanas, bajo el rotulo de *zeal & competence*, conforme a los cuales, es exigible del abogado que representa y pretende para la clase, un estándar superior al de los litigios individuales, de manera que su rol, sea preponderante y decisivo en la protección de los derechos del grupo.<sup>908</sup>

Así, en primera medida, el representante del grupo debe estar presto para recurrir oportuna y fundadamente los proveídos que afecten los intereses del grupo, tales como el auto que rechace la acción de grupo,<sup>909</sup> el que declare probada una excepción previa que

---

<sup>907</sup> Sanabria Santos, Henry. *La prueba de la representación...*, pp. 289 - 290.

<sup>908</sup> En: *Berger v. Compaq Computer Corp.* 257 F.3d 475 (2001), se indicó que: “This court has determined that [t]he adequacy requirement mandates an inquiry into [1] the zeal and competence of the representative[s] counsel and ... [2] the willingness and ability of the representative[s] to take an active role in and control the litigation and to protect the interests of absentees[.]”.

<sup>909</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Auto del 19 de mayo de 2011, Radicado: 11001-03-15-000-2010-00560-00(AG), presentada la acción

acarre fatalmente la terminación del procedimiento, el que niega los medios de prueba ofrecidos en la demanda<sup>910</sup> o el que acepta los medios ofrecidos por la parte demandada, y finalmente la sentencia que rechace las pretensiones total o parcialmente, además del que acceda a las excepciones de mérito de la contraparte.<sup>911</sup>

---

de grupo ante el juzgado cuarto administrativo de armenia, se rechazó la demanda, ante lo cual durante el término de ejecutoria se interpuso recurso de apelación, que conoció el Tribunal Administrativo de Quindío cuya determinación fue revocar la providencia y remitir al juzgado de origen. Devuelto el expediente al juzgado se rechazó nuevamente la demanda, cuyo efecto desato un nuevo recurso de apelación ante el mismo tribunal, cuya resolución no fue otra que revocar y remitir al juzgado primero administrativo de descongestión de pasto, el cual invoco un conflicto negativo de competencias ante el Consejo de Estado. Esta manera de proceder en el marco de una acción de grupo, es demostrativa y bastante explícita de falta de conocimiento y preparación por parte de quien pretende colectivamente, pues, no solo la demanda se rechazó dos veces, sino que, el abogado del grupo ante dicha situación jamás insto al Tribunal en ejercicio del llamado “remedio jurídico” de adición de providencias, a que se pronunciará como lo exige la ley, determinando el contenido contrario de la providencia revocada, esto es, la que admite la demanda ; El Consejo de Estado, ha señalado que para efectos de la apelación del auto que rechace la demanda, en el marco de las acciones de grupo deben tenerse en cuenta dos ordenamientos procesales distintos. En lo que se refiere a que providencias son apelables, debe ceñirse a lo contemplado por el artículo 243 del CPACA, mientras que en lo relativo a el trámite y decisión del recurso de apelación debe seguirse lo mentado por el Código General del Proceso, esto último por efecto de la interpretación útil del artículo 68 de la ley 472 de 1998. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Auto del 31 de enero de 2013, Radicado: 63001-23-33-000-2012-00034-01(AG). El desconocimiento del abogado de las normas procesales, es una claro indicio de falta de representatividad adecuada, que puede acarrear el fenecimiento de los derechos del grupo, en ese sentido, el desconocimiento de las normas que regulan la caducidad demuestran la carencia de preparación del abogado, en un caso conocido por el Consejo de Estado, el abogado del grupo apelo el auto que rechazo la demanda bajo el argumento de que había operado la caducidad por presentarse la demanda casi un año después de lo previsto por la nueva normativa del CPACA, en relación con acciones de grupo por indemnización de perjuicios originados en actos administrativos. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz (E), Auto del 16 de marzo de 2015, Radicado: 08001-23-33-000-2014-01091-01(AG); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Sella Conto Díaz del Castillo, Auto del 26 de junio de 2015, Radicado: 25000-23-41-000-2014-01569-01(AG)A.

<sup>910</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Auto del 19 de julio de 2002, Radicado: 25000-23-27-000-2001-0013-02(AG-0013). En este caso, el Tribunal de instancia negó la práctica de pruebas testimoniales, de determinados miembros del grupo por considerarlas impertinentes, en la medida que no conllevaban a acreditar el hecho solicitado en la demanda (afecciones mentales). El abogado del grupo, interpuso recurso de apelación, que fue resuelto favorablemente por el Consejo de Estado, al considerar que los testimonios de los directamente afectados si eran un medio de prueba pertinente y que además cumplían con los requisitos de forma señalados por el Código de Procedimiento Civil.

<sup>911</sup> En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. German Rodríguez Villamizar, Sentencia del 15 de junio de 2000, Radicado: AG – 003. El abogado del grupo apeló la sentencia de primera instancia, contraria a las pretensiones del colectivo y, como petición solicito que: la “revocación total del proceso y una nueva citación para exponer una vez más ante el tribunal”; en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Roberto López Medina, Auto del 20 de septiembre del 2000, Radicado: 88001-23-31-000-2002-9001-01(AG-055). El tribunal contencioso administrativo de San

En lo que respecta al control de los actos de la parte adversa, como garantía fundamental del debido proceso que se resguarda a través de un representante adecuado, quien pretende colectivamente debe buscar pronunciarse fundadamente sobre cada uno de los actos procesales que correspondan a la contra parte, de esta forma debe manifestarse acerca de la diafanidad de la contestación de la demanda, participar del debate probatorio, ejerciendo la contradicción respecto de cada uno de los elementos de confirmación que la parte pasiva pretenda hacer valer<sup>912</sup> y buscando a través de la práctica de los propios influir activamente en la percepción del juez,<sup>913</sup> llegado el tiempo del argumento de clausura, debe el representante adecuado relatar las bondades de sus pretensiones, su gestión probatoria además recalcar los defectos en la de la parte contraria que coadyuven a su postura, que no debe ser otra que la protección y el mayor beneficio de los miembros ausentes del grupo.<sup>914</sup>

En tercer lugar, el representante del grupo, haciendo uso de las herramientas que el orden jurídico le provee, puede vía de un simple memorial, o a través de derechos de petición solicitar al juez que determinadas normas procedimentales previstas en la ley 472 de 1998, se dejen de lado, para dar paso a una visión del debido proceso colectivo, el cual, exige el mayor provecho y eficacia de la tutela colectiva.<sup>915</sup>

Así, a través de la excepción de inconstitucionalidad o de principalidad, el representante debe buscar qué normas cuyo término resulta ínfimo en relación con la

---

Andrés, providencia y Santa Catalina, rechazó la demanda de acción de grupo incoada por el grupo de afectados del Mary Land, por considerar que no existían condiciones uniformes, el abogado del grupo interpuso recurso de apelación, pero durante las oportunidades pertinentes no lo sustentó.

<sup>912</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Auto del 10 de febrero de 2005, Radicado: 25000-23-24-000-2001-00016-04(AG) DM. En este caso, la parte demandada apeló la decisión que negaba la práctica de determinadas pruebas solicitadas en la contestación, como el interrogatorio y la declaración de parte de los 2341 miembros del grupo, además de la exhibición de documentos por cada uno de los miembros del grupo, tendientes a demostrar hechos negativos. El Consejo de Estado, en gran parte de la providencia, acogió los argumentos del abogado de la parte demandante para tomar su decisión final, en la cual, si bien e revoco parcialmente la providencia impugnada en lo que a los testimonios se refiere, respecto de los demás medios de prueba la decisión se mantuvo inalterada.

<sup>913</sup> Silva Noya. *Representatividade e atuação*..., p. 50.

<sup>914</sup> Tal y como expresa Ovalle Favela, los alegatos de conclusión o argumento de cierre, son un acto procesal de mayor importancia en términos de argumentación jurídica en el proceso, pues, en él las partes recaban, sobre los argumentos propios y ajenos, exponiendo las falencias en los elementos de prueba y actos procesales de la contraparte. Véase: José Ovalle Favela. *Los alegatos como formalidad esencial del procedimiento*, Cuestiones Constitucionales, enero - junio 2003, pp. 185 – 189.

<sup>915</sup> Araújo, Ana. *Princípios processuais da tutela coletiva*.

finalidad que se busca, se amplíen, permitiendo mayor producción de efectos, en ese sentido, puede solicitarse la inaplicación de las normas que regulan 1) la exclusión de la acción de grupo, permitiendo que las personas que no deseen participar de la acción colectiva, por razones eminentemente individuales o asociadas con la gestión de la acción colectiva, puedan hacerlo en un estado mucho más maduro del debate, V.gr luego de la publicación del acuerdo conciliatorio, o antes de la sentencia de primera instancia<sup>916</sup> 2) la integración del grupo, con posterioridad a la sentencia, de forma que, el término de 20 se amplíe a criterio del juez o por sugerencia del representante, conforme a las circunstancias irrepetibles de cada caso, con lo cual, sumado a la gestión de las comunicaciones que haga el representante podría derivar en un mayor número de miembros ausentes, efectivamente indemnizados.<sup>917</sup>

Finalmente, en lo que a notificaciones se refiere, reitero lo dicho en acápite anterior, respecto de los medios, contenido y lenguaje que deben comportar las notificaciones en las pretensiones de grupo para que pueda adjetivárseles de “adecuadas”, a lo cual, debe añadirse la oportunidad, la cual, conlleva a que a los miembros del grupo se les notifique o facilite el conocimiento de los actos y diligencias más importantes del proceso, de manera que, tengan noción y lleven registro sobre el avance de la acción de grupo, así, debe ponerse en conocimiento del grupo, además del auto admisorio, el que fija fecha y hora para la diligencia de conciliación, la publicación del acuerdo de conciliación, la sentencia y, el trámite ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

---

<sup>916</sup> Bajo la égida del Decreto 3466 de 1982, el término para autoexcluirse del procedimiento colectivo y por ende de la sentencia era mucho más amplio, pues, llegaba hasta antes de dictarse la sentencia de segunda instancia. En los Estados Unidos, la posibilidad de autoexcluirse debe ofrecerse, hasta antes de que el asunto entre a juicio. Véase: Rothstein, Barbara y Willging, Thomas. *Managing Class...*, p.11. Claro está, el procedimiento civil estadounidense, se diferencia del nuestro en que previo que se adelante un “juicio”, existe una etapa previa, en la que se presentan las peticiones y defensas (*pleading stage*) y otra, en la que se adelanta un descubrimiento de carácter probatorio (*discovery*), las cuales conforman la denominada etapa pre- juicio o *pre trial*. Véase: Consuelo Sirvent Gutierrez. *El procedimiento civil en los Estados Unidos de América*, en Derecho Privado, Memoria Del Congreso Internacional De Culturas Y Sistemas Jurídicos Comparados, ed. Jorge Adame Goddard (Coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 473 – 475.

<sup>917</sup> En próximo acápite, se desarrolla a profundidad los efectos de esta idea.

### ***3.1.5 Representatividad adecuada y actuación extraprocesal.***

Concluida la instancia con sentencia de mérito a favor del grupo, la representatividad adecuada debe extenderse a campos por fuera del proceso judicial,<sup>918</sup> de manera que, la gestión del representante no se agote con la ejecutoria del fallo, sino que se expanda al acompañamiento en sede administrativa de los miembros del grupo, esto es, hasta el cobro de la indemnización ordenada en la sentencia.

Lo anterior, goza de sustento constitucional, pues la Carta es diáfana al manifestar que el debido proceso, es aplicable a todas las actuaciones judiciales amén de las administrativas, de ahí que, la garantía insigne del debido proceso colectivo (la representatividad adecuada), debe garantizarse de la misma forma, ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.<sup>919</sup> Con lo cual, se afirma que la protección de los derechos del grupo o individuales homogéneos, además de una protección procesal vigorosa, demanda de una actuación comprometida con la realización del derecho sustancial.<sup>920</sup>

En ese sentido, la realidad social ha demostrado que después de transcurridos los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, producto de las exánimes publicaciones y notificaciones llevadas a cabo por el representante del grupo (auto admisorio de la demanda y extracto de la sentencia favorable), en diarios de amplia circulación que nadie lee, se presentan situaciones donde la única persona que acude ante el Fondo, es el abogado del grupo<sup>921</sup>, con lo cual, no solo se tornan inexistentes e inútiles las pretensiones de grupo, sino que se revela la condición egoísta y voluntariosa de ciertas personas, que conciben este mecanismo como un negocio y no como un medio colectivo de desactivación de controversias y de mantenimiento de la paz social. De manera que, los derechos de los

---

<sup>918</sup> Clito Fornaciari, *Representatividad...*, p. 50.

<sup>919</sup> Constitución Política de Colombia.

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)

<sup>920</sup> Morales Molina. Hernando *El derecho procesal y el proceso*, p. 92.

<sup>921</sup> En derecho de petición dirigió al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, se pregunto ¿Cuál es el principal problema que existe cuando un miembro del grupo acude al Fondo para el cobro de su indemnización? La respuesta fue la siguiente: “respecto a cuál es el principal problema que existe cuando un miembro del grupo acude al Fondo para el cobro de la indemnización, inicialmente es preciso indicar que la falta de información por parte de los mismos abogados hacia sus poderdantes, toda vez que son ellos mismos quienes manifiestan que sus abogados no les brindan información, no les dan datos del proceso, como radicado, despacho judicial y estado en que se encuentra el mismo”.

miembros ausentes se vulneran por la misma mano de quien se ha comprometido a protegerlos, quien poseído por un deseo egoísta, acude al cobro de sus honorarios, sin importarle si los miembros que no concurrieron al proceso – a quienes se supone representa – acceden a su indemnización, trastocando las condiciones éticas, morales y personales, que debe ostentar un adecuado representante de derechos colectivos.<sup>922</sup>

La situación denotada, es una manifestación diáfana de carencia de representatividad adecuada, pues, por definición el representante colectivo es quien prioriza los intereses del colectivo por encima de los suyos, e invierte su tiempo y devoción a la completa protección y obtención del mayor beneficio para el grupo. Así, quien actúa como se indicó en líneas anteriores, no es un adecuado representante, pues si bien a través de su capacidad profesional y económica, consigue una sentencia a favor de las pretensiones grupales, luego, por falta de su capacidad personal cercena los derechos sustanciales del grupo, de manera que, ante esta situación de carácter extraprocesal, concuerdo completamente con la praxis del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, que consiste en que al abogado del grupo, se le pague por concepto de honorarios el 10% del monto que corresponda a los miembros ausentes que efectivamente acudan a cobrar su indemnización.<sup>923</sup>

Ante lo cual, el abogado grupal, ávido por sus honorarios, no tiene más opción que actuar como un representante idóneo, adelantando las gestiones necesarias para que los miembros ausentes accedan al cobro de su derecho. Sin embargo, conforme al esquema de representatividad que este escrito propone, si bien la consecuencia es la misma, las causas que conllevan a ella son diametralmente distintas, así, el representante que propongo por virtud de la gestión de las adecuadas notificaciones (medio, contenido, lenguaje, oportunidad), que le proporcionan y aseguran un constante trato con el colectivo afectado,

---

<sup>922</sup> En los Estados Unidos, en el marco de la representatividad adecuada se analizan cuestiones de moralidad, honestidad y ética respecto del abogado como del representante colectivo. Véase: Dickerson, Thomas. *Class Actions...*, p. 239; Prakash, Anna. *Class-Representative Adequacy...* En el ámbito latinoamericano, mas adepto a la codificación, la ética y moralidad también son exigibles de quien pretende colectivamente, esto se observa, cuando los distintos estatutos que regulan estos procedimientos señalan como requisito para que el juez consienta la representación, deben demostrarse la actuación y antecedentes en la protección procesal y extraprocesal de los derechos del grupo. En ese sentido véase: Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI) (Art. 2 núm. 2), Código Procesal Civil Local de la provincia de Corrientes (Argentina) (Art. 796) en: Verbic, Francisco. *Anteproyecto sobre acciones colectivas elaborado por la AADP (\*CORR)*.

<sup>923</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 11 de Marzo de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Radicado N° 3001-23-31-000-2003-00650-02.

asegurará no sólo el pago de sus honorarios y, el acceso a la indemnización de los miembros del grupo<sup>924</sup> que a través de un esfuerzo razonable consiga, sino la plena satisfacción del debido proceso colectivo, de los miembros ausentes en las pretensiones de grupo.

#### **4. Ausencia de representatividad adecuada, consecuencias y diversas soluciones.**

A lo largo de este escrito, se han reseñado las distintas consecuencias ante la falta de representatividad adecuada de quien pretende colectivamente, las cuales, de extractarse bajo una idea sencilla, implican que cuando la actuación del representante colectivo no es idónea, porque no garantiza y respeta los derechos de los miembros ausentes del grupo, de manera que no exista un debido proceso colectivo, el medio para canalizar el conflicto colectivo debe bien, mutar o fenecer.<sup>925</sup>

Con respecto a la mutación del proceso colectivo, aquella implica que alguno de sus elementos, o él mismo deben variar, así en lo referente a los elementos del proceso colectivo - en caso de no hallarse adecuada representación - el grupo, elemento neurálgico para el inicio de la acción, puede limitarse, redefinirse, o dividirse en sub grupos, conforme lo determine el tercero imparcial que dirige la causa,<sup>926</sup> de esa misma manera, el abogado que representa los intereses del colectivo, puede ser retirado y sustituido por otro legitimado, que se considere apto para la labor encomendada.<sup>927</sup>

---

<sup>924</sup> En esa medida, considero que el representante idóneo del grupo, debe colaborar con el grupo y sus miembros ausentes, en la elaboración de un documento pertinente en el que se allegue, tal y como lo exige la Defensoría del Pueblo. a) Requisitos exigidos en la sentencia, b) Fotocopia de la cédula de ciudadanía del beneficiario, c) Certificación bancaria de cuenta a nombre del beneficiario, d) Registro Único Tributario (RUT), e) Formato SIIF II Nación, f) Dirección y teléfono para notificaciones. O en casos, de muerte, minoría de edad o pago a persona distinta de la que figura en el expediente, la respectiva protocolización de la sucesión, registro civil de nacimiento o poder. Véase: Defensoría del Pueblo. *Manual de Procesos y procedimientos, procedimiento para el pago de las acciones de grupo*, Bogotá - Colombia, p. 3.

<sup>925</sup> Fischer, Madeleine. *Adequacy Requirements*, p. 71; Prakash, Anna. *Class-Representative Adequacy*.

<sup>926</sup> Ibid.

<sup>927</sup> Curry, Gregg. *Conflicts of...*, p. 2; Souza, Nathália. *Algumas considerações acerca do controle judicial...*; Gidi, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas*, p. 146. Esto también puede verse en el Código modelo del profesor brasileiro Antonio Gidi, cuando señala que:

Art. 3. Prerequisites to a Class Action

3.2 In case of groundless abandonment of the class suit or inadequate representation, the court shall give ample notice to the class, and another representative may continue the proceeding. (See Articles 5 and 6.) In the absence of an adequate representative interested in assuming the in the class action, the judge shall dismiss the class action without prejudice.

En relación con el proceso en sí mismo, las consecuencias ante la improbidad del representante colectivo, derivan en la interrupción o conclusión del procedimiento colectivo y su correspondiente, mutación y continuación como un simple procedimiento de carácter individual. El término “interrupción”, refiere al inicio del procedimiento colectivo, cuando a partir del análisis de la representatividad adecuada que hace el juzgador, se determina que quien pretende colectivamente no posee la capacidad de orden objetiva o subjetiva necesaria, para embarcarse en un litigio masificado razón por la cual se deniega su inicio, a su vez, el término conclusión refiere a un proceso colectivo ya iniciado, que por sobrevenir de incapacidad e improbidad del representante, cambia hacia un procedimiento individual con posterioridad a su admisión colectiva, o aún en apelación.<sup>928</sup>

En lo que hace al fenecimiento del proceso colectivo, este se muestra cuando es imposible la consecución y continuación del procedimiento colectivo con alguno de los demás legitimados para provocar judicialmente su actuación, bien porque ninguno desea relevar al representante original en su tarea o porque no se encuentra representatividad adecuada en los restantes legitimados. Además, cuando concluido el procedimiento con sentencia que hace tránsito a cosa juzgada, se adversa la misma en un procedimiento o proceso diverso, por parte de un miembro del grupo.<sup>929</sup>

#### **4.1. La mutación de la acción de la acción de grupo por falta de representatividad adecuada – nulidad por indebida representación -.**

La representatividad adecuada, deviene en garantía especialísima y angular del debido proceso colectivo, en la medida en que quien asume el adelantamiento de una acción de grupo, limita los derechos sustanciales y procesales de los miembros ausentes del grupo,<sup>930</sup> pues, funge como portavoz y defensor de intereses ajenos, de manera que, a diferencia del proceso individual, donde la escogencia del abogado pende de la voluntad expresa de la parte y así mismo se asumen las consecuencias que le acarree su mala selección, en el marco de las acciones de grupo esa oportunidad la mayoría de las veces es nula e inexistente, por lo cual, la defensa en juicio o el *audiatur altera pars*, solo se

---

<sup>928</sup> Fischer, Madeleine. *Adequacy Requirements*, p. 71; Prakash, Anna. *Class-Representative Adequacy*.

<sup>929</sup> Véase: *Hansberry v. Lee*, (1940). 311 U.S. 32.

<sup>930</sup> Verbic, Francisco. *La representatividad adecuada en las lass actions nortemamericanas...*, p. 5.

satisface mediante la defensa vigorosa de los intereses del grupo, por parte de quien los ha comprometido.<sup>931</sup>

En ese sentido, la incapacidad o falta de representatividad adecuada, que demuestra una defensa pobre y mutilada de los intereses del grupo, no satisface los requerimientos del debido proceso colectivo y, debe acarrear unas consecuencias que impliquen la salvaguarda de esos mismos intereses, es decir, que permitan la plena vigencia del señorío de la voluntad,<sup>932</sup> esto es, que releven a los miembros ausentes del grupo de la carga de la cosa juzgada colectiva, formada en un proceso en el cual no han estado debidamente representados.

Así, el juez de la acción de grupo, en ejercicio de su función como director del proceso debe ejecutar el denominado control del legalidad concluida cada una de las etapas del procedimiento,<sup>933</sup> en busca de conductas que le revelen incapacidad o inadecuación de parte del abogado del grupo, de manera que, verificada esta situación se declare la nulidad de lo actuado, por indebida representación y el procedimiento mute o se torne en uno de carácter individual o con acumulación subjetiva de pretensiones. Ahora bien, aquella nulidad debe ser la que contempla el ordenamiento procesal civil, específicamente, la prevista en el numeral 4 del artículo 133 del Código General del Proceso,<sup>934</sup> que habla sobre la indebida representación de las partes o la carencia de poder por parte del abogado, claro está, aquella debe mirarse bajo una óptica distinta, es decir, bajo la luz de la representatividad adecuada como garantía inherente del debido proceso colectivo de los miembros ausentes del grupo, y no bajo una mirada de derecho procesal civil, cuyo desarrollo de esta nulidad recae en la llamada “capacidad procesal”.<sup>935</sup>

Así, la indebida representación como causal de nulidad en la acción de grupo, lejos de postrarse en las discusiones sobre si las partes acuden al proceso por vía de su legítimo

---

<sup>931</sup> Véase: *Berger v. Compaq Computer Corp.* 257 F.3d 475 (2001).

<sup>932</sup> Rocha Ochoa, Cesáreo. *Manual de introducción al Derecho*, p. 208.

<sup>933</sup> Ley 1564 de 2012.

Art. 42. Deberes de Juez. Son deberes del juez:

12. Realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso.

<sup>934</sup> *Íbid.*

Art. 133. Causales de Nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

<sup>935</sup> Véase: Tarazona Navas, Julio Alberto. *La indebida representación de las partes en tratándose de apoderados*, pp. 35 - 42.

representante,<sup>936</sup> recae en la actuación del abogado del grupo, a lo largo del procedimiento y sanciona la actuación pobre, poco preparada, improvisada o indiferente del letrado, que no garantiza, ni da existencia a la defensa de los intereses del “poderdante”.<sup>937</sup>

Siguiendo por esa línea de pensamiento, entre nosotros ambas consecuencias (mutación y fenecimiento) extraídas de los órdenes foráneos son posibles, es decir, las acciones de grupo pueden mutar y extinguirse por falta de representatividad adecuada. En ese sentido, la Ley 472 de 1998 con diafanidad y carácter mandatorio, compele al juez de la acción de grupo para que adecue y mute la pretensión según corresponda, como medida necesaria para garantizar los derechos sustanciales de las partes y su debido proceso colectivo.<sup>938</sup> De manera que, cuando en ejercicio del control de legalidad, el juez se halle ante la falta de representatividad adecuada, lejos de encontrarse inválido e impotente, puede modificar el procedimiento de la acción de grupo, previa declaración de nulidad (dependiendo de la etapa en la que se encuentre), y tornarlo en una pretensión de carácter individual con acumulación subjetiva de pretensiones, según el número de poderes que ostente el apoderado, salvaguardando así los derechos de los miembros ausentes del grupo de la extinción y la ignominia, a manos de un representante inadecuado, permitiendo que si es de su voluntad inicien un procedimiento de carácter individual o, por el otro lado, adopten una conducta pasiva respecto de sus intereses.

A su vez, el fenecimiento del proceso colectivo se encuentra contemplado parcialmente por la Ley 472, al contemplar el llamado “recurso de revisión parcial”, por virtud del cual, cualquier miembro ausente del grupo que considere que sus intereses no fueron representados con probidad y suficiencia, puede poner en conocimiento del juez esta situación a efectos de que sus derechos, sean excluidos de la decisión y como tal, adversar la cosa juzgada.

---

<sup>936</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, p. 285.

<sup>937</sup> Véase: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, Radicado 41544 de 2013 ; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 45790 del 27 de enero de 2016,

<sup>938</sup> Art. 5. Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. (...)

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

Promovida la acción, es obligación del Juez impulsarla oficiosamente y producir decisión (...) Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.

Consecuentemente, dependiendo de la etapa del procedimiento de la acción de grupo, en la que se verifique la falta de representatividad adecuada, así mismo corresponderá una reacción, que se desenlace en las formas anteriormente expuestas. De forma que:

- Durante la formulación de la demanda, si el juez al realizar la calificación de la misma, denota que el escrito introductor del proceso, no reviste la técnica necesaria o no se acompaña de los documentos pertinentes, por medio de los cuales se intuya que el representante del grupo posee la capacidad para gestionar de la mejor forma los intereses del colectivo, deberá proferir el auto inadmisorio, indicando los vicios que reviste el escrito, señalando el término dentro del cual, deberán ser subsanados, so pena de rechazo; presentado el escrito de subsanación, si de él se destilan indicios de representatividad adecuada de parte del abogado, se admitirá la demanda y se le otorgará el trámite de una acción de grupo (sin perjuicio de que -posteriormente-, pueda variar esta decisión); si del escrito de subsanación no se desprenden elementos que indiquen representatividad de parte del abogado que presenta la demanda para el grupo, previo a desechar la pretensión, el juez, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, deberá admitir la demanda adecuándola a la pretensión que le corresponda, salvaguardando así, tanto los derechos de los miembros ausentes de la contienda, como los de aquellas personas, que en ejercicio de su derecho de acción, buscan una respuesta de parte del Estado,<sup>939</sup> dicho entendimiento, radica en que es un deber de los jueces, el interpretar la demanda de tal manera que les permita llegar a una decisión sobre el mérito, es decir, que previo a desechar una pretensión el juez debe buscar el camino que le permita fallar y no sacrificar el esfuerzo realizado por las partes.<sup>940</sup>

---

<sup>939</sup> Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 25 de Abril del 2002, Radicado: 05001-23-31-000-2000-0030-01(AG-016). Cuando el abogado, no logra acreditar la existencia y conformación del grupo, la decisión necesaria es la adecuación del trámite hacia un procedimiento ordinario de reparación directa con acumulación subjetiva de pretensiones, claro está, en la medida en que la responsabilidad se endilgue a la administración.

<sup>940</sup> Ley 1564 de 2012.

Art. 42. Deberes del Juez. Son deberes del juez:

- En el curso del procedimiento, si se observa de parte del demandante una conducta pasiva, deficiente e indiferente con respecto a los intereses de grupo, a través, de la falta de impugnación de las providencias pertinentes, su deficiente sustentación, la no participación activa durante el debate probatorio y, su falta de contacto con el grupo, el juez declarará la nulidad por falta de representatividad adecuada extinguiendo el procedimiento colectivo a partir de la respectiva actuación y dando continuación a su trámite, como un procedimiento ordinario individual, con acumulación subjetiva de pretensiones. Así: 1) dependiendo del momento y la actuación en la que se verifique la inadecuación, se declarará la nulidad por indebida representación, mutando la acción de grupo a una de carácter individual; 2) el procedimiento se retrotraerá hasta la actuación posterior de aquella que dio lugar a la nulidad, con lo cual, el demandante podrá volver a contestar la demanda o formular sus alegatos de conclusión; aquella decisión consulta el debido proceso del demandado, pues, le garantiza pronunciarse sobre la pretensión de carácter individual, introduciendo si a bien lo tiene, nuevos argumentos, excepciones y pruebas; 3) Si se declara la nulidad por indebida representación, con posterioridad a que se surta el periodo probatorio, aunque se retrotraiga el procedimiento, aquel no deberá sustirse de nuevo, en la medida en que las pruebas practicadas conservan su validez y eficacia.<sup>941</sup>
- Si durante el curso de la conciliación se presentan alguna o varias de las situaciones que indiquen conflicto de intereses, al momento de autorizar el acuerdo, el juez deberá improbarlo, y continuar con el trámite de la acción de grupo, pasando al periodo de probatorio.<sup>942</sup>

---

5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

<sup>941</sup> Ley 1564 de 2012.

Art. 138. Efectos de la declaración de falta de jurisdicción o competencia y de la nulidad declarada. La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

<sup>942</sup> En Colombia, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, los jueces no tienden a analizar la moralidad y ética de los abogados en el marco de los respectivos procesos, aún cuando existen normas procesales que los graban con dicho deber (Art. 42 núm 3 C.G.P.), lo cual, para el escenario de los acciones de grupo, impide que se detengan este tipo de procedimientos cuando se ejecuten acciones que atenten contra

- Fallada la causa, los miembros ausentes del grupo, que consideren que sus derechos no ha sido adecuadamente representados, podrán interponer ante la autoridad competente, una suerte de recurso de recurso de revisión,<sup>943</sup> ante el superior funcional, para que dictamine sobre el asunto y si es del caso, elimine los efectos de cosa juzgada, que han recaído sobre esa persona.<sup>944</sup>
- Finalmente, ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, los honorarios del abogado del grupo lo serán en la medida en que los miembros ausentes efectivamente accedan a su indemnización.

Expuesto este método para purgar la falta de representatividad adecuada en las acciones de grupo, se pasará revista por un segundo camino o método para resolver el problema de la idoneidad del representante colectivo, al que denomino como “relevo de la acción de grupo”.

---

la dignidad de la justicia, la probidad, la lealtad, la buena fe, o simplemente sean fraudulentas o delictuales. Así, en el marco de la conciliación, cuando se presenten situaciones que revelen un conflicto de interés, en las que choquen los deseos del abogado con los deseos del grupo, en aplicación de dicha norma, el proceso colectivo debería terminar, pues, no se puede comprender que siga a la cabeza y como amo del litigio, quien persigue únicamente sus intereses bajo el manto de ser protector grupal, de la misma forma, cuando el mecanismo de la conciliación se utilice con fines fraudulentos o delictuales, la simple improbación no es suficiente, debería declararse la nulidad, amparando los derechos del grupo. Véase: Paul Karlsgodt. *Warding Off “Professional” Objectors to Class Action Settlements*, ClassActionBlawg.com, March 31, 2011. (Consultada el 26 de Noviembre de 2017); Hans Bader. *Collusive Deals with Class Action Lawyers before the Supreme Court*, Competitive Enterprise Institute, Marzo 14, 2016. (Consultada el 26 de Noviembre de 2017). En sentencia del 18 de octubre del 2007, el Consejo de Estado, Sección Tercera, compulsó copias en contra del abogado del grupo, por inflar temerariamente el valor de las pretensiones por cada uno de los miembros del grupo, así como por presentar en varias ocasiones al mismo miembro del grupo, para que la esa calidad le fuera reconocida múltiples veces y, finalmente por mentir en la estimación de sus pretensiones. Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Sentencia del 18 de octubre de 2007, Radicado: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG).

<sup>943</sup> Ley n° 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial n° 47.956 de enero 18 de 2011.

Art. 251. Término para interponer el recurso. El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia. (...)

<sup>944</sup> En los Estados Unidos, el pronunciamiento final en el marco de una acción de clase, no desampara los derechos de los miembros ausentes de la clase, pues, se permite que las personas que consideren que sus intereses no han sido puestos de presente de la mejor manera, ataquen la cosa juzgada en un procedimiento posterior o *collateral attack*- véase: *Hansberry v. Lee*, (1940). 311 U.S. 32; Woolley, Patrick. *Jurisdictional nature of adequate....*, pp. 410 – 427. En Colombia, mientras no se tome conciencia de la importancia de la representatividad adecuada y, de lo perjudicial de su ausencia en los procesos de acción de grupo, debe permitirse a los miembros ausentes, el acceso a un remedio que les permita contrariar una sentencia que los afecte, de manera que, dispongan de sus propios derechos en sus propios términos.

## 4.2. El relevo de la acción de grupo y la supervivencia de la acción colectiva.

A diferencia del método expuesto en líneas anteriores, inspirado en el sistema norteamericano de las *class action* y que parte de la desconfianza incita en el representante colectivo para gestionar adecuadamente los intereses y derechos de los miembros ausentes de los miembros del grupo, con lo cual resulta natural que la manera de proteger dichos derechos sea la culminación del proceso colectivo y su conversión a un procedimiento en clave individual, este segundo método en esencia latinoamericano y de corte doctrinal, por el contrario parte de la premisa de que la representatividad adecuada y la gestión de los intereses de los miembros ausentes del grupo, no solo puede mejorar, sino que debe mantenerse y arribar hasta donde sea posible a su destino, el cual, es la satisfacción de los derechos de los miembros del grupo.

Así, cuando se presente dentro del proceso de la acción de grupo y en cualquiera de sus etapas, una situación que refleje la incapacidad o la falta de compromiso del representante colectivo, de forma que se verifique que este no puede garantizar de la mejor manera el debido proceso colectivo a los miembros ausentes del grupo, el juez, deberá en aplicación del principio de la prevalencia del conocimiento del mérito colectivo,<sup>945</sup> extender la notificación a los demás legitimados colectivos, para que estos intervengan, asuman y continúen con el desarrollo de la acción de grupo, de manera que esta sobreviva a la falta de representatividad adecuada.<sup>946</sup>

---

<sup>945</sup> Thamay, Rennan. *Os Princípios de processo coletivo*, Revista Bonijuris, Volumen 1, 2013.

<sup>946</sup> Veasé: Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Art. 2. Requisitos de la demanda colectiva. - Son requisitos de la demanda colectiva: I – la adecuada representatividad del legitimado (...).

Par. 3º - El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el párrafo 4º del art. 3º.

Art. 3. Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

Par. 4 . En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

Código Modelo de Proceso Civil Colectivo de Antonio Gidi, en: Gidi, Antonio. *Código de Proceso Civil Colectivo. Un Modelo Para Países de Derecho Civil (The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries)*. Revista Práctica de Derecho de Daños, Vol. 11, p. 56, 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952455>.

Art. 3. Requisitos de la acción colectiva 3. La acción solo podrá ser ejercitada de forma colectiva si:

3.2. En caso de desistimiento infundado, abandono de la acción colectiva o representación inadecuada, el juez difundirá la noticia al grupo y otro legitimado podrá asumir la titularidad activa de la acción colectiva (...)

Ahora bien, para que pueda ser fértil y efectivo el relevo de la acción de grupo, se muestran de azas importancia dos instituciones, como lo son la de la legitimación *ad causam* y la de las notificaciones procesales; en cuanto a la primera, la Ley 472 del año de 1998, estableció un modelo de legitimación colectiva concurrente y de naturaleza público – privada, pues otorgo las llaves para provocar acciones de grupo indistintamente a: 1) Personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual y 2) al Defensor del pueblo y a los personeros municipales o distritales,<sup>947</sup> obviando de esta manera, la llamada legitimación asociativa o gremial, que se contemplaba entre nosotros entre nosotros bajo la égida del Decreto 3466 de 1982 y que hoy en día se contempla en la Argentina y Brasil.<sup>948</sup>

En ese sentido, y bajo una mirada de la normatividad actual, el denominado “relevo” de la acción de grupo debería ocurrir entre los legitimados previstos en el artículo 48 de la Ley 472 de 1998, es decir, que cuando la acción de grupo sea promovida por un legitimado de carácter privado y dentro de esta se verifique la falta de idoneidad del representante colectivo, el juez deberá ordenar la notificación, no solo del Defensor del Pueblo y del Personero Municipal o Distrital, según sea el caso, a efectos de cualquiera de ellos, voluntariamente asuma la continuación de la acción de grupo, sino además la notificación a los miembros del grupo, para que estos, si así lo desean postulen otro candidato (abogado) a representante colectivo.<sup>949</sup>

---

Anteproyecto sobre acciones colectivas, reforma al Código Procesal Civil Local de la Provincia de Corrientes (Argentina). En: Verbic, Francisco. *Anteproyecto sobre acciones colectivas elaborado por la AADP (\*CORR)*, Publicado el 10 de Abril del 2013. La plata – Buenos Aires, Argentina.

Art. 795. Legitimación extraordinaria.

e) en caso de abandono del proceso o ausencia de la adecuada representatividad en el legitimado el juez podrá ordenar en forma oficiosa la intervención del Ministerio Público para conducir el pleito en nombre del grupo, hasta su culminación o hasta la designación de un nuevo representante.

Código Modelo de Procesos Colectivos de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. En; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Procesal. *Proyecto de Procesos Colectivos*, Lex Sed Lex, Buenos Aires – Argentina, 2014, pp. 6 – 7. Así:

Art. 11.- (Legitimación). Estarán legitimados para representar al grupo en el proceso colectivo:

En caso de abandono del proceso o ausencia de la adecuada representatividad en el legitimado, el tribunal podrá ordenar en forma oficiosa la intervención del Defensor del Pueblo o del Ministerio Público, según correspondiera, para conducir el pleito en nombre del grupo o integrar la representación

<sup>947</sup> Art. 48.- Titulares de las Acciones. Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47. El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión.”

<sup>948</sup> Mirar citas N° 340, 341, 429, 440, 754, 755.

<sup>949</sup> Gidi, Antonio. *Código de Proceso Civil Colectivo. Un Modelo Para Países de Derecho Civil ...*, p. 58.

En segundo lugar, aquella notificación se encuentra vaga y deficientemente regulada en la Ley 472 de 1998, cuyo artículo 53 establece que el auto admisorio de la demanda deberá notificarse al Defensor del Pueblo, para que si a bien lo tiene, participe dentro de la acción de grupo, siempre que no hubiere incoado la demanda,<sup>950</sup> sin embargo, lo anterior no empecé para que el juez conforme a los principios que rigen las acciones colectivas – dentro de los cuales está el debido proceso colectivo y el de efectividad del proceso colectivo<sup>951</sup> – y los deberes que como director del proceso le impone la ley adjetiva, ordene la notificación a los demás legitimados colectivos, para impedir la paralización del proceso de la acción de grupo y su terminación sin resolución sobre el mérito.<sup>952</sup>

Ahora bien, la notificación del revelo en la acción de grupo, debe contemplar todos y cada uno de los aspectos de las “notificaciones adecuadas” tratados en líneas anteriores, de manera que, debe surtirse por un medio adecuado, debe comportar un contenido suficiente y su lenguaje debe ser el apropiado de acuerdo con el destinatario de la comunicación,<sup>953</sup> todo esto a efectos de que se cumpla con una finalidad de orden constitucional<sup>954</sup> y se le provea a los legitimados colectivos de la oportunidad de conocer

---

<sup>950</sup> Art. 53.- Admisión, Notificación y Traslado.

(...)Si la demanda no hubiere sido promovida por el Defensor del Pueblo, se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda con el fin de que intervenga en aquellos procesos en que lo considere conveniente.

<sup>951</sup> Véase: Ibid; Silva Pinto, Esdras. *Processo Coletivo: princípios específicos, espécies de direito coletivo e características principais*; Verbic, Francisco. *La Corte Suprema argentina y la construcción...*, pp. 5-19; Bruno da Silva, Alexandre y Modena, Ana. *Novos Direitos...*, p. 6512; Sucunza, Matías. *El derecho constitucional – convencional...*, pp. 116-117.

<sup>952</sup> Ley 472 de 1998.

Art. 5.- Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios generales del Código de Procedimiento Civil, cuando éstos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones.

El Juez velará por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

Promovida la acción, es obligación del Juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución (...)

Ley 1564 de 2012.

Art. 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

<sup>953</sup> Kalafatich, Caren y Verbic, Francisco. *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, p. 1393.

<sup>954</sup> Constitución Política de Colombia.

Art. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la

sobre el estado de la acción de grupo, la situación con el representante anterior y la posibilidad de asumir la carga procesal de continuar con la titularidad de la acción, convirtiéndose en gestor de intereses ajenos o por otro lado, de no hacerlo,<sup>955</sup> caso en el cual, el procedimiento colectivo fenecerá sin resolución sobre el mérito.<sup>956</sup>

Finalmente, dependiendo del momento en que se verifique la falta de representatividad adecuada del representante del grupo, las consecuencias procesales derivadas del relevo en el seno de la acción de grupo variarán, así:

- Si al momento de presentarse la demanda, el juez verifica que del libelo introductorio del proceso no se destilan los elementos suficientes, que acrediten la representatividad adecuada del abogado, la inadmitirá otorgando un término para que se corrijan dichos yerros, so pena de rechazo; presentada la subsanación de la demanda si de ella se coligen los elementos necesarios que convenzan al juez sobre la idoneidad del representante colectivo, proferirá el auto admisorio de la demanda, disponiendo la notificación adecuada, al grupo, al Defensor del Pueblo y al Personero Municipal o Distrital, según sea el caso. Por otra parte si del escrito de subsanación de la demanda, el juez aún no percibe los elementos de representatividad necesarios de parte del abogado del grupo, rechazará la demanda y por auto ordenará la notificación a los demás legitimados colectivos a efectos de que asuman la titularidad de la acción de grupo.<sup>957</sup>
- En el curso del procedimiento, si se observa de parte del demandante una conducta pasiva, deficiente e indiferente con respecto a los intereses de grupo, a través, de la falta de impugnación de las providencias pertinentes, su deficiente sustentación, la no participación activa durante el debate probatorio y, su falta de

---

Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

<sup>955</sup> Tal y como señala Tércio Spinola Gomes, la notificación en los procesos colectivos concede una serie de poderes a los miembros del grupo, como lo son: 1) fiscalización 2) participación y 3) control sobre la el desarrollo de la acción colectiva. Esto se puede ver en: Tércio Spínola Gomes. *A notificação adequada no processo civil coletivo brasileiro como instrumento de garantia do acesso à Justiça*, Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3553, 24 mar.o 2013. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/23973>>. Acceso el 25 de marzo de 2018.

<sup>956</sup> Esta solución se encuentra en el Código Modelo del profesor brasileiro Antonio Gidi. Véase: Gidi, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. Um Modelo Para Países de Direito Civil...*, p. 58.

<sup>957</sup> Véase la citación N° 952.

contacto con el grupo, el juez declarará por auto motivado, la falta de representatividad adecuada del representante del grupo y ordenará la notificación de los demás legitimados colectivos, para que estos, asuman voluntariamente la consecución de la acción de grupo, la cual, tomarán y asumirán en el estado que se encuentre para el momento de la declaratoria de falta de representatividad <sup>958</sup> - lo anterior es así, puesto que el juez que proponemos para las acciones de grupo, debe ser ávido y celoso en el manejo de su procedimiento y en la protección de los derechos de los miembros ausentes del grupo, de forma que mantenga el contralor de la representatividad adecuada de forma perenne - de manera que el procedimiento no se dilate y se mantengan los efectos de la presentación de la demanda, de la contestación de la demanda, de la conciliación, de la práctica probatoria, además de las medidas cautelares, si ellas se surtieron existiendo representatividad adecuada de parte del abogado del grupo.<sup>959</sup>

- Al fallarse la causa, los miembros ausentes del grupo que consideren que aún a pesar del cambio de legitimado colectivo, sus derechos no han sido adecuadamente

---

<sup>958</sup> En el relevo del legitimado colectivo, se presenta un fenómeno similar a la “sucesión procesal” (Art. 68 C.G.P.) , donde un sujeto habilitado por la ley para incoar acciones de grupo, es sustituido por otro que entra en su lugar para proteger los intereses de la misma parte – grupo -, en una causa que ya se ha iniciado, tramitado y adelantado, de forma que, sin ser completamente homogéneas las opciones, su efecto si puede ser el mismo, esto es, que quien entre a sustituir o relevar a otro en el mismo proceso, debe tomarlo en el estado que se encuentre (Art. 70 C.G.P), esto aplica en el proceso de carácter individual pues, se presupone que la parte que inicio el proceso hizo la mejor escogencia de acuerdo con sus posibilidades para la protección de sus derechos, en cambio en el proceso colectivo, esto es aplicable en la medida en que todo lo actuado hasta que se declare la falta de representatividad adecuada, fue gestionado con el mayor compromiso y competencia posible.

<sup>959</sup> Otra opción posible para esta situación, sería la de retrotraer el proceso hasta la presentación de la demanda, permitiendo que el nuevo legitimado comenzará de ceros con su procedimiento, posibilitándole la opción de presentar una nueva demanda con novedosas pretensiones, partes, pruebas y hechos; claro esta, en esta opción en aras de garantizar el debido proceso de la parte demandada, se le otorgaría la posibilidad de contestar la nueva demanda, sin necesidad de practicar las mismas pruebas (Art. 138 C.G.P.). Ahora bien, en apoyo de esta postura se pueden elevar los siguientes argumentos: 1) En Colombia a diferencia de lo que sucede en Brasil o Argentina, la ley que regula adjetivamente las acciones colectivas por derechos individuales homogéneos, no prevé una función de *custos legis* o protector de la ley de forma perenne, como sucede con el Ministerio Público en dichos países, por el contrario la única previsión normativa, con un contenido similar ordena la notificación del auto admisorio de la demanda al Defensor del Pueblo, para que este, según su conveniencia, decida si participa o no, por lo cual, entre nosotros no existe un sujeto procesal que controle y conozca del desarrollo de los procesos colectivos en curso a diferencia del actual demandante y demandado, de forma que, podría arguirse que al nuevo legitimado se le tomaría por sorpresa, si se le obliga a continuar el proceso en el estado que se encuentra. 2) Resulta más conveniente y mucho más provechoso para los derechos de los miembros ausentes del grupo, que el procedimiento se reinicie, pues, les garantiza su derecho al debido proceso colectivo, ser representados por un gestor idóneo de intereses, que conozca la causa y que conociendo los yerros de su antecesor, no solo no se vea sometido a ellos, sino que no los cometa.

representados, podrán interponer el correspondiente recurso de revisión, a efectos de que sobre ellos se levanten los efectos de la cosa Juzgada.<sup>960</sup>

- En caso de que ningún legitimado colectivo asuma la consecución de la acción de grupo una vez notificados, el procedimiento colectivo concluirá sin resolución sobre el mérito.<sup>961</sup>

Para finalizar con este acápite de la investigación, se ofrecerá sobrevoladamente una última hipótesis para la solución de la problemática de la ausencia de la representatividad adecuada, cuyo cariz en nuestro medio, indubitablemente raya con una postura de *lege ferenda*, que los jueces con competencia para conocer de acciones de grupo podrían usar, más cuya tesis se reserva para otro lugar y momento.

#### **4.3. El control participativo de la representatividad adecuada – pinceladas para un desarrollo posterior.**

De manera similar a lo que ocurre con el método reseñado en el acápite anterior, aquí, el punto de llegada también es el relevo, o sustitución de un representante inidóneo por uno que revista características de idoneidad, capacidad y compromiso, sin embargo, el medio para arribar a esta solución es distinto, pues, se dispone que desde el inicio del procedimiento de la acción de grupo, los demás legitimados colectivos se unan al desarrollo del proceso y puedan controlar la actuación del representante colectivo, es decir, que desde la presentación de la demanda, todos y cada uno de los pasos que de el representante colectivo, sean controlados, no solo por el juez, sino por quienes la ley procesal disponga para provocar las causas colectivas, además de por el demandando.<sup>962</sup>

---

<sup>960</sup> Mirar citación N° 944.

<sup>961</sup> Gidi, Antonio. *Código de Proceso Civil Colectivo. Un Modelo Para Países de Derecho Civil...*, p. 58.

<sup>962</sup> Esto se puede ver en: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Procesal. *Proyecto de Procesos Colectivos...*, p. 8. Así:

Art. 13.- (Representación adecuada. Falta de legitimación). El tribunal tendrá el deber y las partes podrán la carga de analizar y controlar la existencia del requisito de la representatividad adecuada del legitimado en cualquier tiempo y grado del procedimiento para determinar si cuenta con la idoneidad suficiente para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos reclamados. Especialmente se observará el resguardo de los derechos de los miembros del grupo ausentes que son representados en el proceso. En el trámite de determinación de la representación adecuada el o los demandados tendrán la carga de plantear las cuestiones relacionadas con la falta de personería que correspondieran.

Verbic, Francisco. *Anteproyecto sobre acciones colectivas elaborado por la AADP (\*CORR)*, Publicado el 10 de Abril del 2013. La plata – Buenos Aires, Argentina.

Art. 796. Representación adecuada.

Esto en aras de garantizar el debido proceso colectivo de los miembros ausentes del grupo, puesto que los demás legitimados podrán colaborar con el juez en el recaudo de la representatividad adecuada, conforme se desarrolla la causa, poniéndole de presente cualquier situación anómala que pudiere mermar o afectar los derechos de los miembros ausentes del grupo y dar lugar a la declaratoria de ausencia de representatividad, de quien promovió la demanda,<sup>963</sup> y facilitar la sustitución o cambio entre un representante colectivo y otro, en términos de notificaciones y de seriedad, puesto que el nuevo representante, ya se encuentra al tanto de los puntos básicos y neurálgicos del litigio y tiene conocimiento de sus deberes, cargas y responsabilidades como gestor de los intereses ajenos.<sup>964</sup>

En suma, mas allá de las hipótesis ofrecidas en esta investigación para la resolución de la problemática de la ausencia de representatividad adecuada en el marco de la acción de grupo, que en manera alguna pretenden ser totalizadoras y dogmáticas,<sup>965</sup> manifiesto que la puerta para múltiples y mejores soluciones permanece abierta, dada la novel complejidad de la figura, no solo de los procesos colectivos en general, sino de la acción de grupo y de la representatividad adecuada en particular en Colombia.

## **5. Una reflexión final en torno a los procesos colectivos y a la representatividad adecuada en Colombia.**

Habiendo arribado hasta este punto, a manera de líneas finales con respecto a la visión panorámica de la representatividad adecuada en Colombia y su respectivo recaudo por parte de la judicatura patria, debe decirse, que las pasiones encontradas son complejas, pues, por un lado, es grato observar que figuras de tanta relevancia como la representatividad adecuada, son susceptibles de ser analizadas en nuestro país, durante el curso del proceso de la acción de grupo e inclusive en el cobro de la respectiva indemnización ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, por vía de la aplicación sistemática de distintas normas que revelan la posibilidad de estudiar

---

La dirección del proceso quedará a cargo del legitimado extraordinario que reúna los antecedentes suficientes y que esté en mejor situación, de acuerdo al conflicto de que se trate, de efectuar una defensa idónea de los intereses del grupo. Los otros legitimados podrán controlar su actuación, señalar los defectos en la representación y colaborar en el correcto avance del proceso.

<sup>963</sup> Mirar acápite N° 3.1.1 al 3.1.5 de este Capítulo.

<sup>964</sup> Mirar acápite N° 3.2.1 del Capítulo I de esta investigación.

<sup>965</sup> Se usa el término “dogma”, en su acepción de conocimiento que no puede ser modificado y no admite corrección, es decir, como un objeto cultural de carácter estatico e inamovible, que no admite cambio ni corrección. Véase: 1. m. Proposición tenida por cierta y como principio innegable. Tomado de: <http://dle.rae.es/?id=E4earE8>.

criterios de credibilidad, experiencia, conocimiento, compromiso, capacidad económica y aptitudes éticas, predicables del abogado que provoca una acción de grupo.

Y del otro lado, es motivo de congoja vislumbrar que el esquema de representatividad planteado y ofrecido, a pesar de ser utilizable como un resorte idóneo en la vía de la protección de los derechos de los miembros ausentes del grupo, debido a externalidades como la cultura jurídica y litigiosa colombiana, el desconocimiento de los procesos colectivos - tanto por parte de los abogados, como de los jueces y de los funcionarios de carácter administrativo cuyo diario vivir se desarrolla en el marco de esta acción- y, su asimilación a los procesos de corte civil - individualista, tornan muy difícil su efectivo examen en la realidad práctica de las acciones de grupo.

En ese sentido, resulta de extrema precisión y pertinencia la frase del cantautor norteamericano Neil Young, según la cual, se pasa “*del azul del cielo al negro de la nada*”, pues, en un lugar donde la ritualidad diferenciada de los procesos colectivos en gran medida es desconocida y mal asimilada, donde los jueces nada exigen más allá de lo que la tradición les ha inculcado, a pesar de tener las herramientas a la mano, donde los abogados no se someten al oprobio de justificarse como “representantes adecuados” ante el juez, para el desarrollo de las causas colectivas y, donde la doctrina como la judicatura deslumbran por su opacidad e indiferencia hacia la temática de los procesos colectivos, el panorama se muestra desalentador.

Sin embargo, nada empece para que con el transcurso del tiempo, de la misma forma que a nuestros vecinos latinoamericanos, los vehículos de la historia nos conduzcan al reconocimiento y respeto de las dos caras de la acción de grupo. Y así, mas allá de ver en este procedimiento una vía rápida a la solvencia y tranquilidad financiera, veamos en ella tanto un mecanismo de valía incalculable para el acceso a la administración de justicia, como un escenario que a pesar de su belleza, se muestra descarnado y vil para quienes a él concurren a través de un representante inadecuado, que sin reconocer esta responsabilidad cualificada someta a la ignominia los derechos de los miembros ausentes, extinguiéndolos sin su conocimiento y menos su voluntad.

Así, con el pasar del tiempo y la evolución de la ciencia, la práctica y la educación jurídica es factible que surjan entre nosotros abogados proactivos - tanto del lado activo como del lado pasivo en las acciones de grupo - con conocimiento en procesos colectivos y

con un alto grado de compromiso con la salvaguarda de los derechos de los miembros ausentes, que asuman y provoquen estas acciones justificando su representatividad adecuada, además de jueces versados en acciones colectivas, que reconozcan abiertamente la representatividad adecuada y comiencen a requerir más de los abogados y de si mismos, en el camino hacia la satisfacción del debido proceso colectivo de los miembros ausentes en las acciones de grupo.

## CONCLUSIÓN

1. *La protección de los miembros ausentes del grupo, ha llevado a que distintas familias jurídicas acepten la representatividad adecuada.* En países tributantes de la familia del derecho civil, como Brasil y la Argentina, además de países afiliados a la familia del derecho común, como en los Estados Unidos, es una preocupación latente, la protección de los derechos de los miembros ausentes del grupo, que acceden al aparato jurisdiccional buscando la resolución de sus conflictos, de manera que se exige y reconoce la representatividad adecuada, como piedra angular del debido proceso colectivo que se debe a estos conglomerados.
  
2. *En el marco de las class actions, el control de la representatividad adecuada se desarrolla de manera perenne durante el curso del procedimiento judicial y aún más allá.* En los Estados Unidos, la representatividad adecuada se contempla como un requisito de orden constitucional de las acciones de clase o *class actions*, de manera que la protección de los intereses del grupo se desarrolla de forma permanente durante el curso del procedimiento judicial, inicialmente por medio de la certificación de la clase, que reviste la cualidad de barrera para la incoación de acciones colectivas, en las cuales no se acrediten los requisitos de orden procedimental y sustancial, que le caben tanto al representante de la clase como a su abogado. De la misma forma, este recaudo se mantiene durante el ciclo vital del procedimiento judicial e inclusive después de pronunciada la sentencia, respecto de la cual, es posible apartarse por cuestiones de representatividad adecuada.
  
3. *Tanto a los requerimientos como el recaudo de la representatividad adecuada, se les otorga un tratamiento abigarrado por parte de la judicatura norteamericana.* A diferencia de lo que plantea el grueso de la doctrina latinoamericana con respecto al sistema de las acciones de clase, en los Estados Unidos, los criterios y conceptos que abarca la representatividad adecuada,

varían según cada corte, lo cual, lejos de implicar frivolidad, revela que el estudio realizado reviste unas características y una profundidad, que por lo pronto se desconoce en el mundo latinoamericano, apegado a fórmulas legales.

4. *En Brasil, la ausencia de norma legal no ha impedido que se reconozca y exija la representatividad adecuada, en los procesos colectivos.* Tanto la doctrina como la jurisprudencia brasilera, han puesto de presente que el recaudo de la representatividad adecuada, es un requerimiento de orden necesario para la justificación constitucional de los procesos colectivos y la garantía del debido proceso de los miembros ausentes, en ese sentido, a pesar de que los estatutos colectivos que posee Brasil hoy en día, no hablan sobre un recaudo de la representatividad adecuada, esto no ha impedido que tanto desde la labor doctrinaria, se halla introducido su examen conforme a la normatividad vigente, así como un estudio destinado a la regulación posterior y a futuro de esta materia contemplado en los llamados “Códigos Modelo”, a su vez, la jurisprudencia se ha inclinado por exigir un recaudo de representatividad adecuada, por considerar que él mismo ya no se inserta en el campo de la ley, sino de la constitución.
  
5. *En Argentina, los distintos operadores del derecho en ausencia de regulación expresa y exhaustiva han aceptado y reconocido a la representatividad adecuada, como un elemento necesario, para el inicio y desarrollo de los procesos colectivos.* A pesar de que en el orden nacional tanto la ley General del Ambiente, como la Ley de Defensa del Consumidor, no poseen ninguna norma que refiera al examen de la representatividad adecuada, el máximo tribunal de la nación, ha indicado en distintas decisiones que ella es un requerimiento de carácter constitucional necesario en cualquier acción de clase, a su vez, producto de estas decisiones, reposan en el Congreso distintos proyectos de ley cuya pretensión es la regulación de la materia y la introducción textual y explícita del recaudo referido, ahora bien, ante la ausencia de pautas para el estudio de la representatividad adecuada, la doctrina ha asumido un papel activo

y preponderante en difusión de los procesos colectivos y sus distintas y especiales exigencias, a su vez desde el punto de vista provincial, se ha intentado dar respuesta a la protección de los intereses de los miembros ausentes del grupo, pues, desde puntos de vista legislativos o jurisprudenciales, se han intentado resortes idóneos.

6. *El derecho al debido proceso, adquiere una especial dimensión y relevancia en materia de acciones colectivas.* El derecho fundamental al debido proceso, lejos de ser únicamente un conjunto de garantías que acompañan a las personas en cualquier clase de proceso o procedimiento, de la misma manera, exhibe un contenido mucho más rico, profundo y complejo, a partir del cual, se puede vislumbrar su verdadera finalidad, como límite a la privación irrestricta, irrazonable y caprichosa, de garantías fundamentales de los sujetos de derecho. Aquel contenido, a su vez, revela la naturaleza maleable, dúctil e irreductible del debido proceso, conforme a la cual, puede esta figura, adaptarse a las situaciones y necesidades sociales, esto es, abrazar la realidad de las distintas pretensiones jurídicas y, de esta forma, garantizar “una recta administración de justicia” en cada caso concreto. El carácter proteico del debido proceso, permite que una figura nacida en el seno de estructuras individuales, cambie y nutra, nuevas instituciones que la sociedad del consumo y de las relaciones masificadas, necesita, tal es caso, del debido proceso colectivo, el cual, no solo se alimenta del contenido del juicio justo individual, sino que florece a una nueva gama de elementos y garantías, esenciales a los procesos colectivos.

7. *En Colombia, la existencia de un debido proceso colectivo no solo es posible sino que es necesaria.* Distintas piezas del ordenamiento jurídico interpretadas armónicamente, dan pábulo a la introducción de esta especialización y separación del debido proceso individual, así, nosotros no solo nos inscribimos dentro del modelo del Estado social y democrático de derecho, sino que la Carta Constitucional reconoce y da bendición a los derechos colectivos, amén de sus respectivos instrumentos procesales, es decir, la acción de grupo, la cual,

explícitamente refiere a la ausencia de representatividad adecuada, aunado a lo anterior, distintas normas legales refieren a retazos del debido proceso colectivo, tal como el acceso masificado a la justicia.

8. *En Colombia, ha existido y existe un tratamiento desinteresado por parte de los distintos operadores del derecho, en lo que refiere a las acciones de grupo, especialmente en lo relativo a la representatividad adecuada.* Entre nosotros con anterioridad a la Constitución de 1991, existieron ínfimas referencias a la representatividad adecuada, tanto doctrinalmente en el marco del Decreto 3466 de 1982, como en unos de los proyectos reformativos de la Constitución que fueron desechados, con lo cual, se observa un dejo de indiferencia y desentendimiento latente respecto del tema. Aunado a lo anterior, durante el curso de los distintos proyectos de ley que posteriormente se convertirían en la ley 472 de 1998, existieron presiones de altos estamentos sociales, políticos y económicos, para que se frustrara la promulgación de la ley y que culminaron en una regulación paupérrima en materia de representatividad adecuada. Además a diferencia de lo que acaece en Brasil y Argentina, la doctrina y la jurisprudencia no han puesto el acento para revelar y reconocer a la representatividad adecuada, como un requisito necesario y de indispensable estudio en el marco de las acciones de grupo, pues, las referencias a este requisito, no solo son contadas sino que se refieren a él con una cortedad sobrecogedora.
  
9. *En Colombia un examen de representatividad adecuada, que se desarrolle con posterioridad al estudio de la demanda es posible y necesario para proteger los derechos de los miembros ausentes del grupo.* Ese examen de representatividad adecuada, si bien, inicia con el estudio de los recaudos de la demanda de la acción de grupo, no se termina en aquel, pues, es factible su análisis en lo referente a la adecuada notificación, la conciliación, la conducta intra procesal del abogado del grupo y finalmente su conducta por fuera del proceso colectivo. La notificación es de azas importancia para la acción de grupo, pues, ella

garantiza el conocimiento de la instancia a los miembros del grupo a efectos de que estos tomen la decisión que más convenga a sus respectivos intereses, tal como permanecer indiferente, hacerse parte o excluirse, en ese sentido, se observó que aparte del esquema de notificación presunta que contempla la ley 472 de 1998, ella misma da pábulo a que el juez motu proprio o por concurso del abogado del grupo, opten por un medio que asegure el conocimiento real de la instancia y de los proveídos cruciales en el proceso. En lo referente a la conciliación prevista por la ley 472 de 1998 esta debe tener un estudio reforzado por parte del juez en relación con la actuación del abogado colectivo, toda vez que su gestión debida o indebida extinguirá los derechos de los miembros ausentes del grupo. A su vez, la actuación intra procesal del abogado del grupo, resulta de vital importancia como muestra de capacidad y debida representación de los intereses del grupo, pues, solo a través de su activa y fundada participación en los aspectos sustanciales del proceso, se podrá afirmar que los intereses fueron debidamente representados. Finalmente, la representatividad adecuada, en Colombia trasciende el puro escenario procesal de la acción de grupo y se arroja sobre el procedimiento administrativo ante el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, toda vez que es en este escenario donde el derecho sustantivo adquiere corporeidad.

*10. En Colombia, las consecuencias previstas en los órdenes foráneos ante la falta de representatividad adecuada, son aplicables.* Tanto la normatividad procesal, como constitucional dan pie para que el procedimiento de la acción de grupo mute en una acumulación subjetiva de pretensiones, de manera que, cuando el juez de las acciones de grupo encuentre que existe incapacidad por parte del abogado del grupo, y se hallen los elementos de la acumulación subjetiva de pretensiones, pueda variar la pretensión previa declaración de nulidad, por falta de representación adecuada.

*11. En Colombia, el protagonismo del individuo y la forma pro et contra de la cosa juzgada, conllevan la necesidad de exigir un examen de representatividad*

*adecuada de parte de quien pretende colectivamente.* En Colombia, la representatividad adecuada y su estudio son necesarios, pues a diferencia de lo que ocurre en Argentina o Brasil, donde el grueso de las acciones colectivas son iniciadas y acompañadas por legitimados institucionales como, asociaciones y entidades de orden público, sobre las cuales recae una especie de presunción de representatividad, y donde la formación de la cosa juzgada, depende del resultado del litigio, entre nosotros el gran cúmulo de acciones de grupo, son llevadas ante los jueces por individuos a la manera estadounidense, de forma que para proteger al grupo de las inclinaciones del ánimo del individuo, y del sistema de formación de cosa juzgada con independencia del resultado del litigio, debe exigirse un recaudo de representatividad adecuada.

12. *El entendimiento y aplicación diferenciada de las acciones colectivas en Colombia, es inexistente.* A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, Brasil y en Argentina, donde se separa un proceso colectivo, de uno de carácter individual y, se le da un contorno y unas garantías especiales, en Colombia todavía se concibe a la acción de grupo como una especie dentro del género procesal civil, de manera que, a las especialidades de la acción de grupo, se les aplica una teoría general del proceso de corte individual tanto así, que subsidiariamente en lo no regulado, se aplica el estatuto procedimental civil, defenestrando la aplicación proba de las acciones de grupo y la existencia de un derecho procesal colectivo, de esa forma, solo se establecen cortapisas de orden “normativo” al estudio de la representatividad adecuada que vetan al juez colombiano de la aprehensión de criterios de azas importancia en otros países, bajo la premisa de que no existe norma que le faculte para tal estudio. Bajo ese entendido, la tradición y cultura legal en la que se han formado los jueces, doctrinantes y legisladores se torna en el peor enemigo de la actualización, regulación y entendimiento proba y homogéneo de las acciones colectivas en general y de la acción de grupo particularmente, pues, aquí se rechazan y desecran las figuras e interpretaciones que sean desconocidas y que *ab initio*, se opongan a un tratamiento e inteligencia procesal civilista.

13. *En Colombia, requerimos de un nuevo estatuto que regule de manera completa, coherente y comprensiva los procesos colectivos.* De la misma forma, que hoy en día se está haciendo en la Argentina y en Brasil, Colombia requiere de un novedoso estatuto procesal colectivo, que regule de manera completa y adecuada todas las instituciones procesales especiales que son inherentes a estos procedimientos, tales como: la representatividad adecuada, el régimen de notificaciones, las pretensiones colectivas, el procedimiento colectivo, los derechos colectivos, la legitimación colectiva, la cosa juzgada colectiva, los vicios procesales colectivos etc... y, que a su vez, sirva de germén para el desarrollo de una novedosa rama del derecho procesal, que permanece ignota para nosotros, que subsumimos nuestras dos acciones de carácter colectivo, bajo un entendimiento parco, eminentemente individualista y arcaico.

## BIBLIOGRAFÍA.

### LIBROS

ADAMS, Norma, y Charles DONAHUE. “*Select Cases from the Ecclesiastical Courts of the Province of Canterbury C. 1200-1301*”. London: Selden Society, 1981.

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. “*Filosofía del Derecho Procesal*”. Segunda Edición ed. Leyer, Colombia.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. “*Los principios generales del Derecho, su función de garantía en el derecho público y privado chileno*”. 1ª Edición ed. Chile, Marzo 2003.

ALEXY, Robert. “*Teoría de los Derechos Fundamentales (Traducción Y Estudio Introductorio Carlos Bernal Pulido)*”. 2ª Edición ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALSINA, Hugo. “*Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”. Vol. Tomo I, Parte General, Buenos Aires – Argentina, 1963.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*Introducción al estudio del Derecho Procesal - Primera Parte*”. II vols. Vol. I, Argentina: RUBINZAL -CULZONI. 2008.

ARISTÓTELES. “*Metafísica*”. Ediciones Universales, Bogotá - Colombia 2006.

ARMENTA, Luis Ponce de León. “*Metodología del Derecho*”. Edited by Av. República Argentina 15 Editorial Porrúa. México, 2011.

AZULA CAMACHO, Jaime. “*Manual de Derecho Procesal - Tomo I, Teoría General del Proceso*”. Décima Edición ed. Vol. I, Bogotá (Colombia): TEMIS S.A, 2010.

BARREAU, Herve. “*Aristóteles y el análisis del saber*” edited by Editorial EDAF. Madrid - España, 1978.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, “*Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*”. Quinta Edición ed. Bogotá - Colombia: TEMIS, 2011.

BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. “*La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*”. Colección Textos De Jurisprudencia. 1ª Edición ed. Bogotá - Colombia: Facultad de Jurisprudencia, 2007.

BOUTRUCHE, Robert. “*Señorío Y Feudalismo*”: *Vínculos de dependencia*. Siglo XXI, 1995.

CAMARGO, Pedro Pablo. “*El debido proceso*”. Leyer, Sexta Edición ed. Colombia.

———. “*Las acciones populares y de grupo*”. Leyer, 7ª Edición ed. Bogotá - Colombia.

CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. “*Manual de Derecho Procesal Civil*”. 5ª Edición ed. Vol. Tomo I.

CARNELUTTI, Francesco. “*Como se hace un proceso*”. Tercera Edición ed. Bogotá (Colombia): TEMIS S.A, 2007.

———. “*Instituciones del Proceso Civil*” - Tomo I. Vol. I, Buenos Aires (Argentina): EJEA.

CASAGRANDE CÁSSIO, Luís y SANTOS PÉRISSÉ Paulo Guilherme. “*Ministério Público do Trabalho e Tutela Judicial Coletiva*”. Rodrigo de Lacerda Carelli – Coordinador. . Brasilia DF: ESMPU (Escola Superior Do Ministério Público da Uniao), 2007.

COUTURE. J, Eduardo. “*Estudios de Derecho Procesal Civil*”. Vol. Tomo I, Buenos Aires: EDIAR sociedad anónima Editores.

———. “*Introducción al estudio del Proceso Civil*”. Segunda Edición ed. Depalma, Argentina, 1983

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “*Compendio de Derecho Procesal - Tomo I, Teoría General del Proceso*”. Edited by DIKE. Duodécima Edición ed. Vol. I, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKE, 1987.

\_\_\_\_\_. *“Teoría General de la Prueba Judicial”*. 5ª Edición ed. Bogotá - Colombia 2002.

DINAMARCO, Pedro Da Silva. *“Ação Civil Pública”*. Sao Paulo, 2001.

ESCOBAR ÁLZATE, Jenny. *“Nociones básicas del Derecho Procesal Civil en el Código General del Proceso”*. Ibagué - Colombia, Editorial Universidad de Ibagué, 2014.

ESQUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *“La protección constitucional del ciudadano”*. Temis, Bogotá - Colombia. 2004.

ESPITIA GARZÓN, Fabio. *“Historia del Derecho Romano”*. 2ª Edición ed. Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2006.

ESQUILO. *“Tragedias Completas”*. Editorial Planeta 1993.

ESTRADA VÉLEZ, Serio Iván. *“La excepción de principalidad”*, Bogotá – Colombia, Temis, 2000.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *“Lecciones preliminares de filosofía”*. Ediciones Universales, Bogotá – Colombia Noviembre de 2005.

GIDI, Antonio, *“Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil un modelo para países de derecho civil”*. Public Law and Legal Theory Series 2006 - a-14. Primera Edición ed. University of Houston, 2004.

\_\_\_\_\_. *“The class action code: a model for civil law countries”*. *Arizona Journal of International and Comparative Law* 23, no. U of Houston Law Center, No 2006 A-20 (2005): 37.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. *“Derecho Procesal Civil”*. Editor J.M BOSCH, Barcelona – España, 1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *“Elementos de Derecho Procesal Civil”*. Primera Edición ed. Buenos Aires - Argentina 2005.

———“*Introducción al Derecho Procesal Constitucional*”. Editorial Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2006.

GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos, “*La acciones populares y de grupo frente a las acciones colectiva. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*”. 1ª Edición ed. Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013.

HANSBERRY, Lorraine. “*A raisin in the sun*”, (1959)  
<http://www.napavalley.edu/people/LYanover/Documents/English%20123%20Lorraine%20Hansberry%20A%20Raisin%20in%20the%20Sun.pdf>.

HENAO HIDRÓN, Javier. “*Derecho Procesal Constitucional*”. 3ª Edición ed. Bogotá – Colombia, 2010.

LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio. “*La acción de grupo - reparación por violación a los Derechos Humanos*”. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

MARTÍNEZ PAZ, Enrique (Traductor). “*Constitución De La Republica De Los Estados Unidos De Brasil*.” 16 de junio de 1934.

MEDINA MAIA, Diogo Campos. *Ações Coletivas Passivas*. Río de Janeiro, 2009

MONROY CABRA, Marco Gerardo. “*Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*”. Colección De Textos De Jurisprudencia. Bogotá - Colombia, 2007.

MORENO ORTIZ, Luis Javier. “*Acceso a la Justicia*”. Santa Fe de Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson, y DE ANDRADE NERY, Rosa María. “*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*”. 13a Edição revista, atualizada e ampliada ed. Sao Paulo, 2013.

NISIMBLAT, Nattan. “*Derecho Procesal Constitucional, principalística procesal y tutela*”. Bogotá D.C. – Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2013.

ORTEGA Y GASSET, José. “*Meditaciones del Quijote*”. Vol. I, Madrid - España: Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1914

OVALLE FAVELLA, José, “*Teoría General del Proceso*”. México: Harla S.A, 1991.

PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo. *Introducción al derecho público comparado*, Editorial Palestra, Lima – Perú, 2006.

PEÑA PEÑA, Rogelio Enrique. “*Teoría General del Proceso*”. Segunda Edición ed. Bogotá (Colombia): ECOE, 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan. “*Las Garantías Constitucionales del Proceso*”. 2ª Edición ed. Editor J.M BOSCH, 2012.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. “*Vías de hecho, acción de Tutela contra providencias*”. Bogotá – Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, 2007.

QUINTERO CORREA, María del Rosario, y VELÁSQUEZ HERRERA, Rosmery. “*De la constitución al proceso. Estado social y democrático de derecho y debido proceso*”. 1ª Edición ed. Colombia, 2002. 31 - 37.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. “*Principios constitucionales del derecho procesal, investigación en torno a la Constitución Política De 1991*”. Bogotá - Colombia, Señal Editora, 1999.

REALE, Giovanni, y ANTÍSERI, Darío. “*Historia de la filosofía, 4. De Spinoza a Kant*”. Universidad Pedagógica Nacional. San Pablo.

RECASENS SICHES, Luis. “*Nueva filosofía de la interpretación del derecho*”. Tercera Edición ed. México, 1980.

ROCHA ALVIRA, Antonio. “*Derecho Probatorio, resumen para preparación del examen final*”. Colombia, Ediciones Rosaristas, 1980.

ROCHA OCHOA, Cesáreo. “*Manual de Introducción al Derecho*”. Edición ed. Bogotá – Colombia, 2008.

RODÓ, José Enrique. “*Motivos de Proteo*”. Segunda Edición ed. Valencia – España, 1918.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. “*Introducción a la Teoría del Proceso*”. Primera Edición ed. Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997.

ROTHSTEIN, J. Barbara, y WILLGING, Thomas. “*Managing class action litigation: A pocket guide for judges*”. Third Edition ed.: Federal Judicial Center, 2010.

RUEDA FONSECA, María del Socorro. “*Fundamentos de Derecho Procesal Colombiano*”. Bogotá - Colombia: Facultad de Derecho - Universidad de los Andes, 2008.

RÚA CASTAÑO, John Reymon, y LOPERA LOPERA, Jairo de Jesús. “*La tutela judicial efectiva*”. Primera Edición ed. Colombia, Leyer, 2002.

SARMIENTO PALACIO, Germán. “*Las acciones populares en el derecho privado colombiano*”. 1ª Reimpresión ed. Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario, Noviembre de 2006.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. “*Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*”. Estudios Jurídicos. Edited by Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª Edición ed. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009.

SPOONER, Lysander. “*An essay on the trial by jury*”. United States of America, 1852.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. “*Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*”. Bogotá (Colombia): Raisbeck, Lara, 2001.

CHINCHILLA, Tulio H. “*¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*”. 2ª Edición ed. Bogotá - Colombia: Temis S.A., 2009.

VIZCARRA DÁVALOS, José. *Teoría General del Proceso*. 12ª Edición ed. Porrúa, México, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *“El derecho dúctil, ley, derechos, Justicia”*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *“Proceso, Autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso”*. Primera reimpresión ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000

## **CAPÍTULOS DE LIBROS**

*Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos*. Edited by Beatriz Londoño Toro - Arturo Carrillo (editores). 1ª edición ed. Bogotá - Colombia: Defensoría del Pueblo - The George Washington University Law School - Universidad Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, 2010.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *“El Debido Proceso”*. Capítulo. 29 en *Justicia y Sociedad*, edited by Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G, Núm. 167: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

BAHE-JACHNA, A. Ruth. *"Numerosity, commonality and typicality"* Chap. 3. B In *A Practitioner's guide to Class Actions: Tort Trial & Insurance Practice Section*, American Bar Association, 2010.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. *"Divagaciones sobre las acciones de grupo"* en *XXVI Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, edited by Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 89 - 112. Bogotá - Colombia: Universidad Libre de Colombia, 2005.

———. *"Sentencias en las acciones populares y de grupo (alcances, límites y efectos)"* en *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, edited by Universidad Libre de Colombia, 215-28. Bogotá (Colombia): Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP, 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. *"Procesos colectivos y acciones de clase: problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada"*. Capítulo. 2

en *Procesalismo Científico, Tendencias Contemporáneas, Memoria Del Xi Concurso Anual De Capacitación Y Preparación Para Profesores De Derecho Procesal.*, edited by Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime, y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "*El Derecho Ordinario Y La Constitución*", Capítulo Primero en *El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales Y Teoría General*, edited by Universidad Externado de Colombia, 2013.

---

....."*El Debido Proceso*" en *El proceso penal, estructura y garantías procesales*. Bogotá - Colombia, 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. "*El derecho fundamental al debido proceso*" Capítulo Undécimo en *El Derecho De Los Derechos, Escritos Sobre La Aplicación De Los Derechos Fundamentales*. Bogotá - Colombia.

BODENHEIMER, Edgar. "*El Derecho.*" Capítulo. 2 en *Teoría del Derecho*. Bogotá - Colombia: Fondo de Cultura Económica, 1997.

BURGORGUE- LARSEN, Laurence, y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. "*The right to due process*" Chapter. 25 In *The Inter- American Court of Rights, Case Law and Commentary*, 645-91.: Oxford University Press, 2011.

CORREA PALACIO, Ruth Stella, y BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. "*Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana*" En *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, edited by Universidad Libre de Colombia, 229-75. Bogotá (Colombia): Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP, 2006.

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. "*Principalística jurídica: la política del derecho*". En *Ideas Políticas, Filosofía Y Derecho: El Maestro, Liber Amicorum En Homenaje a Alirio Gómez Lobo*, edited by Editorial Universidad del Rosario, 260 - 97. Bogotá D.C., 2006.

CUEVAS CUEVAS, Eurípides de Jesús. "De las acciones de grupo". En *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, 327 -45. Bogotá - Colombia: Universidad libre, 2006.

CÁRDENAS MEJÍA, Luz Gloria. "Las pasiones en el razonamiento práctico y retórico en Aristóteles". Capítulo IV en *Aristóteles: Retorica, Pasiones Y Persuasión*, edited by Universidad de Antioquia. Medellín- Colombia: San Pablo.

HENSLER Deborah, PACE, Nicholas M., DOMBEY-MOORE, Bonnie, GIDDENS, Elizabeth, GROSS, Jennifer, and MOLLER, Erik. "A matter of some interest". Chapter 2 In *Class Action Dilemmas, Persuing Public Goals for Private Gain*, 9-47. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2000.

FISCHER, Madeleine. "Adequacy requirements ".Chap. 3. C en *A Practitioner'S Guide to Class Action: Tort Trial & Insurance Practice Section*, American Bar Association, 2010.

GIDI, Antonio. "Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos" en *Derecho Procesal Constitucional*, edited by Eduardo Ferrer Mac- Gregor. México, 2001.

———. "Cosa juzgada en acciones colectivas" en *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogéneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamérica*, edited by Gidi Antonio & Mac- Gregor Ferrer Eduardo (Coord.). México: Editorial Porrúa, 2004.

———. "El concepto de acción colectiva." en *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogéneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamérica*, edited by Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord.). México: Editorial Porrúa, 2004.

———. "La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo". En *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales*

*Homogéneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamérica*, edited by Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord.). México: editorial Porrúa, 2004.

———. "*Legitimación para demandar en las acciones colectivas*", en *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogéneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamérica*, edited by Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord.). México: Editorial Porrúa, 2004.

———. "*Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*". En *La Tutela De Los Derechos Difusos, Colectivos E Individuales Homogéneos, hacia Un Código Modelo Para Iberoamérica*, edited by Gidi Antonio & Mac-Gregor Ferrer Eduardo (Coord.). México: Editorial Porrúa, 2004.

———. "*Rumo a un Código de Processo Civil Coletivo - a codificação das ações coletivas no Brasil*". Rio de Janeiro, 2008.

GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio. "*Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogeneos no Brasil e em Portugal*". Capítulo. 2 En *Las Acciones Para La Tutela De Los Intereses Colectivos Y De Grupo*, edited by Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, 2011.

GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. "*Acciones Jurisdiccionales para la protección del consumidor*". En *XXXII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*. Bogotá - Colombia: Universidad Libre de Colombia, 2012.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Eduardo. "*Regulación de las acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas*". En *XXVI Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, edited by Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 19 - 88. Bogotá - Colombia: Universidad libre de Colombia, 2005.

HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. "*Los fines del proceso civil desde la perspectiva del Garantismo Procesal*". En *XXXIV Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, 889 - 943. Bogotá - Colombia: Universidad Libre de Colombia, 2013.

———. *"Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica"* En Actualidad Y Futuro Del Derecho Procesal: Principios, Reglas Y Pruebas - Gabriel Hernández Villarreal- Editor Académico, edited by Editorial Universidad del Rosario. Colección Textos De Jurisprudencia. Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario, 2010.

*Justiciabilidad de los derechos colectivos, balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 De 1998) En sus Primeros 10 Años 1998 - 2008.* Colección Textos De Jurisprudencia. Edited by Editora académica: Beatriz Londoño Toro. Bogotá - Colombia: Facultad de Jurisprudencia., 2009.

GIANNINI, Leandro. *"La representatividad adecuada en los procesos colectivos"*. Capítulo. 5 en *Procesos Colectivos*, edited by Eduardo (Coord.) Oteiza, 179-214. Santa Fe (Argentina): Rubinzal- Culzoni, 2006.

MARITAIN, Jacques. *"Filosofía Práctica"*. Capítulo 2, Sección 3 En *Introducción a La Filosofía*, 1920.

MOSMANN, María Victoria. *"Los procesos colectivos en la Argentina: representatividad adecuada y el rol del Ministerio Público"* en *Procesos Colectivos*, edited by Editorial Cathedra Jurídica. [https://www.academia.edu/8515881/Los\\_Procesos\\_Colectivos\\_En\\_Argentina.\\_Rol\\_Del\\_Ministerio\\_Publico](https://www.academia.edu/8515881/Los_Procesos_Colectivos_En_Argentina._Rol_Del_Ministerio_Publico). Buenos Aires, 2014.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *"Dereito Processual Coletivo"* Capítulo. 1º In *Teoría Do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*, edited by Editora Ius PODIVM, 27 - 35. Salvador - Brasil, 2007.

RECASENS SICHES, Luis. *"Las funciones del Derecho"* Capítulo. 8 en *Introducción Al Estudio Del Derecho*. México, 1997.

———. *"Las funciones del derecho en la vida social"* Capítulo. 8 en *Tratado General De Filosofía Del Derecho*. México, 2008.

ROJAS SUAREZ, Jimmy. *"Comentarios a la ponencia de los doctores Ruth Stella Correa Palacio y Martín Bermúdez Muñoz sobre acciones de grupo"* En *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, edited by Universidad Libre de Colombia, 293-304. Bogotá Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2006.

SANABRIA SANTOS, Henry. *"La prueba de la representación del accionante en relación con el grupo como requisito para la admisión de la demanda en la acción de grupo"* En *XXVII Congreso Colombiano De Derecho Procesal*, edited by Universidad libre de Colombia, 277 - 91. Bogotá (Colombia): Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP, 2006.

SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo. *"El procedimiento civil en los Estados Unidos de América"*. En *Derecho Privado, Memoria Del Congreso Internacional De Culturas Y Sistemas Jurídicos Comparados*, edited by Jorge Adame Goddard (Coord.), 473 - 78. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

VERBIC, Francisco, *"Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el código civil y comercial para la República Argentina"*. En *Unificación De Los Códigos Civil Y Comercial De La Nación. Aspectos Relevantes. Análisis Doctrinario*, edited by Ed. ERREPAR, 339 y ss. Buenos Aires, 2015.

———. *"El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos"*. En *Los Principios Procesales - Roberto O Berizonce (Coord.)*, edited by Librería Editora Platense. Argentina, 2011

VERBIC, Francisco, y SUCUNZA, Matías A. *"Medidas cautelares en procesos colectivos: Ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias"*. *Códigos Procesales En Lo Civil Y Comercial De La Provincia D Buenos Aires Y La Nación. Comentados Y Anotados*. Edited by Augusto M. – SOSA MORELLO, Gualberto L. – BERIZONCE, Roberto O. Cuarta Edición ed. 2016.

VÉSCOVI, Enrique. *"Los principios procesales"* Capítulo 3 En Teoría General del Proceso. Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1984.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. *Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones*, En: Metodologías: Enseñanza e investigación jurídica, 40 años de vida académica Homenaje a Jorge Wtiker, Wendy A. Godínez Méndez & José Heriberto García Peña, Coords, Universidad nacional autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, Posgrado derecho, Tecnológico de Monterrey, 2015

WASSERMAN, Rhonda. *"The history of due process"*, Chap. I In Procedural Due Process: A Reference Guide to the United States Constitution, edited by Jack Stark, 1 - 15. United States of America: Praeger, 2004.

## **PUBLICACIONES PERIÓDICAS**

AITKEN, Robert, y AITKEN, Marilyn. *"Magna Carta"*. Litigation 35, no. 3 (2008 - 2009): 59-62.

ARAÚJO, Ana Carolina Amâncio de. *"Princípios processuais da tutela coletiva"* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3181, 17 mar. 2012. Disponible em: <<https://jus.com.br/artigos/21297>>.

ARIAS, Mike y LYNN GROMMBACHER, Kiley. *Class actions: Getting you class certified. The first of a two-part primer on class actions*, Advocate Magazine, Journal of Consumer Attorneys Associations for Southern California, February, 2010.

ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan. *"Sobre reglas y principios"*. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991, 101- 20.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *"Dimensiones sociales del proceso civil"*. Revista Colombiana de Derecho Procesal, 1987, 111 - 20.

- BARREIROS, Lorena Miranda Santo. *"A cláusula geral do devido processo legal e seus principais aspectos"*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), Dezembro - 2009.
- BIANCO, A. William, y STEVENSON, Wells Shannon. *"Rule 23: Class Actions."* Civil Procedure Forms, David, Graham & Stubbs LLP, (May 2006). Disponible en: [http://www.dgslaw.com/images/materials/Rule23\\_ClassActions.pdf](http://www.dgslaw.com/images/materials/Rule23_ClassActions.pdf)
- BONE, G. Robert. *"The puzzling idea of adjudicativa representation: lessons for aggregate litigation and class actions"* George. Washington. Law Review, Volume 79, no. 2, 2011, 577-627.
- BRUNO DA SILVA, Alexandre Antonio, y MÓDENA, Ana Isabel. *"Novos Direitos: A tutela coletiva dos direitos individuais"*. Fortaleza - Brasil: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Junho de 2010.
- BURCH, Elizabeth Chamblee. *"Procedural adequacy response"*. Texas Law Review See Also, Volume 88, 2009, 55-64.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *"El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso"*. Proceso & Justicia, Revista del Equipo de Derecho Procesal del Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2000, 67-81.
- CAMBI, Eduardo. *"Ação Civil Pública - 20 Anos - novos desafios"*, Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ABDPC. S/N Disponible en: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/eduardo%20cambi%20-%20formatado.pdf>
- CAPPELETTI, Mauro. *"Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil"*. Revista do Processo, 128-59, 1977.
- . *"La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil."* Revista de la Facultad de Derecho, enero -junio 1977.

- CARNOTA F, Walter. *"Las acciones de clase: de los Estados Unidos a la Argentina."* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2012.
- CARUCCI, Anthony J. *"Functional approach to adequacy of representation, a note"*. Journal of Legislation, Volume 40, 2013, 164-90.
- CARDONA JIMÉNEZ, Jorge Eliécer. *"Modelo hermenéutico del debido proceso en Colombia"*. Estudios de Derecho - Estud. Derecho-, junio 2012, 217-44.
- CHEMERINSKY, Erwin. *"Sustantive due process"*. Touro Law Review, Volume 15, 1999: 1501 - 34.
- CONCENTINO, Luciana de castro. *"Coisa julgada nas ações coletivas"* Meritum, 2009.
- COOPER ALEXANDER, Janet. *"An introduction to class action procedure in the United States"*. In Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective. Geneva, Switzerland, 06/21/ 2000.
- COOPER, H Edward. *"Symposium: The Institute of Judicial Administration research conference on Class Actions: class actions and the rulemaking process: Rule 23: challenges to the rulemaking process"*. New York University Law Review, Volume 13, 1996.
- COSTA, Wellington Soares da. *"O devido processo legal"*. En: *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, Nº. 92, setembro 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10358](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358).
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. *"El debido proceso"*. *Vniversitas*, Julio - Diciembre 2005, 491 - 510.
- CURRY, H. Gregg. *"Conflicts of interest problems for lawyers representing a class in a class action lawsuit"*. Journal of the Legal Profession Num. 24 (1999/2000).
- DE AZEVEDO, Júlio Camargo. *"O microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita á luz das tendências codificadoras"*. Revista ESMP, 111-30, 2012.

- DE LOS SANTOS, Mabel. "*Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*". Revista Internauta de Práctica Jurídica, Agosto - Diciembre 2006.
- DEEMS, Nyal D. "*Cy press solution to the damage distribution problems of mass class actions, the notes*". *Georgia Law Review*, Volume. 9, 1974.
- DEGNAN, E. Ronan. "*Supreme Court of California 1960-1971 Foreword: adequacy of representation in class actions*". *California Law Review* Volume 60, no. 3 (1972): 705-19.
- DEWITT, Robert. "*Class actions - adequacy of representation - applicability to suits involving equal protection of the laws recent decisions*". University of Kansas. *City Law Review*. Volume 21, 1952: 215-17.
- DICKERSON, Thomas .A. "*Class actions: the law of 50 states*". New York, New York 10016: Law Journal Seminars Press, 2016.
- DICTÁMENES. *Revista del Ministerio Público Fiscal de Salta*, Noviembre- 2010, 14-18.
- DIDIER JR., Fredie. "*Cláusulas generales processuais*". *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010.
- . "*Conceito do processo jurisdiccional coletivo*", *Processos Coletivos*, Volume 5, 2014.
- . "*Situaciones jurídicas colectivas pasivas*", *Revista Jurídica del Perú*, Agosto 2009, 263- 70.
- DIEZ SCHWERTER, José Luis. "*La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días*". *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- EBERLE, J, Edward. "*Procedural due process: the original understanding*". *Constitutional Commentary*, Volume 4, 1987: 339 - 62.
- ESPINOSA, Alberto Wray. "*El debido proceso en la Constitución*". *Iuris Dictio*, 2000.

- FLÓREZ GACHARNA, Jorge. *"Homenaje 50 años U.P.B. Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en Colombia"*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1986, 12 – 24.
- FREIRES, Samuel Rodrigues. *"A coisa julgada nas ações coletivas"*. En: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, noviembre 2013. Disponible en: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13857](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13857)>. Acesso em ago 2017.
- GALDÓS, Jorge Mario. *"La causa "Halabi" de la Corte Suprema"*. Revista Jurídica del Centro, 2011.
- GARCÍA CANALES, Mariano. *"Principios generales y principios constitucionales"*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Madrid 1, no. 64 (abril/junio 1989): 131-62.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *"El Debido Proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana"*. Editorial Porrúa, México, 2012.
- GIDI, Antonio. *Código de Proceso Civil Colectivo. Un Modelo Para Países de Derecho Civil (The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries)*. Revista Práctica de Derecho de Daños, Vol. 11, p. 56, 2003. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952455>.
- GONÇALVES, Vinicius José Corrêa. *"A inexistência de coisa julgada secundum eventum litis nas ações coletivas: em busca se uma unidade terminológica científica adequada"*. Revista Argumenta, 2005, 266-82.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *"El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional"*. Cuestiones Constitucionales, 2002, 53-86.
- . *"Tutela procesal de los intereses difusos"*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1992.

- GRIFFIN, Gordon N. *"Reinventing adequacy: the need for standardized regulation current developments 2009-2010"*. Georgetown Journal of Legal Ethics, Volume 23, 2010: 603-18.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *"Ações coletivas ibero-américa: novas questões sobre a legitimação a coisa julgada"*, Revista Forense, 2002, 3-12.
- GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. *"La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas, comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica"*. Revista de Derecho Privado, 2005, 35-56.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. *"El debido proceso como derecho humano"*. En Estudios Jurídicos En Homenaje a Martha Morineau, edited by Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- HARKINS, John G. Jr. *"Federal rule 23-the early years symposium: Rule 23: class actions at the crossroads"*. Arizona Law Review. Volume 39 ,1997: 705-10.
- HENSLER, Deborah R. *"Of groups, class actions, and social change: reflections on from medieval group litigation to the modern class action"*. University of California Los Angeles Law Review Discourse, Volume 61, 2013: 126-35.
- HOYOS, Arturo. *"El debido proceso en las américas"*. Saint Louis University Law Journal Volume 40, 1996.
- JUNYENT BAS, Francisco, y CONSTANZA GARZINO M. *"Apostillas en torno a los procesos colectivos, a propósito de las condiciones del ejercicio de la acción colectiva, collective processes conditions governing the class action."* Revista de la Facultad, 2012, 67-95.
- KALAFATICH, Caren, y VERBIC Francisco. *"La notificación adecuada en los procesos colectivos"*. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Noviembre 2015, 1390-95.

KAMP, Allen R. *"The history behind Hansberry v. Lee"*. University of California. Davis Law Review, Volume 20, 1987, 481-99.

KANE, R. Sandra. *"Representation of class actions: Is personal interest replacing personal stake?"*. Arizona State Law Journal, 1981, 1007-27.

KANE, Mary Kay. *Of carrots and sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer*, Nº 66, Texas Law Review, Volume 385, 1987.

KLONOFF, Robert H. *"Judiciary's flawed application of rule 23's adequacy of representation requirement, the multi-jurisdictional and cross-border class actions symposium issue"*. Michigan State Law Review, 2004, 671-702.

KRUGER THAMAY, Rennan Faria. *"Os princípios de processo coletivo"*. Revista Bonijuris, Volumen 1, 2013. <https://rennankrugerthamay.jusbrasil.com.br/artigos/121943456/os-principios-do-processo-coletivo>.

\_\_\_\_\_ *"O processo coletivo na teoria geral do processo civil: legitimidade e coisa julgada"*. Revista de Direito 2013, 161 - 215.

LARKIN, D. Jocelyn. *"Pick Me, Pick Me: getting appointed as class counsel"*. Class Actions and derivate suits committee, CADS Report, American Bar Association, Spring – Summer, 2009. [https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/practice\\_areas/class-actions-class-counsel.html](https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/practice_areas/class-actions-class-counsel.html).

LEAL, Luciana de Oliveira. *"A coisa julgada nas ações coletivas"*. Texto disponibilizado no Banco de Conhecimento em 16 de julho de 2008, Tribunal de Justiça, Ríó de Janeiro: Disponível en: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=cce8be67-3e36-49f5-912b-219abbae66ea&groupId=101369](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=cce8be67-3e36-49f5-912b-219abbae66ea&groupId=101369).

LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos. *"La acción de grupo en Colombia como mecanismo de protección y reparación de derechos colectivos. Class action in Colombia as a mechanism for the protection and reparation of collective rights"*, Revista Internacional Consinter de Direito, nº IV, Volumen 1º, Editoria Jurúa, Lisboa – Portugal, semestre de 2017.

- GASTALDI, Suzana. *Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: conceito e diferenciação*. En: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14164](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14164)>. Acesso em dez 2017
- GIANNINI Leandro. *"Legitimación y representatividad adecuada en los procesos colectivos - Una experiencia local (Salta) el rol del Ministerio Público en el control de la representatividad adecuada"*. *Temas Judiciales*, Agosto de 2010.3-16. Disponible en: [https://www.academia.edu/4982452/Legitimación\\_y\\_representatividad\\_adecuada\\_en\\_lo\\_s\\_procesos\\_colectivos.\\_Una\\_experiencia\\_local\\_Salta\\_el\\_rol\\_del\\_Ministerio\\_Público\\_en\\_el\\_control\\_de\\_representatividad\\_adecuada](https://www.academia.edu/4982452/Legitimación_y_representatividad_adecuada_en_lo_s_procesos_colectivos._Una_experiencia_local_Salta_el_rol_del_Ministerio_Público_en_el_control_de_representatividad_adecuada).
- . *"Los procesos colectivos en la Ley General de Ambiente. Propuestas de reforma"* Ano 14, 19 de Marzo de 2014. Disponible en: <http://www.tex.pro.br/artigos/261-artigos-mar-2014/6435-los-procesos-colectivos-en-la-ley-general-ambiental-propuestas-de-reforma>.
- . *"Transacción y mediación en los procesos colectivos"*. *Revista de Processo*, 2011.
- MALHEIROS CERQUEIRA, Marcelo. *"O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis"* *Revista Processos Coletivos*, Porto Alegre, Volumen 1, Nº 1, 2009. Disponible en: <http://www.processoscoletivos.com.br/~pcoletiv/index.php/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/75-o-controle-judicial-da-atuacao-adequada-no-processo-coletivo-e-a-desnecessaria-extensao-da-coisa-julgada-secundum-eventum-litis>
- MARCIN, B. Raymond. *"Searching for the origin of the class action"*. *Catholic University Law Review*, Volume 23, no. 3 Spring 1974: 515 - 24.
- MARCUS, David. *"Making adequacy more adequate response"*. *Texas Law Review*. See Also, Volume 88, 2009: 137-48.
- MATOS OLIVEIRA, Marcelo Henrique. *"Ações coletivas no direito brasileiro"*. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, 2012, 281-91.

- MCDONALD, R. Michael, y SANTOMAURO, V. Damian. *"Cutting the string pulling the puppet class representative"*. For the Defense, Commercial Litigation, Gibbons P.C, *New Jersey*, July 2013. Disponible en: <http://www.gibbonslaw.com/Files/Publication/5189bed5-6e04-4dba-a89fe51ed5e60da7/Presentation/PublicationAttachment/937d9f2c-8bf3-413f-82cb-ebc51cd0d790/DRI%20-%20McDonald%20Santomauro.pdf>.
- MCILWAIN. H, Charles. *"Due process of law in Magna Carta"*. *Columbia Law Review*, Volume 14, 1914: 29-51.
- MERRIAM. H, Dwight AICP, y SITKOWSKI, Robert AIA. J. *"Procedural due process in practice"*, *PLANNING COMMISSIONERS JOURNAL*, no. 31 Summer – 1998, 5-9.
- MILLER, P. Geoffrey. *"Conflicts of interest in class action litigation: An inquiry into the appropriate standard"*. *University Of Chicago Legal Forum*, no. 1, 2003,
- MOORE, Nancy J. *Who will regulate Class Action Lawyers?*, N° 4 *Loyola University Chicago Law Journal*, Volume 577, 2012.
- MORALES MOLINA, Hernando. *"El derecho procesal y el proceso"*. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1987.
- MORENO, M. Andrés. *"La legitimación procesal para las acciones de clase - ¿Quién tiene la llave?"*. Artículo no público. Disponible en: [https://www.academia.edu/6806209/LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA LAS ACCIONES DE CLASE](https://www.academia.edu/6806209/LEGITIMACIÓN_PROCESAL_PARA_LAS_ACCIONES_DE_CLASE)
- NETO, Francisco Das Chagas de Vasconcelos. *"A legitimação para agir nas ações coletivas e os novos desafios a serem superados"*. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, volumen 2, n° 4, 01 outubro. 2011.
- LIMA, María Rosynete de Oliveira. *"Devido processo legal"*. *Revista CEJ - Conselho da Justiça Federal*, Agosto 1998.

ORTH, John. *"The Rule of Law"*. Green Bag. Volume. 19, 2016.

OVALLE FAVELA, José. *"Legitimación en las acciones colectivas, standing in collective actions"*. En Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 1057-92. México: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, Instituto de Investigaciones Jurídicas., 2013.

———. *"Los alegatos como formalidad esencial del procedimiento"*. Cuestiones Constitucionales, enero - junio 2003.

PARELLADA, Ricardo. *"Filosofía y derechos humanos"*. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, 2010, 799 - 807.

PARGLENDER, Mariana, y Bruno Meyerhof Salama. *"Direito e consequência no Brasil: Em busca de um discurso sobre o método"*. Revista de Direito Administrativo, 2013, 95-144.

PASCUARELLI, Jorge. *"Conflicto: la razón de ser del proceso"* Capítulo. 20 En La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso - El mundo procesal rinde homenaje al maestro Adolfo Alvarado Velloso, edited by Editorial San Marcos. Lima (Perú), 2009.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *"Discurso sobre la dignidad del hombre, (Trad) Adolfo Ruiz Díaz, 2004."* Revista Digital Universitaria, 1 de Noviembre, Universidad Nacional Autónoma de México. 2010.

PRAKASH, P. Anna. *"Class-Representative adequacy: preparing for and responding to attacks on plaintiffs."* Volume 24, nº 2, American Bar Association, Section of Litigation, 3 jun, 2014.

PÉREZ RESTREPO, Bernardita. *"Principio constitucional del debido proceso en la administración de justicia y su integración con el bloque de constitucionalidad"*. Revista Pensamiento Americano, enero - junio 2011, 85-89.

RAMACCIOTTI, Edda Lucchesi de, y SLOER DE GODFRID, Fanny. *"Las brujas de Salem, un hecho histórico y dos textos literarios"*. Invenio, junio 1999, 31 - 37.

ROBLEDO, Miguel. *"Los procesos colectivos en Argentina"*. Revista Jurídica, 2014, 29-46.

ROSSI, F. Abelardo. *"Conocimiento especulativo y conocimiento práctico"* en Actas Del Primer Congreso Nacional De Filosofía, 1195 - 204. Mendoza, Argentina, 1949.

ROWE, Thomas D. Jr. *"Distant Mirror: The Bill of Peace in early american mass torts and its implications for modern class actions"*. Arizona Law Review Volume, 39, 1997: 711-18.

RUSCHEL DA CUNHA, Ana Paula. *"A capacidade financeira na representaçaco adequada no projeto de Antonio Gidi"*. Academia Brasileira de Dereito Processual Civil, ABDPC, 2012. Disponible en: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ana%20Paula%20R.%20da%20Cunha%20.%20Artigo%20final%2012.05.pdf>

SAFI K, Leandro, GIANNINI L. Leandro, y VERBIC, Francisco. *"Procesos colectivos y acciones de clase (a propósito del fallo de la CSJN en el caso "Halabi")"*. Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Junio de 2009.

SPÍNOLA GOMES, Tércio. *A notificação adequada no processo civil coletivo brasileiro como instrumento de garantia do acesso à Justiça*, **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3553, 24 mar.o 2013. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/23973>>

DA SILVA, Fabio Augustinho. *"O processo de Jesús de Nazaré e o devido processo legal"*. Artículo no publicado: Disponible en: [https://www.academia.edu/8122367/O\\_PROCESSO\\_DE\\_JESUS\\_DE\\_NAZAR%C3%89\\_E\\_O\\_DEVIDO\\_PROCESSO\\_LEGAL](https://www.academia.edu/8122367/O_PROCESSO_DE_JESUS_DE_NAZAR%C3%89_E_O_DEVIDO_PROCESSO_LEGAL).

SILVA PINTO, Esdras. *"Processo coletivo: princípios específicos, espécies de direito coletivo e características principais"*. Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 11 dezembro. 2015. Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54910>>

- SMITH, Ronald Ryan. *"Procedural due process: the distinctions between america and abroad"*. *Williamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, no. 199, 2014.
- SOUZA, Nathália Mariel Ferreira. *"Algumas considerações acerca do controle judicial sobre a legitimidade nas ações coletivas"*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8105](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8105)>. Acesso em ago 2017.
- SPENCE, T.Susan. *"Looking back... in a collective way, a short story of class action law"*. Volume 11, nº 6, American Bar Association, July – August, 2002.
- SUCUNZA, Matías A. *"El derecho constitucional - convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad"*. *Revista de Derecho Público*, 2016 - I, 105 - 63.
- TARAZONA NAVAS, Julio Alberto. *"La indebida representación de las partes en tratándose de apoderados"*. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1986, 35 - 42.
- TATE. C, Joshua. *"The past, presente, future of rule of law, Magna Carta and the fundamental right to due process"*. *Frontiers of Law in China*, volume 11, no. 2, 2016, 236 - 42.
- TIDMARSH, Jay. *"Adequacy and the attorney general, (Reviewing Margaret H. Lemos, Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General, 126 Harv. L. Rev. 486 (2012) and Deborah R. Hensler, Goldilocks and the Class Action, 126 Harv. L. Rev. F. 56 (2012)."* In *JOTWELL*, May 1, 2013.
- . *"Rethinking adequacy of representation"*, *Texas Law Review*, Volume 87 2008, 1137-204.
- TOLOMEI, Fernando Soares, y SOUZA, Gelson Amaro de. *"Apontamentos sobre ações coletivas no direito brasileiro"*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8105](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8105)>.

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9861](http://juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9861)>. Acceso em ago 2017.

VERBIC, Francisco. *"Adequacy of representation in Argentina: federal supreme court's case law, bills pending before Congress and the preliminary draft of a new civil code"*. Civil Procedure Review, Diciembre, 2012.

———. *"Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de los derechos en la república Argentina"*. Revista do Processo, Febrero 2013.

———. *"Anteproyecto sobre acciones colectivas elaborado por la AADP (\*Corr)"*. La plata, Buenos Aires, Argentina: Publicado el 10 de Abril del 2013. Disponible en: <https://classactionsargentina.com/2013/04/10/anteproyecto-sobre-acciones-colectivas-elaborado-por-la-aadp-corr/>

———. *"Class Actions in Argentina: standing to sue and adequacy of representation"*. Russian Law Journal Volume 2, N°3, 2014.

———. *"La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo"*, International law Journal of Procedural Law, Volume 5, 2015, No. 1.

———. *"La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas"*. Revista de Derecho Comercial Abeledo Perrot, 2008.

———. *"Legitimación colectiva de asociaciones de defensa del consumidor: La CJJN Ratifica "Padec Vs Swiss Medical"(\*Fed)."* En Legitimación Activa de Asociaciones de Defensa del Consumidor: Publicado el 16 de marzo de 2014. Disponible en: <https://classactionsargentina.com/2014/03/16/legitimacion-colectiva-de-asociaciones-de-defensa-del-consumidor-la-csjn-ratifica-padec-c-swiss-medical/>

———. *"Los procesos colectivos en la república Argentina"*. Revista Voces en el Fénix, Noviembre 2013, 84-91.

- . "*Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*". La Ley del 22/12/09, 2009.
- . "*Prueba científica en los procesos colectivos - importancia de la publicidad y el contradictorio durante su producción. Algunas ideas para dotar al juez de mayores elementos de juicio a la hora de su valoración*". Revista de Derecho Procesal., 2012, 375-87.
- VERBIC, Francisco, y OTEIZA Eduardo. "*La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*." Revista do Processo, Mayo de 2010.
- WOOLLEY, Patrick. "*Jurisdictional nature of adequate representation in class litigation, the aggregate litigation: critical perspectives: issues in the certification of class actions*". George Washington Law Review, Volume 79, 2010: 410-27.
- YEAZELL, Stephen C. "*Group litigation and social context: toward a history of the class action*". Columbia Law Review, Volume 77, 1977, 866-96.
- . "*From group litigation to class action - Part II: interest, class, and representation*". University of California Los Angeles Law Review, Volume 27, 1979, 1067-121.
- ZAMORA CALVO, José M. "*Sophía y Phrónesis en Aristóteles: Ética a Nicómaco Vi, 7, 1141 a 8-1141 B 22*." Taula quaderns de pensament, 2001, 37-51.
- ZANETI JR., Hermes. "*De la Ley a la Constitución*". Revista Jurídica del Perú, 2011, 65- 83.
- . "*Dereitos Coletivos Lato Sensu: A definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos*", Academia Brasileira de Direito Processual Civil, ABDPC, 2005, pp. 11 – 12.

## **TESIS DE GRADO**

CLITO FORNACIARI, Flávia Hellmeister. "*Representatividade adequada nos processos coletivos*". Universidade Sao Paulo, Faculdade de Direito, Tesis de Doctorado, 2010.

ROCHA, Kátia Sérvulo de Lima. "*Ação Civil Pública: origens, evolução histórica e prospectivas*". Universidade de Brasília, Faculdade de Derecho, Tesis de Maestría, 2013.

SILVA NOYA, Felipe. "*Representatividade e atuação adequada nas ações coletivas*". Universidade Federal da Bahía, Faculdade de Direito, Tesis de Maestría en Derecho Público, 2012.

VERRI, Marina Mezzavilla. "*Legitimidade da Defensoria Pública na Ação Civil Pública: limites*". Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Faculdade de derecho, Tesis de Maestría, 2008.

## **ARTÍCULOS PERIÓDICO**

ACTUAL, SUR. "*Corte de apelaciones de Valdivia agiliza tramitación judicial mediante notificación por redes sociales*". Dirección de notificaciones poder judicial, 14 de Diciembre de 2016.

TOVAR MARTÍNEZ, Edmer. "*Cierran 200 ligas de consumidores*". Diario El Tiempo, 25 de julio de 1994.

EL TIEMPO, redacción. "*Consumidores están indefensos*". Diario El Tiempo, 29 de Mayo de 1998.

## **OTROS DOCUMENTOS**

Procesal, Instituto Colombiano de Derecho. *"Presentación del Código General del Proceso"*. Agosto de 2012, 1-10.

———. *"Proyecto de Código General del Proceso - Exposición de motivos"*. 1-5.

Pueblo, Defensoría del. *"Manual de procesos y procedimientos. Procedimiento para el pago de las acciones de grupo"*. Bogotá - Colombia, 1-5.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Acciones De Clase*. N° 5996-D-2010.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Acciones De Clase: Régimen*. N° 2748-D-2012.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Acción De Clase*. N° 6158-D-2015.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Proyecto De Ley De Acción De Clase*. N° 4033-D-2011.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Proyecto De Ley De Acción De Clase*. N° 0538-D-2013.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Régimen Legal Para La Acción De Clase*. N° 4527-D-2015.

Senado de la Nación Argentina. *Régimen Legal Para Las Acciones De Clase*. N° S - 1045/11.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. N° 1045-D-2014.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. N° 0585-D-2016.

Senado de la Nación Argentina. N° S-3396/10.

Senado de la Nación Argentina. N° S-204/11.

Nación, Corte Suprema de Justicia de la. "Acordada N° 32 Del 2014." Expediente N° 5673 de 2014.

Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho. "*Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*". Aprobado en Caracas, Venezuela, Octubre de 2004.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Procesal. *Proyecto de Procesos Colectivos*, Lex Sed Lex, Buenos Aires – Argentina, 2014.

Derechos de petición

## **JURISPRUDENCIA**

### **Jurisprudencia extranjera**

#### **Norteamericana**

West v. Randall, 29 Fed. Cas. 718, 721 (No. 17,424) (1820).

Smith v. Swromstedt, 57 U.S. 16 HOW. 288 (1853).

Supreme Tribe of ben-hur v. Cauble, 255 U.S. 356 (1921).

Jackman v. Rosenbaum Co, 260 U.S. 22,31 (1922)

Burke v. Kleiman, 355 ILL. 390, 189 N.E. 372.(1934)

Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32 (1940).

Eisen v. Carlisle & Jacquelin ,417 U.S. 156 (1974).

Wetzel v. Liberty Mutual Insurance CO., [508 F.2D 239, 247 \(3RD CIR.\)](#)(1976)

Weisman v. Darneille.78 F.R.F. 669 (SDNY 1978).

General Telephone Company of the Southwest v. Falcon, 457 U.S. 147 (1982).

Barbara J. Key v. Gillette Company, 782 F.2D 5 (1ST CIR. 1986).

Kirkpatrick v.J.C. Bradford CO•827 F.2D 718, 727 (11TH CIR. 1987).

Hassine v. Jeffes, 846 F.2D 169 (3RD CIR. 1988).

Waters v. Barry, 711 F. SUPP. 1121 (D.D.C. 1989).

Baby Neal v. Casey, 821 F. Supp. 320 (E.D. Pa. 1993)

Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum CO, 67 F.3D 1072 (2D CIR. 1995).

Amchem Products, Inc. v. Windsor. 521 U.S. 591 (1997).  
Marisol A. By Forbes v. Giuliani, (1997) 126 F. 3d 372 - Court of Appeals, 2nd Circuit  
Ortiz v. Fibreboard corp. 527 U.S. 815 (1999).  
Stewart, v. Abraham, appellants, 275 F.3D 220 (2001).  
Berger v. Compaq Computer Corp. 257 F.3d 475 (2001)  
Culver v. City of Milwaukee, 277 F.3D 908, 910 (7TH CIR. 2002).  
Murray v. Gmac Mortg. Corp., 434 F. 3D 948 – (COURT OF APPEALS, 7TH CIRCUIT 2006).  
Taylor v. Sturgell, 553 U.S. 880 (2008).  
Parra v. Bashas. Inc. (2008), 536 F. 3d 975 –Court of Appeals, 9th Circuit 2008  
Rattray v. Woodbury County, IA, 614 F. 3D 831 – (COURT OF APPEALS, 8TH CIRCUIT 2010).  
Wal-mart Stores, inc. Petitioner,v. Dukes ,131 S.CT. 2541 (2011).

### **Brasileña**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial, (695.396 Rs 2004/0146850-1), Relator:  
Ministro Arnaldo Esteves Lima.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. Recurso Especial (1085218 / RS n. 2008/0187271-3) Relator:  
Ministro, LUIZ FUX.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERITÓRIOS, Primeira Turma Cível, No. 2006  
01 1 035946-5, Apelação Cível, Relator: Desembargador Flavio Rostirola.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RÍO GRANDE DO SUL, Apelação cível. Nº 70056964463  
(nº cnj: 0421073-02.2013.8.21.7000), Desembargador. Paulo Roberto Lessa Franz.

### **Argentina**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Halabi, Ernesto C/ P.E.N - Ley 25.873 - Dto.  
1563/04 S/ Amparo Ley 16.986, 24 de Febrero de 2009.

\_\_\_\_\_.Padec C/ Swiss Medical S.A. Si Nulidad de cláusulas contractuales", 21 de Agosto de 2013.

\_\_\_\_\_.Unión de Usuarios y Consumidores C/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - Ley 24.240 y otro S/ Ampo Proc. Sumarísimo (Art. 321, Inc. 2º, C.P.C.Y C.), 6 de Marzo de 2014.

\_\_\_\_\_.Consumidores Financieros Asociación Civil P/ Su Defensa C/ la Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. S/ Ordinario •, 24 de junio de 2014.

\_\_\_\_\_.Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa C/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. Si Ordinario", 24 de junio de 2014.

\_\_\_\_\_.Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus, 9 de Febrero de 2004.

\_\_\_\_\_.Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/ Estado Nacional y otros S/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del río matanza - Riachuelo), 8 de julio de 2008.

\_\_\_\_\_.Ekmekdjian Miguel A. C. Sofovich, Gerardo y Otro; Recurso de Hecho. 7 de julio de 1992.

\_\_\_\_\_.Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos C/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados S /Amparo., 10 de febrero de 2015.

\_\_\_\_\_.Kattan, Alberto E y otro C. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo, 10 de mayo de 1983.

\_\_\_\_\_.Recurso de Hecho Municipalidad de Berazategui C/ Cablevisión S.A.S/ Amparo, 23 de Septiembre del 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SALTA. Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. Tadelva S.R.L. y otros Amparo”, Expediente. N° 261.463/ 2.009, 18 de Noviembre de 2009.

\_\_\_\_\_.Santiago Eduardo Pedroza vs. Autoridad Metropolitana de Transporte; Sociedad Anónima de Transporte Automotor (Salta) - Amparo”, Expte. N° 529.088/15”, 24 de Septiembre de 2015.

\_\_\_\_\_. Francisco Pablo Capasso vs. Municipalidad de la Ciudad de Salta y Policía de la Provincia de Salta - Amparo”, Expte. N° Exp 499.494/14, Mayo 2015.

\_\_\_\_\_.Hugo Ricardo Zaindemberg; de San Román, Fernando Santiago; Rivadeo, Graciela y otros vs. Nitratos Austin S.A. – Amparo – Recurso de Apelación” (Expte. N° Cjs 36.889/13), 26 de Febrero de 2015.

### **Jurisprudencia nacional**

#### **Corte Constitucional**

#### **Sentencias de Constitucionalidad**

Sentencia C - 214 del 28 de abril de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-394.

Sentencia C - 031 del 2 de febrero 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, Expediente D-676.

Sentencia C - 475 del 25 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-1630.

Sentencia C-158 del 29 de abril de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente D-1828, D-1833, D-1837 y D-1839.

Sentencia C – 215 del 14 de abril de 1999, M.P. Martha Victoria Sachica, Expedientes D-2176, D- 2184 y D-2196 (acumulados)

Sentencia C – 1062 del 16 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-2770

Sentencia C - 377 del 14 de mayo 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Expediente D-3774.

Sentencia C - 713 del 15 de julio de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Expediente P.3 030.

### **Sentencias de Tutela**

Sentencia T-002 del 8 de mayo de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T- 644.

Sentencia T - 406 del 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, Expediente T-778.

Sentencia T - 445 del 6 de julio 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, Expediente N° 1117.

Sentencia T - 516 del 15 de septiembre de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, Expediente T-2662.

Sentencia T- 158 de abril 26 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente T-9961.

Sentencia T - 237 del 31 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-60179.

Sentencia T - 039 del 5 de febrero de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, Expediente T-75257.

Sentencia T -678 del 12 de diciembre de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara, Expediente T-139.941.

Sentencia T - 083 del 6 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Expediente T-657041.

Sentencia T - 461 del 5 de junio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Expediente T-696038.

Sentencia T - 685 del 8 de agosto de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Expediente T-609374.

### **Sentencias de Unificación**

Sentencia SU- 429 del 19 de agosto de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente T-147.946.

### **Corte Suprema de Justicia**

Sala Plena, Sentencia del 18 de julio de 1991, M.P. Pedro Escobar Trujillo. Rad. No. 2280. Acta No. 29. Sentencia No. 85.

Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Agosto de 1996. M.P. Rafael Romero Sierra.

Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de febrero de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

### **Consejo de Estado.**

### **Autos**

Auto del 1 de junio de 2000, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Radicado: Ag – 001.

Auto del 17 de Agosto de 2000, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez,  
Radicación: AG – 007.

Auto del 10 de julio de 2000, C.P. Delio Gómez Leyva, radicado: AG-002.

Auto del dos de febrero de 2001, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández  
Enríquez, Radicado AG-017.

Auto del 19 de julio de 2002, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,  
Radicado: 25000-23-27-000-2001-0013-02(AG-0013).

Auto del 20 de septiembre del 2002, Sección Quinta, C.P. Roberto López Medina,  
Radicado: 88001-23-31-000-2002-9001-01(AG-055).

Auto del 18 de julio de 2002, Sección Segunda – Subsección A, C.P. Alberto Arango  
Mantilla, Radicado: 73001-23-31-000-1999-2177-01(AG-44).

Auto del 5 de junio del 2003, Sección Quinta, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón,  
Radicado: 25000-23-25-000-2002-0011-02(AG).

Auto del 28 de Agosto de 2003, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, Radicado:  
25000-23-24-000-1999-00528-03.

Auto del 20 de noviembre de 2003, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández  
Enríquez, Radicado: 15001-23-31-000-2003-01618-01(AG).

Auto del 30 de Septiembre de 2004, Sección Tercera, C.P. German Rodríguez  
Villamizar, Radicado: 15001-23-31-000-2003-3662-01(AG).

Auto del 10 de junio de 2004, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo López,  
Radicación: 23001-23-31-000-1999-00116-02(AG).

Auto del 10 de febrero de 2005, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra,  
Radicado: 25000-23-24-000-2001-00016-04(AG) DM.

Auto del 9 de junio de 2005, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández  
Enríquez, , Radicación 76001-23-31-000-2004-04584-01(AG) DM.

Auto del 15 de Marzo de 2006, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa, con Radicado  
No. 25000-23-26-000-2004-02556-01(AG).

Auto del 12 de octubre de 2006, Sección Tercera, C.P. Ramiro Saavedra Becerra,  
Radicación 25000-23-25-000-2004-00475-01(AG).

Auto del 26 de Marzo de 2007, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio,  
radicado No. 25000-23-25-000-2005-01799-01(AG).

Auto del 30 de enero de 2008, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio,  
Radicado: 17001-23-31-000-2004-01319-01(AG).

Auto del 26 de marzo de 2009, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar,  
Radicado: 68001-23-15-000-2001-01531-02(AG).

Auto del 19 de mayo de 2011, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Radicado:  
11001-03-15-000-2010-00560-00(AG)

Auto del 27 de octubre de 2011, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio,  
Radicado: 25000-23-27-000-2004-01163-02(AG).

Auto del 31 de enero de 2013, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Radicado:  
63001-23-33-000-2012-00034-01(AG)

Auto del 10 de abril de 2014, Sección Quinta, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez  
Bermúdez, Radicado: 17001-33-31-002-2009-00103-01(AG) REV.

Auto del 16 de marzo de 2015, Sección Tercera, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz (E),  
Radicado: 08001-23-33-000-2014-01091-01(AG) A.

Auto del 26 de junio de 2015, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo,  
Radicado: 25000-23-41-000-2014-01569-01(AG) A.

### **Sentencias.**

Sentencia del 2 de noviembre de 2000, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla.  
Radicado: AG – 011.

Sentencia del 15 de junio de 2000, Sección Tercera, C.P. German Rodríguez  
Villamizar, Radicado: AG – 003.

Sentencia del 17 de mayo de 2001, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque,  
Radicado: 850001-23-31-000-2000-0013-01(AG-010).

Sentencia del 23 de febrero de 2001, Sección Quinta, C.P. Roberto Median López,  
Radicado AG – 013.

Sentencia del 18 de octubre de 2001, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque,  
Radicado: 25000-23-27-000-2000-0023-01(AG-021).

Sentencia del 25 de octubre de 2001, Sección Segunda – Subsección A, C.P. Nicolás  
Pájaro Peñaranda, Radicado AG-012.

Sentencia del 12 de diciembre de 2002, Sección Quinta, C.P. Mario Alario López,  
radicado: 52001-23-31-000-1999-1062-01(AG-017).

Sentencia del 25 de Abril del 2002, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández  
Enríquez, Radicado: 05001-23-31-000-2000-0030-01(AG-016).

Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque,  
Radicado: 25000-23-25-000-2000-00019-01(AG).

Sentencia del 13 de Mayo de 2004, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque,  
Radicado: 52001-23-31-000-2002-00226-01(AG).

Sentencia del 19 de mayo de 2005, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo,  
Radicado: 15001-23-31-000-2001-01541-03(AG).

Sentencia del 26 de enero de 2006, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa,  
Radicado: 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG) B.

Sentencia del 21 de Febrero de 2007, Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil  
Botero, Radicado: 85001-23-31-000-2006-00654-01(AG).

Sentencia del 18 de octubre de 2007, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero,  
Radicado: 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG)

Sentencia del 2 de octubre de 2008, Sección Tercer, C.P. Myriam Guerrero de Escobar,  
Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG).

Sentencia 19 de junio de 2008, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar,  
Radicado: 25000-23-25-000-2004-01606-01(AG).

Sentencia del 11 de Marzo de 2011, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil  
Botero, Radicado N° 3001-23-31-000-2003-00650-02.

Sentencia del 26 de Noviembre del 2014, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Hernán  
Andrade Rincón (E), Radicado: 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG).

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**

## **Sentencias**

Sentencia del 2013, Sala Penal, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, Radicado 41544.

Sentencia del 27 de enero de 2016, Sala Penal, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 45790.

## **NORMATIVIDAD**

### **Normatividad extranjera**

#### **Brasil**

Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946, 125º da Independência e 58º da República.

Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de out. 1988, Seção I.

Lei nº 1.134 de 14 de Junho de 1950, Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica. Diário Oficial da União. Seção 1. 20/06/1950.

Lei nº 4.215 de 27 de Abril de 1967, Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 10/5/1963.

Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui O Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

Lei nº 7.347, de 24 de Junho de 1985, Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 1985.

Lei nº 10.741, de 1 de Outubro de 2003, Dispõe sobre estatuto de Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1, de 3 de outubro de 2003.

Lei nº. 4.417, de 29 de Junho de 1965, Regula a Ação Popular. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 set. 1965.

Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990, Dispoe sobre estatuto da Criança e do Adolscente e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, de 16 de julho de 1990.

Lei nº. 12.016 de 7 de Agosto de 2009, Disciplina o Mandado de Segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União de 10 de agosto de 2009

Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990  
Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set.1990.

### **Argentina**

Constitución de la Nación Argentina, dada en la sala de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, en Santa Fe, a los veintidós días del mes de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro. Boletín Oficial del 23 de Agosto de 1994.

Ley nº 6.944 - Texto consolidado con la Ley Nº 8049- Código Procesal Constitucional. Boletín Oficial 24481 del 08/03/1999 Tucumán- Argentina, 1999.

Ley nº 13.928, modificada por la Ley 14.192. Boletín Oficial del 11 de Febrero de 2009, Buenos Aires, Argentina.

Ley nº 24.240, modificada por la Ley 26.361, sancionada el 12 de Marzo de 2008, Ley Nacional de Defensa del Consumidor. Boletín Oficial del 15 de Octubre de 1993.

Ley nº 25.675, promulgada parcialmente el 27 de noviembre de 2002, Ley General del Ambiente. Boletín Oficial del 26 de Noviembre de 2011.

Ley 25.873, modificase la Ley 19.978 en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación

remota por parte del poder judicial o el ministerio público. Boletín Oficial del 9 de Febrero del 2004.

Decreto 1563 de 2004. Boletín Oficial 30523 el 9 de noviembre de 2004.

### **Estados Unidos.**

Federal Rules of Civil Procedure, Cornell University Law School - Legal Information Institute: Center for Computer-Assisted Legal Instruction. Cornell University Law School. eLANGDELL Electronic Publisher. 2014.

United States of America, Congress of the. "Fifth amendment to the United States Constitution." 1789.

———. "Fourteenth amendment to the United States Constitution." 1868.

### **Normatividad nacional**

#### **Constitución**

Constitución Política De Colombia. Bogotá, 5 de Agosto 1886.

Constitución Política De Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991.

#### **Leyes**

Ley 472 del 5 de Agosto de 1998, Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.357 de Agosto 6 de 1998.

Ley 45 de 1990, Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 39.607 de 19 de diciembre de 1990.

Ley 57 de 1887, Código Civil Colombiano. Aprobado a través de la ley 57 del 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.

Ley 153 de 1887, Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, Diarios Oficiales 7.151 y 7.152 del 28 de agosto de 1887.

Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diario Oficial No. 42.692, de 18 de enero de 1996.

Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Diario Oficial 42745 de Marzo 15 de 1996.

Ley 640 de 2001. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001

Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

### **Decretos**

Decreto 653 De 1993, Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores. Diario Oficial No. 40.816, del 1 de abril de 1993.

Decreto 1441 de 1982, Por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las Ligas y Asociaciones de Consumidores y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 36024 de junio 11 de 1982.

Decreto 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial 40165 de 19-11-91.

Decreto 3466 De 1982. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 33.559 de 3 de diciembre de 1982.

Decreto Ley 2663 del 5 de Agosto de 1950, Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950.

## **CIBERGRAFÍA.**

ACADEMIA, Real Española. Diccionario De La Lengua Española.". En: <http://www.rae.es/>.

BRODSKY SMITH. *Rights and Responsibilities of a Class Representative*, Brodsky & Smith LLC, Bala Cynwyd – Pennsylvania (EE.UU)..

BADER, Hans. *Collusive Deals with Class Action Lawyers before the Supreme Court*, Competitive Enterprise Institute, Marzo 14, 2016. Consultada el 26 de Noviembre de 2017. Disponible en: <https://cei.org/blog/collusive-deals-class-action-lawyers-supreme-court>.

CENTER. Federal Judicial. "History of the Federal Judiciary." [http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/jurisdiction\\_equity.html](http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/jurisdiction_equity.html).

LAW SCHOOL, Yale. "Constitution of Maryland." Lillian Goldman Law Library, [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/ma02.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp).

KARLSGODT, Paul. *Warding Off "Professional" Objectors to Class Action Settlements*, ClassActionBlawg.com, March 31, 2011. Consultada el 26 de Noviembre de 2017. Disponible en: <https://classactionblawg.com/2011/03/31/warding-off-professional-objectors-to-class-action-settlements/>

GOLDMAN, Lillian Law Library "Constitution of New Hampshire", [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/nh09.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/nh09.asp).

MASON, George. "Virginia Declaration of Rights." Williamsburg, Colonial, <http://www.history.org/Almanack/life/politics/varights.cfm>.

MASSACHUSETTS, The 190th General Court of the Commonwealth of. "Constitution of Massachusetts." <https://malegislature.gov/Laws/Constitution>.

School, Cornell University Law. "Legal Information Insitute (Lii)." <https://www.law.cornell.edu/wex/equity>.

SHAY, Alison. "Remembering Hansberry v. Lee." This Day in Civil Rights History. Special Collections Library of the University of North Carolina at Chape Hill. Posted on November 12, 2012 at Publishing the Long Civil Rights Movement: <https://lcrm.lib.unc.edu/blog/index.php/tag/hansberry-v-lee/>

SUMMERS, Sarah. "*Federal Practice Manual for Legal Aid Attorneys*" 7.2 Rule 23 Class Certification Requirements. Sargent Shriver National Center on Poverty Law. Retrieved from federal practice manual: <http://federalpracticemanual.org/chapter7/section2>.

United States District Court, Southern District of New York: [http://www.nysd.uscourts.gov/courtrules\\_prose.php](http://www.nysd.uscourts.gov/courtrules_prose.php).

GOGUEN, David. *Anyone Want to Be Lead Plaintiff in a Class Action? - A look at the role of "lead plaintiff" or "class representative" in a class action lawsuit, including how they're appointed and what responsibilities come with the role*, Personal Injury - lawyers. com, 2017. Consultada el 25 de Noviembre de 2017.

LAUZON BÉLANGER LESPÉRANCE. *The role of the representative plaintiff*, LAUZON BÉLANGER LESPÉRANCE ATTORNEYS, 2017. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017).

NEW YORK COMMITTEE ON PROFESSIONAL AND JUDICIAL ETHICS. *Formal Opinion 2004-01 - Lawyers in Class Actions*, New York City Bar, 2004. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017).

SCHROETER GOLMARK BENDER. *Rights and responsibilities of a class representative*, SGB-LAW, 2017. Consultada el 25 de Noviembre de 2017).

STARR, Scott. *What is a class representative/ lead plaintiff?*, Starr Austen & Miller LLP, Attorneys at Law, Longsport – Indiana, (EE.UU), 2017. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017).

SOMMERSSCHWARTZ, SommersSchwartz Law Office. 2014, Julio 6, *Unidertanding Class Action Lawsuits*. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5IIXiZeDd1Q>

SOTOS LLP. 2015, Agosto 10, *Representative Plaintiff*. [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=QxddRFbXvKg>.

ESADES, Vincent. *What role does a class representative play in a class action lawsuit?*, Reel lawyers ,Where America´s lawyers talks law, 2017. (Consultada el 25 de Noviembre de 2017).