

**TRABAJO DE GRADO:
“LA CADUCIDAD EN ACCION DE GRUPO”**

LUIS HERNANDO LLANOS URUEÑA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA PROFESIONALES

LINEA DE INVESTIGACION:

**DERECHO CONSTITUCIONAL, REFORMA A LA JUSTICIA Y BLOQUE
DE CONSTITUCIONALIDAD**

BOGOTÁ D. C.

19 DE JULIO DE 2017

Agradecimientos:

Para quienes hicieron posible la realización y aprobación del presente trabajo:

Profesor tutor, doctor **ERIC LEIVA RAMIREZ** docente, por su orientación y confianza.

Profesores jurados, doctores **ADRIAN ZEBALLOS CUATHIN** y **DIEGO IVAN NIÑO**, docentes-investigadores en Derecho Constitucional, por sus pertinentes observaciones.

Doctor, **DANIEL ALFONSO BARRAGAN RONDEROS**, Coordinador de investigaciones de la Facultad de Derecho, por su comprensión y gestión.

Señorita, **CATALINA AYALA GONZALEZ**, asistente de la Coordinación de Investigaciones, por sus buenos oficios.

Dedicatoria:

*Con cariño a **Luis Hernando**, por sus inquietudes académicas, **Carlos Eduardo y Nicolás**, mis consejeros, y **Alejandra y Natalie**, lo más hermoso de mis amores.*

“Personalmente confío en el espíritu progresista de los jueces colombianos en la tarea de interpretar los textos legales que consagran las acciones populares en nuestro derecho privado y que en ejercicio de su función hermenéutica tendrán en cuenta las nuevas épocas que transcurren y las condiciones actuales que vive la sociedad colombiana”.

Germán Sarmiento Palacio (In memoriam, 1945-1994)

¿Recuerda en Through the Looking-Glass, and What Alice Found There (A través del espejo y lo que Alicia encontró allí), cuando el Rey pregunta a Alicia si puede ver a sus exploradores?

“No, a nadie”, dijo Alicia.

“‘Cómo me gustaría tener esa vista’, remarcó el Rey con tono inquietante”. “¡Poder ver a nadie! ¡Y además a esta distancia! ¡Yo con esta luz ya hago demasiado viendo a alguien!”

Lewis Carroll, 1871, -Citado por C. Pannam-.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
Abstract.....	8
Resumen.....	8
Palabras clave.....	9
Introducción.....	9
CAPÍTULO I	
INSTAURACIÓN DE LAS ACCIONE COLECTIVAS.....14	
(Antecedentes)	
1.1. Contexto.....	14
1.2. Acciones colectivas en el derecho comparado.....	18
1.2.1. Las acciones colectivas en los Estados Unidos.....	22
1.2.2. Las acciones colectivas en Canadá	27
1.2.3. Las acciones colectivas en el Brasil.....	30
1.2.4. Otras experiencias de acciones colectivas.....	34
CAPÍTULO II	
LAS ACCIONES COLECTIVAS EN COLOMBIA.....39	
2.1. Regulación de las acciones de grupo.....	42
2.2. De la procedencia de las acciones de grupo.....	43
2.3. De los derechos e intereses colectivos.....	47

2.4. De la legitimación.....	53
2.5. De la jurisdicción, competencia, y requisitos de la demanda.....	57
2.6. De la integración y exclusión del grupo.....	59
2.7. Diligencia de conciliación y pruebas.....	62
2.8. Sentencia, contenido y efectos.....	63
2.9. Recursos contra la sentencia.....	65
2.10. De la caducidad.....	66

CAPITULO III

LA CADUCIDAD EN ACCIÓN DE GRUPO.....	68
3.1. Términos para interponer la acción según la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.....	69
3.2. Caducidad para interponer la acción y para integrar el grupo.....	74
3.3. El caso concreto.....	75
3.4. Consideraciones sobre la decisión adoptada.....	80
3.5. Inconstitucionalidad parcial del artículo 55 de la ley 472/98.....	92
3.5.1. Consejo de Estado, inaplicación de la caducidad del artículo 55 de la ley 472/98.....	92
3.5.2. Corte Constitucional, Inexequibilidad parcial del artículo 55 de la Ley 472/98	97
3.5.2.1. La demanda.....	98
3.5.2.2. El problema jurídico.....	99
3.5.2.3. Ratio decidendi 1.....	99

3.5.2.4. Obiter dicta.....	99
3.5.2.5. Ratio decidendi 2.....	101
3.5.2.6. Obiter dicta.....	101
3.5.2.7. Ratio decidendi 3.....	102
3.5.2.8. Obiter dicta.....	103
3.5.2.9. Ratio decidendi 4.....	104
3.5.2.10. Obiter dicta.....	104
3.5.2.11. Conclusión de la Corte.....	106
3.9. Conclusiones Generales.....	108
3.10. Referencias Bibliográficas.....	112

ANEXO

Supuestos Teóricos y Metodológicos.....	125
---	-----

La Caducidad en Acción de Grupo

Abstract

In class actions, did the two year statute of limitations apply (Article 47, Law 472/98) for those who sought to become class members before the presentation of evidence as well as for those filing to be beneficiaries? In the class suit Banco de la República (central bank) V.S. Jaramillo, an Administrative Court, gave a narrow construction of preclusion to Art. 55, instead of the double preclusion stipulated in both articles 47 and 55, not permitting filing to become part in the class of an existing class suit after the statute of limitations had expired. This writing seeks to analyze the actions of the courts in the context of a comparative study of class actions in the Colombian legal system and making a critical analysis of the implications that carry the use of individual civil claims into realm of class litigation. Jurisprudence from the High Administrative Court and the Constitutional Court will be examined and a timeline of how the courts established that segments of Article 55 were unconstitutional and inexecutable (contradictory to the legal system) and how the courts ultimately eliminated part of Article 55 from the legal order which restricted becoming part of the class or even becoming a beneficiary by not tolling the statute of limitations.

Resumen

¿En acción de grupo, era procedente decretar la caducidad de dos años (art. 47, Ley 472/98), a quienes solicitaron su inclusión al grupo antes de la apertura a pruebas y para quienes se acogían a los efectos de la sentencia (art. 55, *ibídem*)? En la acción de clase, Jaramillo vs. Banco de la Republica, la jurisdicción contencioso administrativa aplicó una norma de

caducidad única, en vez de la doble caducidad contenida en los art. 47 y 55. En el contexto del examen crítico a las inercias del sistema de derecho civil individual aplicado a las acciones colectivas, se analizan las actuaciones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que por vía de excepción de inconstitucionalidad, la primera, y de inexequibilidad, la segunda, retiraron del ordenamiento legal el aparte del artículo 55 que limitaba la integración del grupo y a los beneficiarios de la sentencia que no se vincularon al proceso.

Palabras clave

Intencionalidad, derechos e intereses colectivos, interés legítimo, acción de grupo o de clase, Regla 23, excepción de inconstitucionalidad e inexequibilidad parcial, caducidad, integración del grupo, procedencia y legitimidad.

Introducción

El presente trabajo trata de la caducidad en acción de grupo establecida en los artículos 47 y 55 de la Ley 472 de 1998, que reglamentó el artículo 88 de la Constitución Política de 1991. En el marco interpretativo de la doble caducidad contenida en la Ley, el problema jurídico objeto del presente trabajo es si: ¿operaba la caducidad de dos (2) años (artículo 47) para interponer la acción de grupo, (María Eugenia Jaramillo Escalante y otros contra el Banco de la República), para los miembros del grupo que de conformidad con el

artículo 55 *ibídem*, solicitaron la integración al grupo y hacerse parte del proceso, antes de la apertura a pruebas, y para quienes se acogieran a los efectos de la sentencia?.

La hipótesis central es que, *con la aplicación de la caducidad para interponer la acción, (artículo 47 de la ley), a quienes solicitaros integrar el grupo (artículo 55), en la acción de grupo instaurada por María Eugenia Jaramillo Escalante y otros, contra el Banco de la República, se violaron los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y administración de justicia, por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

La figura procesal de la caducidad entendida como la pérdida de la oportunidad de ejercer una acción para el reconocimiento de un derecho, en acción de grupo, se encuentra regulada por los artículos 47 y 55 de la Ley 472 de 1998. La primera norma establece que *Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo* y la segunda norma que, *Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo.*

La referida caducidad procesalmente tiene dos momentos: la caducidad para interponer la acción (art. 47) y la caducidad para integrar el grupo, hacerse parte y beneficiarse de las resultas de la sentencia que ponga fin proceso (art. 55).

El debate jurídico se desata, tras la interpretación efectuada por la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado que, para el caso concreto examinado, aplicó la caducidad para interponer la acción a quienes solicitaron integrar el grupo, “antes de la apertura apruebas” y para quienes se benefician de los efectos de la sentencia, como lo establecía la norma.

Metodológicamente, tal como se expone de manera extensa en Anexo, el presente trabajo, en sus aspectos epistemológicos, ontológicos, antropológicos y éticos, es abordado desde la filosofía, desde, *la intencionalidad de la conciencia* de Hegel y Husserl como, fenomenología.

Desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, la intencionalidad alude al proceso mediante el cual, la conciencia crea, produce o distingue al ser en sí, el cual es designado por aquella como su producto u “objeto de investigación”. En este orden se problematiza el objeto de investigación escogido y desde una posición crítica; en el mismo sentido, se hace referencia a los aportes que desde la filosofía analítica hacen a la teoría jurídica, los profesores J. Austin y H. L. A. Hart, También como aporte a la fenomenología jurídica que, como toda *iusfilosofía* contraria al positivismo jurídico, orienta el examen de las normas jurídicas en función de principios y derechos como la igualdad y la

administración de justicia, con énfasis axiológico, iusnaturalista, la idea de la existencia material de la ley, y del concepto de lo justo.

Técnicamente el método de investigación adoptado remite a reglas que se ajustan didácticamente al “método científico general”, con observancia de las reglas que define Bunge: conocimiento previo, definición de la pregunta problema, formulación y prueba de hipótesis y en el caso concreto, identificación del problema jurídico, las tesis y razones de su solución y la exposición de los argumentos que textualmente estructuran el trabajo efectuado.

El Trabajo se estructura en tres capítulos: en el Capítulo Primero, se exponen los antecedentes y características de la incorporación de las acciones colectivas al ordenamiento jurídico colombiano (art. 88 de la C.P.; Ley 472/98); los desarrollos de dichas acciones en el derecho comparado y en particular, las relativas a la regla 23 que regula las acciones colectivas en los Estados Unidos.

El Capítulo Segundo expone los contenidos de la Ley 472 de 1998, de la acción de clase, su procedencia, objeto y legitimidad, problematizando en glosas marginales las limitaciones estructurales del *civil law system*, en el trámite de las acciones colectivas.

El Tercer Capítulo, aborda el problema central: la Caducidad en acción de grupo. Se examinan las condiciones y términos para interponer la acción, con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional; la distinción entre la caducidad para interponer

la acción, la caducidad para integrar el grupo y la caducidad de tracto sucesivo; en el caso concreto examinado se enjuicia la decisión adoptada por la autoridad judicial contenciosa; los contenidos básicos de la demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 55 de la ley 472 de 1998; la inaplicación de la caducidad del artículo 55 de la ley 472/98, por parte del Consejo de Estado, Sección Tercera y, finalmente la declaratoria de la Inexequibilidad (parcial) del artículo 55 ibídem, por parte de la Corte Constitucional.

Capítulo I.
Instauración de las Acciones Colectivas
(Antecedentes)

1.1. Contexto

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 adoptó en su ideario, el reconocimiento de derechos e intereses colectivos: Derechos de que gozan las personas y grupos de personas que viven en comunidad para actuar de manera aunada frente a amenazas, eventos contingentes y daños ocasionados a un número plural de personas miembros de una comunidad o grupo social determinado.

La instauración de las acciones populares y de grupo, class action, citizen action, etc., como medios de acceso a la justicia, en los diferentes contextos socioeconómicos de los países capitalistas, es la inevitable respuesta a las inequidades estructurales propias de ese modelo de desarrollo que, a partir de la segunda guerra mundial profundizó los desequilibrios socioeconómicos en dichas sociedades, obligando a la justicia de los Estados a su adopción como medio de defensa y protección, frente a los crecientes y diversificados desarrollos de las esferas de la producción, la distribución y el consumo.

El ejercicio de estas acciones, dicen igualmente relación con el proceso histórico de evolución del Estado moderno. De la amplitud del campo de aplicación de los derechos humanos y de los derechos constitucionales fundamentales, emergió una contratendencia jurídica sociológicamente contraria a la visión individualista del Derecho liberal tradicional.

Con la “tercera ola”, en la gran mayoría de los países del mundo se transitó hacia una visión de los derechos civiles, más centrada en las potencialidades políticas, sociales y judiciales del sujeto colectivo.

Tratándose de intereses difusos, el campo de aplicación de estas acciones no se agota en los efectos directos atribuibles a las esferas de la producción, la distribución y el consumo, propias del sistema capitalista, sino que se extiende a las consecuencias generadas por esas esferas y sus efectos sobre la salud, el hábitat y el ambiente físico-biótico que constituye el espacio vital de las personas.

En los países en desarrollo, la generalización del reconocimiento de los “derechos difusos” e intereses colectivos, se ha acrecentado alrededor de los efectos que sobre el ambiente generan las actividades humanas: las amenazas y los efectos dañinos de actividades contaminantes o depredadoras que en el tiempo se ciernen sobre nuestros frágiles ecosistemas necesarios para la supervivencia de las generaciones futuras. El desarrollo sostenible, ha sido una de las principales motivaciones para el ejercicio de las acciones populares y de grupo.

En estos países, el ejercicio de estas acciones toma fuerza debido los abusos de los mercados sobre los consumidores y la inexistencia de regulaciones estatales sobre la vivienda, la expansión urbana, los efectos contaminantes y potencialmente tóxicos de las economías extractivas en que se soporta el consumo industrial y doméstico.

La contaminación ambiental, los desechos químicos y orgánicos, la depredación del soporte biológico y paisaje natural, generado por las actividades mineras, la producción y procesamiento de la hoja de coca y sicotrópicos (amapola y marihuana), sumados a los abusos en la financiación y construcción de vivienda en zonas geológicamente vulnerables, describen una violencia estructural que circularmente se causa con la exclusión, la marginalidad, violencia y criminalidad social y política.

Además de la situación descrita, en Colombia, la afectación de los derechos individuales y colectivos de las personas son más gravosos por las acciones y omisiones del Gobierno relacionados con el conflicto armado. Basta nombrar la incursión paramilitar en “Filo Gringo”, corregimiento de La Gabarra, que no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho ocasionando daños morales y materiales a la población. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2005-2006)

Con la instauración de las acciones populares y de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano (art. 88 de la Constitución de 1991, ley 472 de 1998 y art. 145 CPACA), se instituyó en el país no solo un medio procesal de protección y defensa de los derechos colectivos, sino el reconocimiento por el constituyente y el legislador de un derecho vivo y actuante que, “responde a fenómenos nuevos de la sociedad” y a “nuevas realidades o situaciones socio-económicas socializantes”. De ahí que “con la instauración a nivel constitucional de las Acciones Populares, se habrá dado un paso fundamental en el desarrollo

de un derecho solidario que responda a fenómenos nuevos de la sociedad” (Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 46, 1991):

Así como las acciones de Tutela se han convertido en un trascendental instrumento para la efectiva protección de los derechos fundamentales a raíz de su consagración en la Carta Política, y posterior desarrollo legislativo, existe en el artículo 88 de la Constitución un no menos eficaz recurso para el amparo de los llamados derechos e intereses colectivos, como es el de las acciones populares, cuya existencia se remonta en la historia del Derecho, al Derecho Romano y al antiguo Derecho Inglés...

(...)

Afortunadamente la Asamblea Nacional Constituyente determinó otorgarle categoría constitucional a tan importante instrumento, interpretando con ello las necesidades de protección derivadas de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas “socializantes”, en las que el interés afectado ya no es particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos”. (Congreso de la República, Proyecto de Ley 005, 1995, citado por Camargo 2012).

No obstante, los postulados anteriores, como se verá más adelante, la instauración constitucional y legal de estas acciones, encuentran procesalmente en su desarrollo serios obstáculos debido a las inercias del *civil law* imperante en los países continentales, donde, como lo anota el Profesor Antonio Gidi, los sistemas de derecho civil presentan obstáculos sustanciales para la protección legal de los derechos de grupo. Dichos obstáculos incluyen la tradición del conservadurismo judicial, una filosofía individualista profundamente enraizada, el enfoque científico y legalista del derecho y la tendencia judicial de reverenciar el statu quo (Gidi, 2004, P. 120).

1.2. Acciones Colectivas en el Derecho Comparado

La disciplina del Derecho comparado, como método o como ciencia, ofrece una variedad de interpretaciones que enriquecen los ordenamientos jurídicos de naciones, grupos y comunidades de naciones, llegando a ser acicate de la globalización del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, contenidos en convenciones y tratados sobre derechos humanos.

En este campo, estrictamente hablando, se pueden percibir los mayores avances en términos del derecho público, constitucional, tal como sucede en los países de la Comunidad europea. En gran parte del mundo es permanente la adopción de Instituciones, formas de Estado y de gobierno, esquemas y constituciones, actos legislativos, leyes modelo y decretos, etc., que, revelan la fluidez e interdependencia del derecho internacional: las leyes modelo o marco de derecho individual, colectivo, mercantil, arbitraje y conciliación, comunicaciones y comercio electrónico, etc., ofrecen alternativas diversas que presionan cambios del derecho civil continental.

Los procesos de formación de nuevos Estados y los de colaboración política entre Estados han conducido a la experimentación de formas de integración de ordenamientos jurídicos diferentes, frecuentemente con el recurso determinante a la comparación. Los términos empleados para calificar el proceso de integración varían. Se habla de unificación, información, aproximación, coordinación, armonización de las normativas estatales y se señala al respecto que con esta incierta terminología puede aludirse a procesos sensiblemente distintos. (Giuseppe, 2004, P.21).

Los cambios provenientes de la adopción, de cualquier precepto o norma, permite crear instituciones, regulaciones y diversas formas de Estado y gobierno por parte de comunidades y países; pero, hay que observar que, al mismo tiempo, el precepto o norma por ser extraña al contexto sociocultural de los destinatarios, puede generar reacciones o efectos diversos y hasta contrarios a los esperados. La inviabilidad de los modelos, por lo general terminan creando inercias al cambio.

También suele suceder que la ley o modelo adoptado se torne inviable, debido a las características de la estructura procesal en que se encuentra inmersa la administración de justicia de determinado país, o por su tradición jurídica, como sucede en los países continentales donde predomina el *civil law system*. Contextos en los cuales la rigidez del aparato judicial, inmersa en los formalismos procesales que inhiben el derecho sustancial y son adversos a la adopción eficaz de medios de control como los que habilitan las acciones colectivas.

Es por eso que el derecho comparado, se torna problemático, cuando se abstraen por el órgano legislativo las características propias del contexto y cuando la dinámica legislativa no se acompaña de las requeridas transformaciones estructurales del sistema judicial-procesal imperante.

Cuando la adopción normativa está mediada por el contexto, los preceptos, leyes modelo o normas pueden producir formas progresivas de desarrollo judicial que favorecen

positivamente a la sociedad. Los obstáculos provienen de la inercia al cambio por parte de una tradición judicial fundada en estructuras judiciales normativistas y procesalistas, aspectos que terminan por condenar un principio, una ley o norma a su indefinición e inoperancia, tal como sucede con la ley 472 de 1998.

Con respecto a la validez del derecho comparado, en el desarrollo de la normatividad de las acciones populares y de grupo, esa es una limitación estructural, que va a contramano de la intencionalidad del Constituyente de 1991: orientar el precepto constitucional de administración de justicia, hacia un sistema de normas procesales que hicieran eficaz la realización de los derechos colectivos, difusos o supraindividuales.

Históricamente las acciones colectivas, la acción popular y la acción de grupo, tienen su origen en el derecho romano y en el antiguo derecho inglés. El profesor Cabrera Acevedo, al analizar la doctrina italiana habla de su existencia en el derecho romano del interdicto pretorio, cuya función era proteger intereses sobre-individuales, como la contaminación de la vía pública, su consiguiente prohibición y la exigencia de daños, como un antecedente relevante de la acción colectiva (1983, citado por Gómez, 2014). Por su parte, Sánchez Cordero, plantea que el origen de la acción colectiva (*class action*) se remonta a las cortes de equidad (*Equity Courts*) del Reino Unido, y esta acción era propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente todas a juicio. El Código Field contiene, desde el siglo XIX, algunas disposiciones aisladas en materia de acciones colectivas (*class actions*) (Sánchez C., 2004, p. XVII).

Las acciones colectivas tanto en Roma como en Inglaterra, se crearon como expresión de equidad para la defensa de los derechos de un número plural de personas afectadas en sus derechos, por una misma causa. La acción popular, ha tenido su mayor desarrollo en los países anglosajones, para luego extenderse a otros países como España, Brasil, Italia y Argentina por la defensa del medio ambiente, la protección de los consumidores, en los casos de calamidades públicas causados por negligencia o dolo; en la lucha por el espacio urbano y servicios de consumo masivo; defensa de los bienes y espacios públicos colectivos, afectados por actividades económicas monopólicas y competencia desleal. A su vez, las Constituciones de España, Portugal y Brasil consagran las acciones colectivas de manera expresa, mientras en los Estados Unidos, se denominan acciones de clase o representación (Corte Constitucional, Sentencia C-2015, 1999).

En el ámbito europeo, continúa la Corte, en esta sentencia,

“la creación y reconocimiento de derechos constitucionales de la colectividad, ha llevado a reconocer los derechos de participación ante la administración pública y posteriormente ante la jurisdicción contencioso administrativa, a todo interesado, “... entendiéndose por tal, todo aquél que muestre pretensión de defender un interés difuso (protección al ambiente, derechos de los consumidores, entre otros) y sin perjuicio de constituir prerrogativas a las asociaciones o grupos para la defensa de dicho interés dado que, para evitar dilaciones en los procedimientos judiciales, se puede incluso obligar a los individuos a asociarse con el fin de hacer valer con voz unitaria su punto de vista en favor del interés general (Recomendación del Consejo de Ministros de Europa No. 87 sobre el régimen de los actos administrativos que afecten a una pluralidad de personas)” (Ibíd.)

En suma, siguiendo al profesor Gidi podemos decir que,

una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada) En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada. (Gidi 2004, p.31)

Según los objetivos del presente trabajo, metodológicamente la exposición que sigue se ocupará brevemente de las características propias de los desarrollos legislativos, donde tienen lugar el ejercicio de las acciones colectivas, en particular los Estados Unidos, Canadá Brasil, España, México, para luego en el capítulo siguiente, ocuparnos de Colombia.

1.2.1. Las Acciones Colectivas en los Estados Unidos.

En los Estados Unidos las acciones de grupo se denominan acciones de clase o de representación (*class actions or representation*). Siguiendo a Gidi, como herederos del derecho inglés, los Estados Unidos son pioneros de las acciones colectivas, originadas el Derecho de Equidad (*Equity*). En contraste con los países de derecho civil (*civil law tradition*), donde las acciones colectivas son de reciente desarrollo. Es esta una diferencia fundamental en los Estados Unidos, tanto de la visión del legislador, como en el ejercicio procesal a que están sujetas las acciones de clase (*class action*), comparativamente a los países de tradición continental. (Gidi, 2004, p. 5).

Ello obedece a que el proceso judicial de los Estados Unidos se basa principalmente, en el sistema jurídico británico del derecho consuetudinario (*common law*). Sistema jurídico de derecho elaborado e interpretado por los jueces en vez de un conjunto de normas jurídicas como los códigos romano-germánicos. Una característica fundamental del *common law* es la *doctrina del precedente*, con la cual los jueces emplean los principios de derecho proveniente de causas anteriores para decidir causas nuevas con hechos similares, sin desmedro de la discrecionalidad del Juez, los jueces de tribunales inferiores tienen la obligación de acatar las resoluciones de los otros tribunales superiores dentro de su jurisdicción. (Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, 2000, p.18).

El Derecho de Equidad (*Equity*), como sujeto de derechos en los Estados Unidos, es un modelo contractual abierto, que favorece la legitimación, para el accionar de personas, grupos de personas y asociaciones, mediante una ley civil expedita en trámites procesales, que aun con el precedente, permiten a jueces, magistrados y tribunales, un margen amplio de discrecionalidad en la resolución de demandas por derechos e indemnizaciones patrimoniales.

El procedimiento civil norteamericano —así como el derecho sustantivo— puede ser visto como una técnica para resolver controversias legales concretas. Es un sistema extremadamente orientado a los hechos y en consecuencia un medio muy flexible, complejo e intrincado. Las reglas del procedimiento están a menudo escritas en un lenguaje extremadamente amplio y, como resultado, el juez norteamericano ejerce una gran discrecionalidad en sus decisiones. Las reglas del procedimiento no limitan el poder o creatividad del tribunal, el que está generalmente libre de ir más allá de lo escrito en la ley, cuando lo sugiere la equidad. En consecuencia, el juez norteamericano tiene un control extremo sobre el procedimiento, las partes, los abogados y los terceros (Gidi.2002. p.886-

887).

La Oficina Administrativa de los Tribunales en los Estados Unidos en su explicación, del sistema judicial federal recalca como, todos los jueces de los Estados Unidos, sin tener en cuenta el nivel del tribunal en el cual se desenvuelven, ejercen la facultad de revisión judicial. Se les exige acatar la jerarquía de leyes que colocan la Constitución Política de los Estados Unidos por encima de todas las demás leyes. Por lo tanto, los jueces no sólo acatarán los precedentes al interpretar las leyes, normas y actuaciones de los funcionarios del Poder Ejecutivo, sino que se ocupan de interpretarlas de acuerdo con la Constitución Política. Aunque normalmente suponen que los preceptos y actuaciones que revisan son válidas, los jueces anularán las leyes, normas o actuaciones del poder ejecutivo que ellos determinen que son incompatibles con la Constitución Política (Oficina Administrativa de los Tribunales, 2000, p.19).

El procedimiento civil norteamericano evolucionó junto con el sistema de jurado, como un elemento no profesional en la administración de justicia y, en consecuencia, con cierto grado de impredecibilidad y a menudo altas compensaciones por daños y perjuicios. La audiencia concentrada con el jurado (*jury trial*) también exige una extensa preparación previa (*pre-trial*) para evitar la sorpresa y el atraso en el juicio. La división estructural del procedimiento entre la fase previa (*pre-trial*) y la audiencia (*trial*) permitió el desarrollo del sistema previo de descubrimiento de pruebas (*discovery*), el que justificó, a su vez, la flexibilidad en las reglas de peticiones (*pleading rules*). Al mismo tiempo, un *discovery* generoso permite una aplicación más estricta de las reglas de preclusión. El *discovery* ha jugado un papel predominante en el derecho procesal estadounidense. Sin embargo, el

discovery tiene dos caras: por un lado, facilita el descubrimiento de la verdad, pero a su vez también puede resultar una carga y un procedimiento costoso en casos complejos. El derecho sustantivo provee altas compensaciones a través del pago de daños punitivos (*punitive damages*), daños morales (*damages for pain and suffering*) y otras compensaciones que no se otorgan usualmente en los sistemas de derecho civil. Estos factores, entre otros, explican en parte la litigiosidad de la sociedad norteamericana (Gidi, 2004, p. 6,7).

En este contexto procesal, la instauración de las acciones de grupo, desde 1938 se rigen por la Regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos (*Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure*), según la cual los requisitos para la acción colectiva, básicamente consisten en: i). Su número (*numerosity*): uno de los miembros del grupo puede demandar a nombre del grupo, cuando el grupo es tan numeroso que el litisconsorcio de todos y cada uno de los miembros es impracticable (Principio de economía procesal); ii). Identidad fáctica (*commonality*): plantea la existencia de cuestiones de hecho o de derecho comunes a cada uno de los miembros de grupo; iii). tipicidad de la reclamación (*typicality*): la demanda debe ser representativa de los derechos individuales, colectivamente reclamados como un mismo grupo y iv). La adecuada Representación (*adequacy of representation*): es decir que los representantes del grupo accionante representen adecuadamente los intereses del grupo (Ferrerres, 2005, p. 39, 40).

Para el ejercicio de las acciones de clase, la *Federal Rule of Civil Procedure No. 23*, establece criterios judiciales como su procedencia, a fin de evitar inconsistencias en la uniformidad del grupo en la aceptación y trámite de la demanda del daño demandado y,

contradicciones o inhibiciones posibles de las sentencias, por lo que el juez en su decisión sobre la procedencia de la acción colectiva, deberá analizar entre otras cosas, “(A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (C) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (D) las dificultades que probablemente serán encontradas en la administración de esta acción colectiva” (Gidi, 2004, p. 45).

En el marco de la *Rule 23*, en los Estados Unidos se presta especial atención al requisito de la *commonality*, esto es a la comunidad de intereses, en relación con las reclamaciones masivas de daños y perjuicios en casos de responsabilidad extracontractual (los llamados *mass tort cases*) (Ferrerres, 2005, p. 40). Para lo cual se deben identificar las causas fácticas y jurídicas comunes de los individuos que actúan como un mismo grupo, como la causa del daño, el origen del mismo, el cálculo sobre el tamaño del grupo y la amplitud de los derechos individuales afectados.

Otro aspecto importante a ser destacado en la regulación estadounidense de las *acciones de clase* es que prevé, (i) un sistema de *opt-in*, es decir, la posibilidad de que los afectados o demandantes individuales se hagan parte del grupo y procedan a acumular su acción individual a la iniciada e integrarse a la acción como un mismo grupo; y (ii) un sistema de *opt-out*, es decir, la posibilidad de que los afectados o demandantes individuales manifiesten ante el tribunal, su deseo de quedar excluidos de la acción iniciada, por el grupo) (Ferrerres, 2005, p. 40).

El Poder Judicial norteamericano juega un amplio papel político y social. El activismo judicial, el amplio margen de discrecionalidad, permite con frecuencia a los jueces crear políticas públicas de carácter sustantivo y regular la sociedad por medio de los precedentes dictados en las sentencias de litigios privados. Aunque el juez juega un papel central en el sistema legal norteamericano, los efectos derivados del sistema de jurado deben ser también considerados, para así poder entender sus técnicas procesales expeditas (Gidi, 2004, P.7).

Por su dimensión histórica, la cultura política norteamericana, se apoya inevitablemente en la ideología del litigio como una forma positiva de regular la sociedad y modular el statu quo. Esta perspectiva contribuye a un ambiente legal flexible, sin cortapisas procesales y sin retrasos en las decisiones judiciales y legislativas, aunque la amenaza de la responsabilidad civil puede conducir a una extrema vigilancia con eliminación de actividades socialmente útiles (overdeterrence) (Gidi, 2004, p. 8).

1.2.2. Las Acciones Colectivas en Canadá.

En Canadá, bajo la misma tradición del derecho consuetudinario inglés *common law*, el conocimiento de las acciones colectivas, definidas en general como *Citizen Actions*, son competencia tanto al gobierno federal como a los gobiernos provinciales. El sistema legal canadiense es bilingüe y bijurídico. El Tribunal Federal en Canadá tiene competencia sobre acciones colectivas, aunque su competencia está limitada sólo a acciones contra el

gobierno federal en cuestiones de derecho marítimo y propiedad intelectual. Son las leyes y procedimientos provinciales los que realmente administran este tipo de acciones (Gómez, 2014, p. 8).

Quebec fue la primera provincia que estableció un estatuto legal sobre acciones colectivas. Posteriormente, la Comisión para la reforma legislativa de Ontario publicó un informe masivo en tres volúmenes para impulsar un amplio cambio legislativo en este ámbito. Sin embargo, no fue sino hasta 1992 que se estableció la Ley de Procedimientos de Clase. El objetivo de esta ley consiste en proporcionar un mecanismo que haga eficientes los reclamos de masas y mejore el acceso a la justicia. Esta ley fue seguida por la Ley de Columbia Británica de 1995. Lo que permitió el cambio legislativo hacia una mayor aceptación de las acciones colectivas fue la declaración de derechos conocida como la & ldquo: Carta de los Derechos y Libertades”, declaración que amplió el papel de los tribunales (Gómez, 2014. p. 8, 9).

Respecto a su campo de aplicación, las acciones de clase pueden utilizarse para una gran variedad de demandas: sobre responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad ambiental, responsabilidad por productos y daños masivos, procedimientos de insolvencia y violaciones a las leyes de protección al ambiente, de la competencia y daños públicos y privados ocasionados a un número plural de personas.

Al igual que en Estados Unidos, en Canadá las acciones de clase requieren ser certificadas previamente antes de que sean admitidas como demandas colectivas a través de un incidente previo (Incidente de admisión). Respecto de la procedencia de estas acciones, corresponde a los tribunales determinar la representación y legitimidad para actuar de sus actores, esto es, la naturaleza y el alcance de las causas de la acción presentada, los

argumentos en que se apoyan las pretensiones, el estado de cada acción de clase, el número, tamaño, y alcance en la participación de los demandantes, la prioridad de iniciar las acciones colectivas y los recursos del abogado. (Gómez R. 2014, p.9).

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos con la regla 23, que exige a los jueces determinar que las cuestiones de hecho o de derecho común a los miembros de la clase predominan sobre las cuestiones que afectan a los miembros individuales, en Canadá no se exige esta condición; en la legislación de Ontario sólo debe verificar que se plantean cuestiones comunes, al igual que en el estatuto legal de Columbia Británica.

En ausencia de este requisito corresponde al tribunal comprobar que la acción de clase es el medio procesal adecuado para la solución de los problemas comunes en lugar de otras acciones. El Tribunal Supremo de Canadá ya se ha pronunciado sobre esta cuestión al analizar la relación entre procedimiento preferible y predominio, afirmando que la ley contempla que las acciones de clase sean admitidas aun cuando existan importantes cuestiones individuales, a diferencia de la norma federal americana, y que el requisito de preferencia implica que el representante de la clase debe demostrar que “dadas todas las circunstancias de la reclamación en particular, una demanda colectiva debe ser preferible a otros métodos de resolución de estas reclamaciones y, en particular, preferibles a un recurso individual” (Gómez R. 2014, p. 10).

Respecto a los gastos y costas, a diferencia de la denominada American Rule, mediante la cual los abogados son pagados por sus clientes, en Canadá existen dos sistemas para la adjudicación de las costas procesales. Las legislaciones de Ontario, Alberta y Nueva Brunswick siguen la regla tradicional inglesa de que la parte perdedora debe pagar los costos, sujeta a la discreción del juez de

no otorgar costas bajo ciertas circunstancias, mientras que en Quebec se siguen las reglas de costos tradicionales, con la variación de que sólo puede concederse una base nominal determinada de acuerdo con la escala de costos de la Corte para reclamaciones menores. En otros lugares de Canadá, en particular ante los tribunales de Columbia Británica, Saskatchewan, Manitoba y ante el Tribunal Federal, la Comisión para la Reforma Legislativa de Ontario propuso una regla de no costos que ha sido adoptada. En estos casos, tanto demandantes y demandados no son responsables de los costos, salvo que haya habido una conducta frívola o abusiva de alguna parte. (Gómez R. 2014).

1.2.3. Las Acciones Colectivas en Brasil.

Al igual que la gran mayoría de países de Derecho civil continental (*civil law*), en Brasil (Gidi, 2004), el procedimiento civil, es un sistema rígido y formalista. Las reglas procesales están escritas con riguroso detalle, dejando poco espacio a la discrecionalidad judicial en materia procesal. Se presupone que los códigos son coherentes y exhaustivos y las sentencias de los tribunales se apoyan en reglas y en principios, dejando las consideraciones políticas al legislador. Como resultado, el derecho es simple y directo. Esto deja poco a los precedentes. Aunque el sistema brasileño es más sistemático, lógico, estructurado y científico que el norteamericano, sacrifica flexibilidad en su aplicación a favor de consistencia y predicción. Es más, una aplicación de leyes firmes en las manos de académicos que una técnica para resolver problemas reales de gente que vive. Según el profesor Antonio Gidi, “Esto no debe ser interpretado e el sentido de que los jueces de derecho civil aplican mecánicamente las leyes escritas a los hechos. Más bien significa que las reglas del procedimiento dan al juez poca o ninguna discrecionalidad para adaptar el procedimiento a las necesidades del caso” (Gidi, 2004, p. 9 -10).

En el estudio comparativo realizado por Gidi, entre el sistema de procedimiento civil norteamericano y el sistema de procedimiento civil brasileño, se analizan en extenso dichas diferencias destacándose entre otras el hecho de que, el procedimiento brasileño, como muchas otras jurisdicciones de sistema civil, tiende a ser un procedimiento abstracto y burocrático alejado de la realidad y de las necesidades específicas de cada caso. La práctica es muy pobre con relación a las pruebas, la cual es conducida prioritariamente en forma escrita; no existen o son casi nulas las oportunidades para que los abogados de las partes examinen directamente a los testigos y menos aún que puedan interrogar directamente (*cross examination*); el testimonio de los testigos tiene poco valor probatorio, y la declaración de las partes usualmente no es considerada. En la realidad, en la mayoría de los sistemas de derecho civil continental la parte no es considerada como un verdadero testigo, no testifica bajo protesta o juramento y no puede solicitar ella misma querer testificar. (Gidi, 2004, p. 9 y 11).

Además, el juez de derecho civil desempeña un papel sustancial en la recepción de pruebas, pero no obstante tiene poco poder sobre la conducta de los abogados, de las partes o de terceros. Al mismo tiempo, el Poder Judicial, en los sistemas de derecho civil, tiene un papel social y político más limitado, y en principio no crea políticas públicas ni reglas sociales a través de los litigios privados, como vimos sucede en los Estados Unidos.

De donde se colige que la sociedad brasileña es muy litigiosa “simplemente porque ha perdido la esperanza en el sistema jurídico”. El promedio de los arreglos sobre casos y

demandas pendientes, en Brasil como en otros países en desarrollo es considerablemente bajo, comparado con las jurisdicciones del *Common law*. Las demandas y el curso de los procesos en que éstas tienen lugar, luego de un largo trámite usualmente llegan hasta la audiencia final, sentencia y apelación sobre materias de hecho y de derecho.

Ésta es una causa seria de las demoras en los juicios. Daños punitivos (*punitive damages*), daños morales (*pain and suffering*) y muchos otros tipos de daños no son comúnmente otorgados a los demandantes en los sistemas de derecho civil. Además, los jueces son empleados civiles conservadores y propensos a conceder cantidades modestas en el pago de daños. Existe también poca posibilidad de que existan honorarios de *quota litis*. En general, los actores son responsables del pago de honorarios de sus propios abogados aun si pierden el caso. Asimismo, bajo la regla brasileña de honorarios, la parte que pierde es responsable de los gastos y honorarios del abogado de la parte que triunfó. (Gidi, 2004, p. 10)

La acción colectiva brasileña como la española y la de muchos otros países continentales y latinoamericanos, tiene su origen en estudios académicos realizados en Italia y los Estados Unidos, en la década de los años 70s y 80s. En Colombia fue a partir de los años 80 y 90. En el caso brasileño la mayor influencia fueron los escritos de Mauro Capelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigotiti. Pero la primera legislación brasileña sobre la acción colectiva, data de 1985, la llamada “Ley de Acción Civil Pública”, diseñada en principio para, “proteger el medio ambiente, al consumidor y los derechos de valor artístico, estético, turístico y del paisaje” y, extendida posteriormente por el legislador para la

protección de toda clase de derechos difusos o colectivos. Si bien la ley creó el procedimiento para el ejercicio de la acción colectiva con mandamiento judicial de hacer o no hacer, por acción u omisión, para los daños sufridos globales causados al grupo (derechos difusos y colectivos), no permitió la reparación legal colectiva de los derechos individuales de los miembros de un grupo (derechos individuales homogéneos). Es decir que los miembros de un grupo afectados por un daño, sólo podían accionar su reparación interponiendo su propia demanda individual. Es decir que la acción colectiva se quedaba en un simple reconocimiento formal, sin validez como medio procesal real.

Posteriormente, en 1989 y 1990, el legislador “promulgó tres leyes otorgando así protección legal sustantiva a los grupos de personas incapacitadas, inversionistas en el mercado de valores y a los niños. Estas leyes fueron de carácter sustantivo, y ofrecieron poco en cuanto a reglas procesales. La Ley de la Acción Civil Pública (1985) establecía las reglas procesales que debían ser utilizadas para ejercer estos derechos de grupo ante los tribunales”.

En 1990, el legislador promulgó el Código del Consumidor, orientado a la protección del consumidor ante los tribunales, incluyó procedimientos detallados sobre el litigio de las acciones colectivas por daños individuales (*class actions for individual damages*). Sin embargo, que aun cuando estas reglas se encuentran en el Código del Consumidor, el alcance asignado por el legislador a los derechos del grupo es “transustantivo”, al considerar que las reglas de la acción colectiva sirven para resolver controversias sobre el medio ambiente, el combate al monopolio, daños individuales, impuestos y cualquier otra rama del derecho. (Gidi. 2004 P. 21, 22)

Pero la amplitud del campo de aplicación en el ejercicio de las acciones colectivas, no ha pasado de ahí, debido fundamentalmente a la rigidez del sistema civil procesal y a la inercia para la extensión del derecho civil individual al derecho civil colectivo. Aun cuando el ejercicio de las acciones colectivas ha tenido en la sociedad brasileña, un impacto significativo, su desarrollo y éxito en el largo plazo se torna incierto, como en Colombia, debido al formalismo e inercia del sistema procesal civil vigente.

1.2.4. Otras Experiencias de Acciones Colectivas.

En España, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, legitima de manera extraordinaria a las corporaciones, asociaciones y grupos para la defensa de los intereses y derechos colectivos, restringida para “consumidores” y “usuarios”, la defensa de dichos intereses está vedada para quienes no acrediten dicho título de representación. Situación que establece fuertes límites al ejercicio y campo de aplicación de las acciones colectivas.

Entre tanto las acciones de clase en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, aunque sigue limitando el campo de aplicación de dichas acciones, a la asociaciones de consumidores y usuarios, en la regla 1ª de su artículo 221, en forma garantista, dispone que *“las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas: 1ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no*

hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante”.

En la misma dimensión garantista, dicha ley en el numeral 3º del artículo 222 dispone sobre los efectos de la sentencia que *“la cosa juzgada afectará a las partes en el proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley”*, pero al no prever de un mecanismo de *opt-out*, es decir de un mecanismo de exclusión de los consumidores individuales a ser miembros del grupo, no brindan la posibilidad del ejercicio de la acción civil individual; aun cuando si se prevé el mecanismo de la intervención adhesiva, *opt-in*, esto es la forzosa vinculación del individuo al grupo afectado.

En España parece existir un consenso respecto de las limitaciones del “sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, optándose por sistemas alternativos de solución de conflicto que en razón a que las acciones colectivas, creadas para la mejor defensa de los intereses colectivos de afectados por un supuesto dañoso común, se han revelado ineficaces cuando, prescindiendo de los requisitos procesales básicos con los que deben ser ejercitadas, se han pretendido aplicar a realidades distintas a aquellas para las que fueron previstas. Esto ha dado lugar a complejidades e

ineficiencias que pueden solventarse a través de sistemas alternativos de resolución de disputas, como la transacción, el arbitraje o los fondos de compensación sin culpa, que han sido utilizados en otras jurisdicciones con notable éxito (Ferrer, Comelia y López, 2005). Pero que no resuelven sino que, más bien aplazan la tarea de la sociedad española para forjar un sistema civil abierto que habilite eficazmente la legitimidad para actuar del sujeto colectivo, tanto en plano procesal legal, como constitucional.

En México, aun cuando el amparo a nombre propio y de un número indeterminado de personas, para proteger derechos o intereses de las comunidades indígenas o de una población determinada, data del siglo XIX, solo hasta 1999 se adicionó el párrafo quinto al artículo 4o. constitucional, que dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” (lo cual implica el derecho a una calidad de vida y el derecho a un ambiente sano, relacionados intereses difusos y colectivos), lo que debe comprenderse dentro de las garantías individuales del juicio de amparo. El problema, sin embargo, radica en las tradicionales formas de legitimación, en la representación adecuada y en los efectos de la sentencia protectora, que siempre debe versar sobre el caso particular (Ferrer, 2011, p. 62).

Posteriormente, en el 2010, las acciones colectivas fueron formalmente incorporadas al ordenamiento constitucional mexicano, mediante la reforma del párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución, que estableció la facultad del congreso para regular legalmente estas acciones en materias como, campo de aplicación, procedimientos judiciales y mecanismos de reparación del daño (Gómez, 2014, P. 6).

No obstante, la reforma introducida, uno de los mayores obstáculos para su implementación, según Gómez, se presenta en el “celo del legislador para excluir a las autoridades locales del ámbito de las acciones colectivas, ya que las violaciones de grupos marginados socialmente suelen ocurrir en ámbitos de competencia local y municipal, y no sólo en el ámbito federal. En ese sentido, no se incluyen ámbitos en los que la vulneración de derechos y la indefensión jurídica de derechos colectivos es muy relevante, o en los que la competencia es concurrente entre Federación, Estados y municipios, así como aquellos cuya competencia exclusiva del orden Federal resulta cuestionable.

En el primer caso, no se incluyen dentro del campo de aplicación de las acciones colectivas, las violaciones a los derechos de trabajadores, mujeres, personas adultas mayores, pueblos indígenas, menores en condición de vulnerabilidad, o personas con alguna discapacidad, o bien a los derechos sociales de estos grupos como es el caso de sus derechos a la alimentación, a la salud, a un medio ambiente adecuado, al saneamiento del agua, así como vivienda, todos ellos elementos indispensables para su desarrollo y bienestar. Respecto al segundo caso, ámbitos como el de la protección del medio ambiente, que es concurrente en su parte sustantiva entre los tres órdenes de gobierno, así como de forma inexplicable otros que, a pesar de ser considerados en la reforma a la legislación ordinaria, son de dudosa competencia exclusiva de la Federación, me refiero a los derechos de los consumidores y al derecho de la competencia económica o el propio derecho procesal, cuya competencia es concurrente entre Federación y Estados. (Gómez, 2014, P. 6).

México es uno de los países de la región que a pesar de tener el más antiguo antecedente de las acciones colectivas de habla hispana en el continente y de comportar un crecimiento económico y desarrollo cultural, igualmente avanzado, reporta los niveles más bajos de implementación y desarrollo de las acciones colectivas. Las restricciones no sólo provienen de rigidez del sistema de derecho civil continental, sino sobre todo de los limitados niveles de participación democrática y acceso a la administración de justicia, expresivos de las inquebrantables fortalezas que soporta el statu quo en ese país.

Capítulo II

Las Acciones Colectivas en Colombia

A diferencia de la reseña efectuada en el capítulo precedente, que menciona las restricciones constitucionales y legales existentes en los países continentales donde impera el *system civil law*, en Colombia el artículo 88 de la Constitución establece en su primer inciso que 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; y el segundo inciso, establece que corresponde a la ley regular las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Conceptualmente, la Corte ha precisado que si bien tanto la acción de grupo como la acción popular son acciones colectivas (CP art. 88), que superan las limitaciones de los esquemas procesales puramente individualistas para la protección de los derechos, se diferencian en dos aspectos: de un lado, en su finalidad, pues la acción popular tiene un propósito esencialmente preventivo, mientras que la acción de grupo cumple una función reparadora o indemnizatoria, por lo que la primera no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, mientras que la segunda opera una vez ocurrido el daño, ya que precisamente pretende reparar dicho perjuicio (Corte Constitucional, 1993, 1998, 1999, 2000). De otro lado, dichas acciones también se diferencian en los derechos o intereses protegidos, pues la acción popular ampara esencialmente derechos e intereses colectivos, mientras que la acción de grupo recae sobre la afectación de todo tipo de derechos e

intereses, sean éstos colectivos o individuales, ya que ella es un instrumento procesal colectivo, que busca reparar los daños producidos a individuos específicos (Corte Constitucional, 2000).

Precisamente por ello la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo 55 de la ley 472 de 1998, en la medida en que dicha disposición restringía el objeto de protección de las acciones de grupo, a que los daños por indemnizar derivaran “*de la vulneración de derechos e intereses colectivos*”. La Corte declaró exequible esa disposición, pero en el entendido “*de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo*” (Corte Constitucional, 2000).

Para la Corte, las acciones de grupo por obedecer a una nueva concepción de las instituciones jurídicas, que se concreta en la *aparición* de nuevos intereses objeto de protección y de nuevas categorías en relación con su titularidad, *el interés protegido puede verse desde la óptica de los individuos, y con la aparición de estos mecanismos de protección judicial lo que se busca es una protección colectiva y grupal de esos intereses*. Por consiguiente, no es en razón de la persona individualmente considerada que se diseña el mecanismo, sino pensando en la persona, pero como integrante de un grupo que se ha visto afectado por un daño.

Fue precisamente en las Sentencias C-215 de 1999 y C-569 de 2004, en donde la Corte se refirió a este punto, sosteniendo que dichas acciones contribuyen decididamente en la realización del derecho de acceso a la administración de justicia y en el desarrollo del

principio de economía procesal, al resolver en un mismo proceso las pretensiones de un número plural de personas que fueron afectadas por una misma causa. Es por ello, que su finalidad es permitir que un grupo de individuos afectados por un acontecimiento masivo, por encontrarse en circunstancias iguales, puedan interponer una sola acción con fines de reparación, con lo que se logra una mayor eficiencia en términos de números de procesos, pruebas y representación jurídica, además de un crucial efecto de economía procesal que se traduce en la reducción del desgaste del aparato judicial y su contribución en la lucha contra la congestión de la administración de justicia.

Conforme a lo anterior, desde el punto de vista constitucional y legal la acción de grupo es: (i) Una acción indemnizatoria, por cuanto tiene por objeto la reparación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos de carácter subjetivo susceptibles de valoración patrimonial; y (ii) en una acción de carácter principal, que procede a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial para obtener la reparación del daño sufrido, pues precisamente el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998 señalan que la acción de grupo puede instaurarse, “sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios”.

La exposición que sigue presenta una mención general del contenido de la Ley, con glosas respecto a las fortalezas y limitaciones de su contenido normativo, que volverán a ser mencionados en el Capítulo Tercero del presente trabajo, que se ocupa específicamente de la caducidad en acción de grupo.

2.1. Regulación de las Acciones de Grupo

La inclusión constitucional de las acciones colectivas (art. 88) en Colombia, es uno de los logros importantes asociados con la noción expresada en el artículo primero de la Constitución de Colombia como “un Estado Social de Derecho, *fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran*”. Tal disposición, podrá a futuro ser un dispositivo que potencie el desarrollo legal de estas acciones hacia la estructuración de un sistema de derecho civil colectivo, que en términos procesales hagan más expedita la protección de los derechos de las personas que perteneciendo un determinado grupo y afectadas por un mismo daño, deciden actuar colectivamente en función de intereses objetivos o subjetivos legítimos.

Solo en la medida que el sistema de derecho civil colombiano, transite a un derecho colectivo basado en un sistema procesal expedito, podrá efectivamente ser una realidad actuante el sistema de administración de justicia. Las inercias de la tradición individualista, el peso de la interpretación exegética de la norma, la dominancia de lo procedimental sobre lo sustancial, con su maraña de reglas procesales, inhiben en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento vivo y actuante del accionar de la sociedad, restringiendo judicialmente la legitimidad para actuar del sujeto colectivo.

Tal como se va demostrar en la presente sección, no resulta arriesgado afirmar que teóricamente la regulación plasmada en la ley sobre estas acciones, guardando las proporcionalidades y diferencias de contexto, es una especie de “trasplante normativo” de

derecho comparado de la Regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos (*Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure*), que regulan en ese país las acciones de clase.

En Colombia, la regulación de las acciones de grupo está contenida en la ley 472 de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. De la regulación de las acciones colectivas ha dado extensa cuenta la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Además de la Ley (art. 3º, 5º 46 y ss), el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, (ley 1437 de 2011 art.144 y 145), incorpora la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de los perjuicios causados a un grupo, como Medio de Control de dicha jurisdicción.

2.2. De la Procedencia de las Acciones de Grupo

De acuerdo con los artículos 3 y 46 de la ley, las acciones de grupo, son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción se ejerce exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios ocasionados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas o privadas. Es decir que son acciones que gravitan sobre derechos,

accidentalmente colectivos, plurisubjetivos y plurindividuales que tienen como característica común ser divisibles y provenir de una misma causa.

Desde el punto de vista de la procedencia, en relación con las expresiones “*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*”, originalmente contenidas en los artículos 3 y 46, la Corte se pronunció en Sentencia C-569 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, declarando inexecutable estas expresiones, por cuanto consideró que las mismas comportaban un elemento restrictivo para el ejercicio de la acción de grupo, consistente en la *preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad* de la misma. Preexistencia que a decir de la Corte no encontraba sustento constitucional (Corte Constitucional, 2004).

Así mismo en relación con el número mínimo de 20 personas, como requisito para interponer la acción, el Consejo de Estado, luego del retiro de la expresión anotada, ha precisado que el número mínimo aludido no puede entenderse tampoco como una limitante para la presentación de la demanda pues no es indispensable la concurrencia de todos ellos al momento de dicha presentación, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo del artículo 48 de la Ley 472 de 1998, “[e]n la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”. El Consejo de Estado ha advertido que si bien la acción puede ser interpuesta por una persona esta debe actuar en relación con el daño causado a un grupo no inferior de 20 personas y que la

demanda debe, en todo caso, establecer los criterios que permitan la identificación del grupo afectado.

Este inciso tercero del artículo 46 de la norma, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en el entendido de que la legitimación por activa en la acción de grupo, “no requiere conformar un grupo de veinte personas que instauren la demanda, pues basta con que un miembro del grupo que actúe a su nombre señale en ella los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado”. (Corte Constitucional, 2008).

Así mismo, respecto de la Procedencia de las acciones de clase, la Corte Constitucional en estudio efectuado del artículo 55 de la norma, Integración al grupo, señaló que,

Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones “derivadas de la vulneración de derechos e intereses colectivos”, dicha expresión, subrayada y entre comillas, era exequible “en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo” (Corte Constitucional, 2000). (Subrayé).

Como acción constitucional, teóricamente las acciones de clase, se rigen por principios de orden constitucional a los que “debe ajustarse el trámite de dichas acciones”. La Corte ha mencionado el principio de prevalencia del derecho sustancial, pero también los principios hermenéuticos derivados de la Constitución como el principio de interpretación

pro homine, el principio de interpretación conforme y el principio de interpretación razonable (Corte Constitucional, 2009)

A pesar de la mención de dichos principios, la rigidez, el formalismo y la tradición que caracterizan el sistema de procedimiento civil individual colombiano, en la práctica restan eficacia judicial a las acciones de grupo, en razón al mayor peso de la formalidad procesal en el trámite de estas acciones. Por ese motivo en Colombia las acciones de grupo en la jurisdicción civil son de alcance limitando, circunscribiéndose su existencia a la jurisdicción de lo contencioso administrativo donde, no obstante ser un medio de control de orden constitucional, se le da el mismo y engorroso tratamiento procesal que a la Acción individual de reparación directa.

En estudio realizado en el año 2010, por la Universidad del Rosario, The George Washington University, Law School y la defensoría del Pueblo, estadísticamente se reportan datos que registran la casi inexistente participación de acciones de grupo interpuestas ante la jurisdicción civil, siendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que exclusivamente conoce de estas demandas. En el mismo estudio, se ilustra la alta tasa de fallos desfavorables de las acciones de grupo en esta jurisdicción:

Las decisiones de primera instancia tienen un índice de favorabilidad muy bajo, pues sólo 20 de 238 fallos fueron favorables, es decir el 8.4%. En el Consejo de Estado (cuando era segunda instancia), fue mayor el indicador de favorabilidad, pues de 39 providencias 12 fueron favorables a las pretensiones planteadas, es decir el 30.76%. (Londoño, 2010, p. 89 y 90).

Los tribunales son renuentes a validar la procedencia de estas acciones en la jurisdicción civil, laboral, agraria y aún en la administrativa, contrario a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte en cuanto medio procesal aplicable a los “*demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo*”.

Es por lo tanto deseable un cambio en la cultura jurídica para dar cabida a la protección eficaz de los derechos fragmentados y difusos, que únicamente se logrará si existe una transformación profunda de la sociedad. Se requiere para ello de una acción positiva y permanente del Estado, quien está obligado a realizar un esfuerzo social serio para que la justicia sea efectivamente accesible a todos. Es indispensable un rediseño de nuevas reglas procesales, ya que las reglas procedimentales tradicionales han demostrado su insuficiencia para asegurar la protección de intereses colectivos. (Sánchez, en Gidi, 2004, p. 16). (Subrayé).

2.3. De los Derechos e Intereses Colectivos

Teóricamente, los derechos que se ejercen mediante las acciones de clase, precisan de un tratamiento no solo preferencial, sino especial desde el punto de vista procesal, en el entendido de que la noción de “protección de los derechos e intereses colectivos”, consignado en el artículo 88 de la Carta, alude la naturaleza jurídica de derechos correspondientes a nuevas realidades difusas y supraindividuales.

En relación con el objeto de las acciones de grupo, la jurisprudencia de la Corte ha aclarado que en nuestra Constitución no se distingue entre intereses colectivos e intereses difusos, como sí lo hacen otros ordenamientos jurídicos o la doctrina, y que por tal razón ha

interpretado que ambos intereses queden estar comprendidos bajo el concepto de “intereses colectivos” del artículo 88 Superior (Corte Constitucional, 2009).

Según Gómez Rodríguez, la doctrina hace uso de la denominación de “intereses supraindividuales o transindividuales” para referirse a intereses cuya principal característica es su indivisibilidad, al igual que su falta de pertenencia a un titular determinado. Pese a que hay intentos de clasificarlos como intereses objetivos, subjetivos o normativos, es preferible su explicación desde ambos criterios, porque por una parte hay una categoría de situaciones e intereses indivisibles que en el ordenamiento se identifican a partir de quien ejerce su representación (elemento subjetivo), y por otra parte se configura una relación entre este representante y el bien jurídico indivisible tutelado (elemento objetivo).

En el ámbito procesal se ha considerado que es a través de la figura de interés legítimo que estos intereses sociales y colectivos acceden al proceso para su tutela jurisdiccional. Sin perjuicio de eso, lo que protege este tipo de intereses desde una perspectiva sustancial es un tipo de derecho social distinto a los derechos individuales o de clase social. Derecho que al ser común y compartido por un conjunto diverso de personas, por un lado, permite su fragmentación, al reconocer situaciones jurídicas atribuibles tanto a organizaciones como individuos y, por otro, permite la protección de aquellos intereses sociales vulnerables a esa complejidad que plantean fenómenos (Gómez R. 2014, p. 6), como la contaminación ambiental, la depredación del soporte geofísico, el consumo masivo y, en el caso colombiano, la exclusión, la negación del derecho a la vivienda digna ocasionados por el Estado, el desplazamiento forzado ocasionado por la minería ilegal, los

abusos de autoridad y el conflicto armado.

La tutela, o amparo por vía de las acciones colectivas no solo son una garantía constitucional de protección de derechos fundamentales materialmente consagrados en la Carta, sino también una garantía de realización de los derechos subjetivos. Es decir que el amparo o la tutela colectiva es un mecanismo viable para la protección orgánica de la Constitución.

Esta dualidad en la finalidad del amparo para la protección de derechos subjetivos y para la salvaguarda del derecho objetivo adquiere una especial relevancia cuando a través del amparo se pueden impugnar normas generales y sus sentencias pueden tener efectos erga omnes. Así, el “amparo colectivo”, en determinados supuestos, puede constituir una vía para depurar el ordenamiento jurídico más allá de proteger derechos y libertades fundamentales (Ferrer, 2011, p. 46). (Subrayé).

En general, se ha entendido al derecho subjetivo como el poder de la voluntad (Savigny, Windscheid), o como un interés jurídicamente protegido (Ihering, Bachof), o bien en una posición ecléctica Jellinek se lo conceptúa como la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o interés. El interés legítimo, en cambio, constituye el reflejo del derecho objetivo (un derecho reflejo). (Ferrer, 2011, p. 52). (Subrayé).

Pero a pesar de las diferencias ontológicas entre el derecho subjetivo y el interés legítimo (derecho objetivo), lo cierto es que “carece de sentido la polémica, al momento en que los intereses son reconocidos constitucionalmente. En efecto, una vez que los “intereses”

son amparados por el ordenamiento jurídico, asumen el mismo status de un “derecho”, desapareciendo cualquier razón práctica o teórica para diferenciarlos, como ha sostenido la doctrina brasileña, donde incluso se habla de un derecho subjetivo colectivo.

Por la importancia teórica de los conceptos involucrados en este análisis, siguiendo a Ferrer, es conviene distinguir las cualidades, entre los tres tipos sugeridos de interés: simple, jurídico y legítimo. 1) El *interés simple*, en su concepción más amplia, se identifica con las acciones populares. En ellas se reconoce legitimación a cualquier ciudadano, *quivis ex populo*, por el mero hecho de ser miembro de una sociedad, sin necesidad de que el sujeto invoque un interés legítimo, y mucho menos un derecho subjetivo. Jurídicamente sería el mero interés de legalidad de la acción colectiva; 2) El *interés jurídico*, es aquel que se suele identificar con el derecho subjetivo en su concepción clásica. Se constituye como la posición a cuyo favor la norma jurídica contiene alguna prescripción configurándolo como la posición de prevalencia o ventaja que el derecho objetivo asigna al sujeto frente a otros y, 3) El *interés legítimo*, que adquiere relevancia en lo jurídico a pesar de no descansar en un derecho subjetivo conforme a su concepción tradicional. Sin que se trate de un mero interés en la legalidad (interés simple).

Partiendo de esta noción de *interés legítimo*, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países suelen reconducir dentro de éste a los derechos o intereses de incidencia colectiva. En otras palabras, el problema que plantean los intereses difusos y colectivos se ha resuelto (inicialmente en Italia y luego en varios países europeos), al incluirlos en la noción de interés legítimo para encontrar su protección jurisdiccional (Ferrer, 2011, p. 55).

Según el jurista Jean Claude Tron, semánticamente el concepto de interés legítimo tiene dos acepciones: *1. Interés de una persona reconocido y protegido por el derecho, y 2. Una situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que por tanto conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento judicial, un procedimiento ajustado a derecho* (Tron, 2011, p. 6, 7).

La doctrina del interés legítimo, se desarrolló esencialmente en el derecho administrativo italiano y, en términos generales, significa el interés que le asiste a cualquier persona, pública o privada, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo, el interés legítimo es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés". (Sánchez, 1995). (Subrayé).

Ferrer (2004, P. 20) citado por Tron, sostiene que el interés legítimo,

Se desarrolló esencialmente en el derecho administrativo italiano, aunque se ha extendido a muchos países europeos. En términos generales, este tipo de interés lo tiene "cualquier persona, pública o privada (moral), reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo, el interés legítimo es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarle. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés. (Subrayé).

El artículo 88 de la Constitución Política, engloba dentro de la definición de “*la protección de los derechos e intereses colectivos*”, las acción popular y la acción de grupo: correspondiendo la primera al interés general de cualquier ciudadano, al interés jurídico simple orientado a la prevención de una amenaza contingente, una acción dirigida a satisfacer los interés de la comunidad; mientras que la segunda, corresponde al interés jurídico legítimo, al interés colectivo, objetivo y subjetivo, relacionado con una situación jurídica supraindividual, referida a intereses de grupos de personas y colectividades más

reducidas, que solo excepcionalmente llegan a coincidir con la totalidad de la comunidad, y que son o pueden ser afectadas en sus derechos subjetivos.

La concepción doctrinaria reseñada acorde al sentido ontológico de las acciones colectivas, de la acción de clase, incitan a una interesante reflexión sobre el porvenir de este medio procesal. Reflexión que deberá ocuparse en primer lugar, de validar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales expresados la Constitución; en segundo lugar, por economía procesal y celeridad, priorizar la solución de los litigios planteados por las acciones colectivas, minimizando las formalidades procesales propias del derecho civil individual y finalmente, adoptar como referente de una reforma legal y constitucional de las acciones colectivas, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

4. De la Legitimación

De acuerdo con Tron, “al concepto de interés legítimo suele atribuírsele un carácter ambiguo, en la medida que indistintamente se le asigna un doble carácter que compromete su legitimidad”: a) Sustantivo en su contenido en tanto que, como derecho subjetivo, legitima para actuar en defensa de esos intereses y b) Adjetivo en tanto que se asemeja al interés jurídico, como sinónimo impropio de la legitimidad en la causa, para accionar el procedimiento administrativo y otros procedimientos jurisdiccionales.

El jurista Tron, nos ofrece una síntesis de su evolución y las condiciones actuales de configuración del interés legítimo en el siguiente esquema:

Ad causam

- Derecho subjetivo, es la versión más restringida, basada en criterios patrimoniales del derecho, si se carece de este título básico.
- Derechos objetivos (erga omnes), con el devenir el orden jurídico prevé derechos e intereses exigibles por cualquier persona, destacan los derechos económicos, sociales y culturales. En esa virtud, la titularidad excluyente de los derechos se transforma en incluyente para comprender a cualquiera que sufra agravio.
- Interés legítimo, derivado de actos u omisiones de la Administración, se diseña este interés por la legalidad y basta que se afecten intereses de cualquier tipo, exigiéndose, eso sí, un daño o afectación cualificado.
- Interés colectivo (difuso, colectivo stricto sensu e individual homogéneo), como variante y combinación de los anteriores cuando el objeto o bien protegido sea indivisible y la titularidad supraindividual.

Ad procesum

- Interés jurídico, satisfecha cualquiera de las condiciones sustantivas o ad causam referidas, según el orden jurídico, se dispone del poder jurídico para tener acceso a la jurisdicción. Es en este sentido y conforme con la evolución de condiciones sustantivas o ad causam, que se obtiene el presupuesto para instar juicios o procedimientos, tal como se exige en los ordenamientos procesales o precedentes jurisprudenciales. El interés jurídico deviene en el interés a la restitución y garantía de goce.

Estas ideas pueden compendiarse en la siguiente expresión:

DS, Erga Omnes, IL o IC ad causam

IJ ad procesum

En este contexto teórico, en Colombia, en acción de grupo, son titulares (art 48, ley 472/98), las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual; 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. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados.

La llamada “acción asociativa” adoptada por los sistemas europeos y en países como Brasil y Méjico, en efecto, es una acción colectiva como la “acción de clase” norteamericana. La única diferencia radica en la preexistencia del grupo como requisito de procedibilidad, a diferencia de lo que sucede en Colombia, donde la titularidad para el ejercicio de las acciones colectivas, no se encuentran “corporatizadas”.

La Ley 472 de 1998, dibuja una figura aplicable al ejercicio de las acciones originadas en la afectación de derechos patrimoniales, ocasionados a un número plural de personas que actúan como un mismo grupo, bajo el un sistema *opt-in*, siempre y cuando tal como lo precisa el Parágrafo del mismo artículo, *“En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”*.

La legitimidad para actuar del grupo, se encuentra en cabeza del accionante quien, para interponer la demanda, lo hace a través de abogado. Situación similar a la legitimación para actuar judicialmente aplicada en los Estados Unidos. De allí que la Ley consagre (art 49, ibídem), que *“Las acciones de grupo deben ejercerse por conducto de abogado y, cuando los miembros del grupo otorguen poder a varios abogados, deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité.”*

Teóricamente, en términos de la legitimidad para actuar, la ley colombiana es taxativa en que el ejercicio de la acción debe ser representativo, colectivo y participativo. Representativo, en el sentido de que el abogado coordinador representa al mayor número de afectados; colectivo, en el sentido que permite la conformación de un comité de abogados integrado por los apoderados de los individuos del grupo, que libremente les han otorgado poder y, participativo porque dicho comité puede designar al apoderado encargado de coordinar la acción de los demandantes y a la vez representar a la totalidad de los miembros del grupo que no han otorgado poder.

En Colombia la figura del abogado coordinador ha tenido un importante desarrollo en términos jurisprudenciales. El Consejo de Estado Sección Cuarta, dentro del proceso judicial referido en presente escrito, en providencia del 16 de junio del 2003, de la acción de clase que cursa en el Juzgado 23 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección

Segunda, en la cual el número demandantes puede pasar de veinte mil, representados por cerca de cien abogados, de un grupo de ochocientos mil afectados consideró,

“En cuanto al Coordinador, la Sala advierte que será el único interviniente dentro del proceso, quien a más de interpretar los intereses del grupo velará por la efectividad de las decisiones del Comité y colaborará con la Administración de justicia para que a la presente acción se le imprima celeridad en su trámite”.

Quiere esto decir que, en el desarrollo y trámite de la acción, por más abogados que se encuentren en representación de las personas afectados por el daño demandado, solo el abogado coordinador tiene la facultad de representación del grupo y como tal la interlocución exclusiva, como parte, dentro del proceso.

2.5. De la Jurisdicción, Competencia, Requisitos y Reglas de la Demanda

En la Ley mientras la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas (art. 50 ibídem), la jurisdicción civil ordinaria conoce de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo (art. 51 ibídem).

Huelga recabar en este punto, que se requiere de un mayor desarrollo legislativo para que de conformidad con las consideraciones de la Corte Constitucional: el ejercicio de estas acciones -“*en su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos*

subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo”-, tenga lugar la redefinición y amplitud normativa del campo de aplicación de las acciones de grupo, como medio procesal indemnizatorio, en las jurisdicciones civil, agraria y laboral.

Los requisitos de la demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo (art. 52, *ibídem*), deben reunir los mismos requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil (hoy C.G.P) y en el Código Contencioso Administrativo, según el caso y, además, como toda demanda, 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 3° y 49 de la presente ley.
7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.

En el párrafo de este artículo se establece que, la demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho dañoso u omisión que la motiva, lo 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.

La admisión, notificación y traslado, debe producirse en los 10 días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, donde el juez competente se pronunciará sobre su admisión (art. 53). En el auto que admita la demanda, además de disponer su traslado al demandado por el término de diez (10) días, el juez ordenará la notificación personal a los demandados; mientras que 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.

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. El párrafo agrega que, el auto admisorio deberá valorar la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3º y 47 de la ley.

2.6. De la Integración y Exclusión del Grupo

La integración del grupo *opt-in* (art. 55). Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el

daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso, y **siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes**, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas (el aparte resaltado, como se verá más adelante fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional).

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella y las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud el interesado o de oficio. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

Obsérvese, que la noción de *integración del grupo* se diferencia de las “acumulación de pretensiones” o de la “acumulación de procesos” individuales, propios de la jurisdicción civil ordinaria o de la acción contenciosa de reparación directa. Se trata de la integración de un número plural de personas que habiendo sufrido un daño común se constituyen en un mismo grupo: integración que puede efectuarse a petición de parte, por el interesado, o decretarse oficiosamente por el juez que, conociendo que el proceso que tiene que admitir ya se encuentra instaurado por la misma causa y contra el mismo demandado, en

otro despacho de la misma jurisdicción, ordena su integración al grupo que originalmente instauró la demanda.

La integración de los miembros del grupo como parte del grupo demandante, debe efectuarse antes de la apertura a pruebas, luego de lo cual los miembros del grupo, solo podrán hacerse parte de las resultas de la sentencia, sin la posibilidad de reivindicar indemnización de daños y perjuicios extraordinarios.

Por su parte, respecto de la exclusión del grupo, *opt- out* (art.56). 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: a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término atrás previsto y 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 o que hubo graves errores en la notificación.

Transcurrido el término sin que el miembro así lo exprese, los resultados de la conciliación o de la sentencia lo vincularán. Es decir que forzosamente queda vinculado al grupo. Si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de perjuicios.

2.7. Diligencia de Conciliación y Pruebas

Para la Diligencia de conciliación (art. 61), de oficio el juez, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término que tienen los miembros del grupo demandante, para solicitar su exclusión del mismo, deberá convocar a una diligencia de conciliación con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, que constará por escrito.

La diligencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de convocatoria. No obstante, en cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar al juez la celebración de una nueva diligencia a efectos de conciliar sus intereses y poner fin al proceso.

En la diligencia podrá participar el Defensor del Pueblo o su delegado, para servir de mediador y facilitar el acuerdo; si el Defensor hubiere presentado la demanda, dicha función corresponderá al Procurador General de la Nación o su delegado, quien obrará con plena autonomía. En la audiencia también podrán intervenir los apoderados de las partes.

El acuerdo entre las partes se asimilará a una sentencia y tendrá los efectos que para ella se establecen en la ley. El acta de conciliación que contenga el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. El juez ordenará la publicación del acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional.

En lo que trata de las pruebas el art. 62 contempla que, realizada la audiencia de conciliación, el Juez decretará las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, y señalará un término de veinte (20) días para que se practiquen, dentro del cual fijará las fechas de las diligencias necesarias. Si la complejidad del proceso lo requiere, dicho término podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de parte, hasta por otro término igual.

Huelga decir que, en la práctica, el incumplimiento los términos anotados, tornan ineficaz el trámite procesal prescrito para estas acciones.

2.8. Sentencia, Contenido y Efectos

Establece la ley, sobre la sentencia (art. 64), que expirado el término para alegar de conclusión (art. 63), el juez procederá a dictar sentencia. La sentencia que ponga fin al proceso (art. 65), se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y, además, cuando la sentencia acoja las pretensiones incoadas, dispondrá:

- a. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.
- b. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente ley.
- c. El monto de dicha indemnización se entregará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:

d. Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El Juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias propias de cada caso y

e. Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el juez en la sentencia.

Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante Acto Administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas, el Juez o el Magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena, dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el artículo 61 de la presente ley. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado.

f. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al Juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

g. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

h. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al diez por ciento (10%) de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.

La sentencia tendrá efectos (art. 66), 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.

2.9. Recursos Contra la Sentencia

Según la Ley, la sentencia es apelable en el efecto suspensivo (art. 67). En este evento, el juez ordenará se preste caución para garantizar las medidas cautelares de embargo y secuestro. El recurso de apelación deberá resolverse por la autoridad judicial competente en un término máximo de veinte (20) días, contados a partir de la fecha de radicación del expediente en la Secretaría General; sin embargo, cuando sea necesario practicar nuevas pruebas, el término para decidir el recurso podrá ampliarse en diez (10) días.

Teóricamente, contra las sentencias proferidas en los procesos adelantados en ejercicio de las Acciones de Grupo proceden los recursos de revisión y el de casación, según el caso, de conformidad con las disposiciones legales vigentes; pero en ningún caso, el término para decidir estos recursos podrá exceder de noventa (90) días contados a partir de la fecha que se radicó el asunto en la Secretaría General de la Corporación.

Con todo, es necesario señalar que teóricamente el esquema procesal planteado con el rigor señalado materialmente por la ley, en la práctica es ineficaz. En el problema concreto

que suscita el presente trabajo se observa que, debido a que en las acciones de clase impera la tradición del derecho individual civil y las inercias del sistema procesal propios de la administración de justicia, no se ha dado judicialmente cuenta de la primera acción de clase impetrada, cuatro días después que entró en vigencia la Ley (9 de agosto de 1999): acción de clase cuyo trámite en la que jurisdicción de lo contencioso administrativo, está próxima a cumplir los diecisiete (17) años sin que se haya producido sentencia de primer grado.

2.10. De la Caducidad

Por tratarse del objeto del presente trabajo, se ha dejado para finalizar este Capítulo, la mención de la caducidad, contenida en los artículos 47 de la Ley 472 de 1998 y del artículo 164 numeral 2 literal h) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, y de la caducidad del artículo 55 de la ley 472 de 1998, sobre la que gravita al problema jurídico planteado en el presente trabajo.

Antes de entrar en la materia, es claro que mientras que el artículo 47 de la ley define que, “Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”, el artículo 164 numeral 2 literal h) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, precisa que “cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó

el daño.

A su vez, sobre el mismo tema de la caducidad, el artículo 55 relativo a la *Integración del Grupo*, establece que,

Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. (Subrayé).

Capítulo III

La Caducidad en Acción de Grupo.

Por definición, la figura procesal de la caducidad dice relación con la pérdida de la oportunidad de ejercer una acción para el reconocimiento de un derecho. Siendo entonces un fenómeno taxativo de naturaleza procesal que, al ser señalado en la ley, es un fenómeno de orden público, a diferencia de la prescripción que es de naturaleza sustancial, que extingue el derecho por no hacerse uso del mismo (Consejo de Estado, Sección Segunda 2011).

Así, según el Consejo de Estado, es por razones de seguridad jurídica, eficiencia y economía procesal, que el legislador dispone la extinción de las acciones judiciales que no se ejercen en el término previsto; estableciendo así la carga de acudir a la justicia con prontitud, esto es, dentro del plazo fijado por la ley, so pena de perder la posibilidad de hacerlo (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2015).

Tal como se anota al finalizar el Capítulo anterior, el término para presentar la acción de grupo, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 164 numeral 2 literal h) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, es de dos años, *“los cuales se deben empezar a contar desde la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”*.

Para determinar el momento a partir del cual se debe empezar a contarse el término de caducidad para presentar la acción de grupo, es necesario precisar la causa del daño que

se aduce. Esto es, establecer cuáles son los hechos que integran la causa alegada, la materialización del daño producido por esos hechos y, en algunos eventos, el momento en el cual el grupo tuvo o debió tener conocimiento de ese daño, además, verificar si esa causa es o no común al grupo, pues el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, dispone respecto de las acciones de grupo, que *deberán promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.*

3.1. Términos para interponer la acción según la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional

Respecto del término a partir del cual se debe contabilizar la caducidad para interponer la acción de grupo, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó dos hipótesis a partir de las cuales se debía empezar a contar dicho término,

En relación con el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término para presentar la demanda, ha precisado la Sala que en la acción de grupo deben distinguirse dos eventos: (i) aquellos en los cuales la producción del daño sea instantánea, aunque puedan extenderse sus efectos en el tiempo. En estos eventos, el término para presentar la demanda empieza a correr desde la causación del daño, y (ii) aquellos eventos en los cuales no sólo la acción o la omisión causantes del daño sino también el daño -y no sus efectos- se prolonguen en el tiempo. En estos eventos, el término para presentar la demanda empieza a correr desde la cesación de los efectos vulnerantes (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008). (Cursivas y resaltado fuera de texto)

En el primer evento, donde con la presentación de la demanda empieza a correr los términos desde la causación del daño, la jurisprudencia del Consejo de Estado Sección

Tercera, en Sentencia de 2 de junio de 2005 ha aclarado que,

cuando la existencia de dicho daño permanezca desconocida para el afectado, sin que esa ignorancia sea imputable a su desidia, de manera excepcional, en aplicación de principios y normas superiores como los de equidad, habría que contabilizar el término para presentar la demanda no desde el momento en que se produjo el daño sino desde el momento en que los afectados tuvieron conocimiento de su existencia. También ha destacado la Sala que tratándose de una acción de grupo, “para determinar si se ha producido o no el fenómeno de la caducidad debe precisarse previamente cuál es la causa que origina el daño cuya indemnización se solicita, y previo a este análisis, establecer cuál son los hechos que se imputan al o a los demandados para determinar si los mismos constituyen o no causas comunes al grupo”, de tal manera que el término para presentar la demanda corre para el grupo y no de manera individual para cada afectado. (Subrayé)

Respecto del segundo evento, esto es cuando el término para presentar la demanda empieza a correr desde la cesación de los efectos vulnerantes del daño, en esta misma Sentencia, destaca la Sala que,

El trato que el legislador le da al tema permite advertir la diferencia entre la acción de grupo y la de reparación, en cuanto al hito para contabilizar el término para intentar la acción, cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la administración. Tratándose de la acción de reparación el término para intentar la acción deberá contarse a partir del día en que se consolidó la omisión, es decir, desde el momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la administración, pues el artículo 136-8 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998 establece que dicho término se contará “a partir del día siguiente al del acaecimiento...”, en tanto que, tratándose de omisiones causantes del daño cuya indemnización se reclama a través de la acción de grupo, la acción podrá intentarse mientras no hubiere cesado esa omisión y hasta dos años después de que

cese, porque la norma prevé como uno de los momentos a partir de los cuales se cuenta ese término, el de la cesación de la acción vulnerante, ello en el entendido de que también el daño sea continuo, dado que sólo la prolongación del daño como consecuencia de la prolongación de la conducta omisiva de la administración, justifica el conteo del término desde cuando cesó la omisión....Ahora bien, debe tenerse cuidado, como lo señaló la Sala al resolver un asunto similar al que ahora se trata, que no puede confundirse la causación del daño con la prolongación del mismo, pues muy diferente es que el daño se genere por una permanente acción u omisión de la entidad y otra cosa es que el daño permanezca en el tiempo o se agrave por la falta de remedio oportuno. (Subrayé).

Así, de acuerdo a la primera hipótesis (art. 47 de la Ley 472/98), se requiere de un solo hecho y momento para interponer la acción, mientras que, de acuerdo a la segunda hipótesis, se deben considerar la permanencia, la persistencia en el tiempo del daño que permite interponer dicha acción.

No obstante, de acuerdo con la segunda hipótesis, aunque se inicie el conteo de los términos, a partir de la cesación de los efectos vulnerantes, “la indemnización del grupo no cubre más de los dos años anteriores a la presentación de la demanda”,

La Sala en varias oportunidades, tratándose de la contabilización del término de caducidad de la acción de grupo ha diferenciado dos supuestos: de una parte, los casos en los cuales el daño se produce de forma instantánea, cuando se presenta esta hipótesis el tiempo comienza a contarse, a efectos de presentar la demanda, el día en que el daño fue causado; de otra parte, aquellos eventos en los que la causa generadora del mismo es continúa, se mantiene en el tiempo. En estos supuestos, no es posible aplicar la anterior regla y debe entenderse que el tiempo comienza correr, a efectos de caducidad de la acción, desde el momento en que cesen los efectos vulnerantes. (Consejo de Estado,

Sección Tercera, 2008). (Subrayé).

Para la Corte, la caducidad para interponer la acción dice relación con dos aspectos del mandato legal sobre la caducidad contenidos en el artículo 47 de la Ley,

la primera parte del artículo 47 de la Ley 472 de 1998 establece que la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años “siguientes a la fecha en que se causó el daño”, y la segunda parte establece que la acción deberá promoverse dentro de los dos (2) años “siguientes a la fecha en que (...) cesó la acción vulnerante causante del mismo”.

En este sentido,

Considera esta Sala que la primera parte del mandato legal hace relación a la contabilización del término de caducidad cuando se aplica para aquella clase de daño que se agota, ejecuta o perfecciona en una sola acción u omisión, aun cuando de ella se deriven perjuicios posteriores para los afectados; mientras que la segunda parte del mandato legal hace referencia a la clase de daño que no se agota, ejecuta o perfecciona mediante una sólo acción u omisión determinable de manera objetiva en el tiempo, sino que se refiere a la clase de daño que se extiende y actualiza en el tiempo, o al denominado “daño continuado” o daño de “tracto sucesivo”, cuya acción vulnerante causante del mismo no ha cesado para el momento de la interposición de la acción de grupo. (Consejo de Estado, 2009). (Subrayé)

Entonces el Consejo de Estado, distingue dos circunstancias distintas en el cómputo de la caducidad: la referida a los casos en los que el daño se origina en un acto que se agota en su ejecución y la referida a la conducta vulneradora que no se agota en un solo acto o hecho, circunstancia que debe ser valorada por el juez, a fin de establecer si el hecho

generador del daño se agota en un solo momento o se prolonga en el tiempo (Consejo de Estado Sección Tercera, 2005).

En el mismo sentido el Consejo de Estado ha desarrollado dos líneas jurisprudenciales. En la primera de ellas, el término de caducidad para las acciones de grupo se debe contar teniendo en cuenta la fecha objetiva en la cual se realizó la acción o tuvo lugar el evento que causó el daño que se demanda, o a partir de la fecha en que los afectados objetivamente tuvieron conocimiento del daño causado, independientemente de que el daño se prolongue, agrave o agudice. De conformidad con esta línea jurisprudencial, *“si se tuviera en cuenta la prolongación o agravación en el tiempo del daño generado, ello implicaría en la práctica que existieran acciones resarcitorias sin término de caducidad”* (Ibídem).

La segunda línea jurisprudencial, toma en cuenta la existencia de “daños de tracto sucesivo”, de daños que se prolongan en el tiempo, por lo que no se podría hablar en estos casos de caducidad, pues la causa del daño que se pide indemnizar no ha cesado, sino que la acción vulnerante causante del mismo se prolonga en el tiempo.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, en otra oportunidad el Consejo de Estado, analizando otro caso similar al ahora examinado, afirmó que cuando se presentan estos casos donde hay lugar a daños de tracto sucesivo, no puede computarse el término de caducidad tomando como fecha el momento en que se entregaron las unidades de vivienda a los compradores, por cuanto “la norma es clara en señalar, que este término se cuenta a partir de la fecha en que cesó la acción vulnerante causante del mismo, lo que en éste caso no ha ocurrido pues los daños se siguen produciendo” (Corte Constitucional, 2015). (subrayé)

En relación con las dos líneas jurisprudenciales reseñadas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que,

(...), se diferencian la una de la otra fundamentalmente en que la primera hace énfasis en la determinación de la “fecha en la que se causó el daño”, mientras que la segunda línea jurisprudencial hace énfasis en la otra parte del mandato legal –art.47- respecto de la caducidad a partir del momento en que “cesa la acción vulnerante causante del mismo (Corte Constitucional, 2009).

Para la Corte, estas dos posturas no son excluyentes sino complementarias,

(...) siempre y cuando se realice la interpretación y aplicación de la norma legal a partir de la diferenciación entre la ocurrencia de un daño que se ejecuta y perfecciona mediante una sola acción u omisión y es determinable de manera objetiva en el tiempo; y la ocurrencia de un daño continuo o de tracto sucesivo cuya acción vulnerante causante del daño no ha cesado. (Ibídem).

3.2. Caducidad para interponer la Acción y para integrar el grupo

Aun cuando la máxima autoridad de lo contencioso administrativo y del control constitucional, hasta aquí, registran un importante desarrollo jurisprudencial sobre los alcances interpretativos del artículo 47 de la ley 472 de 1998, en los dos aspectos que relaciona la caducidad en acción de grupo. El primero de los dos (2) años “*siguientes a la fecha en que se causó el daño*”, y el segundo que establece que la acción deberá promoverse dentro de los dos (2) años “*siguientes a la fecha en que cesó la acción vulnerante causante del mismo*”; hacía falta el desarrollo interpretativo de los dos tipos de caducidad prescritos

en la ley: el relativo al artículo 47, referido a la caducidad para interponer la acción, la cual “ (...) *deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo*” y la norma del artículo 55, de la misma ley referido a la caducidad, para la integración al grupo, de “(...), *quienes hubieren sufrido un perjuicio, podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre el daño sufrido y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos quien interpuso la demanda como un mismo grupo*”; y de “*Quien no concurra al proceso podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, (...)*”

Para ilustrar la interpretación de la caducidad efectuada por la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, objeto de cuestionamiento en el presente trabajo, se hace necesario referirse al caso concreto de donde se genera la discusión jurídica de que trata la problemática de la caducidad en los procesos de acción de grupo.

3.3. El Caso Concreto

El 30 de junio de 1995 la Junta Directiva del Banco de la República, expidió la Resolución Externa No. 18, la cual determinó:

“Artículo 1º. El Banco de la República calculará mensualmente para cada uno de los días del mes siguiente e informará con idéntica periodicidad a las corporaciones de ahorro y vivienda, el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC –, equivalente al setenta y

cuatro por ciento (74%) del promedio móvil de la tasa DTF efectiva de que tratan las Resoluciones 42 de 1988 de la Junta Monetaria y Externa No. 17 de 1993 de la Junta Directiva de las cuatro (4) semanas anteriores a la fecha del cálculo”-

En sentencia del 21 de mayo de 1.999 el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Cuarta, con ponencia del Doctor Daniel Manrique Guzmán (expediente 9280), decretó la nulidad del artículo 1 de la Resolución No 18 de 30 de junio de 1.995, *advirtiendo que la Junta Directiva del Banco de la República al expedir la resolución acusada "quebrantó en forma directa los artículos 16, literal f, de la ley 31 de 1.992 y 134 del decreto 663 de 1.993, e indirectamente, los artículos 372 y 373 de la Carta, por no tener en cuenta las disposiciones de rango legal a los que debía sujetarse el cálculo de las UPAC".*, (Ref.: 1001-03-27-000-1998-0127-00).

El cinco (5) de agosto de 1999 entró a regir la Ley 472 de 1998, en desarrollo de lo establecido por el artículo 88 de la Carta Política referido a las acciones populares y de grupo y el nueve (9) de agosto de 1999, el Dr. Rodrigo Ocampo Ossa, Actor María Eugenia Jaramillo Escalante y otros, promueven demanda de Acción de Grupo, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para la indemnización de los perjuicios causados a los usuarios de créditos en UPAC, durante el periodo que estuvo vigente la Resolución Externa No. 18 de 30 de junio 1995, objeto de la referida nulidad.

En auto del 23 de agosto de 1999 se admite, notifica y ordena el traslado de la demanda, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B, de conformidad con el artículo 53 de la ley 472 de 1998, en los siguientes términos,

“(…)

Como la demanda reúne los requisitos formales previstos en el artículo 52 de la ley 472 de 1998, SE ADMITE. En consecuencia, se dispone:

“6° A costa de la parte demandante y a través de un medio masivo de comunicación – prensa o radio -infórmese a los miembros del grupo y a los eventuales beneficiarios ‘Que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección B, expediente N° 19990528, se adelanta acción de grupo con el objeto de que se declare al Banco de la República responsable de los perjuicios causados a los deudores del sistema UPAC por haber fijado una fórmula de corrección monetaria diferente a la que debía haber señalado legalmente, entre el 1° de agosto de 1995 y el 21 de mayo de 1999, y se le ordene a indemnizar por el daño causado por la forma en que se liquidó el UPAC.’”

El 13 de septiembre de 1999, se publicó en el diario “El Tiempo”, el Aviso ordenado en el auto admisorio de la demanda y el 28 de septiembre del mismo mes, se cumplieron lo términos de exclusión, previsto en el artículo 56 ibídem, de los miembros del grupo, sin que ninguno de ellos, con excepción de apoderada del Banco de la República doctora Adelaida Ángel Zea, haya manifestado su deseo de excluirse del grupo.

Sin que se hubieran surtido los trámites procesales consagrados en la Ley 472 de 1998, artículo 61, Diligencia de conciliación, y 62, apertura a Pruebas, respecto de la solicitud del integración efectuada por abogado coordinador del grupo, quien a finales del año 2002 mediante memorial, presentó solicitud a nombre de cuatrocientos cuarenta (440) personas que, en los términos del artículo 55, manifestaron su deseo de integrarse al grupo

demandante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B y el Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante autos del 24 de enero y del 16 de junio del 2003, respectivamente, negaron dicha solicitud con fundamento en el artículo 47 de la ley que como ya se mencionó, establece los términos de caducidad de dos (2) años para la interponer la demanda de acción de grupo.

Dicha negativa suscitó el ejercicio de la acción de tutela, contra la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por la causal de vía de hecho judicial, para que se protegieran los derechos a la igualdad (art. 13 de la C.P.), al debido proceso (art. 29 de la C.P.), en conexidad con los art. 228 y 229 de la C.P., referidos a la prevalencia del derecho sustancial y acceso a la administración de justicia.

En el mismo sentido, esta solicitud fue denegada por la Sección Quinta y Primera de la misma Corporación, quienes en primer y segundo grado confirmaron el fallo de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con base en la “improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”, y la validez de los argumentos de la Magistrada Ponente de la Sección Cuarta, doctora Ligia López Díaz, respecto de la caducidad para la integración al grupo de los 440 solicitantes.

Los argumentos confirmados de esa decisión referidos a la declaratoria de la caducidad a los solicitantes para ser parte del grupo accionante, básicamente se resumen en el fallo de segundo grado de la acción de tutela, efectuado por la Sección Primera del Consejo de Estado, Magistrado ponente, Ostau De Lafont Pianeta:

Expresó que el criterio interpretativo del artículo 55 de la Ley 472 de 1998, que sirvió de fundamento a la decisión objeto de tutela, no constituye una vía de hecho pues resultó de un análisis suficiente apoyado en las normas pertinentes con aplicación del criterio de la Sección en armonía con otras disposiciones de la misma ley, así como del C. de P.C.,

(...)

Manifestó que el alcance dado por la Sala al artículo 55 de la Ley 472 permitió establecer que en los dos eventos previstos en esa norma, la acción no procede si está caducada o prescrita, según lo dispuso por el artículo 85 del C. de P.C., aplicable a las acciones de grupo por remisión expresa del artículo 68 de la aludida Ley 472; que al momento de conformar el grupo no basta determinar en cuál de esas dos oportunidades se verifica la integración sino que, adicionalmente, quien lo solicite debe hacerlo dentro del término establecido para el ejercicio de la acción, esto es, antes de los dos (2) años a los que se refiere el artículo 47 de la referida ley, plazo que en el subíndice debe empezar a contarse a partir del momento en que quedó en firme la sentencia que declaró nula la Resolución núm. 18 del Banco Emisor, a saber, desde el 9 de junio del 2001, porque a partir de ese momento cesó el daño ocasionado con la aplicación de ese acto, por lo que las solicitudes de integración al grupo debieron presentarse hasta el 9 de junio de 2001 o, en su defecto, proceder a su rechazo, como en efecto lo hizo la Sección al confirmar en segunda instancia la decisión del tribunal. (Subrayé).

Con fundamento en la norma de la remisión al C de P.C. (art. 68, ley 472/98), el Consejo de Estado, Sección Cuarta, negó a los accionantes la solicitud de pertenecer al grupo demandante, aplicando los términos de caducidad para interponer la acción del artículo 47, y equiparando dichos términos con la caducidad para la integración al grupo señalada en el artículo 55 de la Ley, según la cual, *quienes hubieren sufrido un perjuicio, podrán hacerse parte dentro del proceso antes de la apertura a pruebas y dentro de los veinte (20) días*

siguientes a la publicación de la sentencia”. Situación que implicaba que, en razón a que la fecha de ejecutoria de la sentencia de nulidad de la Resolución externa No 18 de 1995 se surtió el 8 de junio de 1999, momento en que había cesado el daño, los términos para hacerse parte del grupo accionante se cumplían el 9 de junio de 2001, momento a partir del cual la solicitud de integrar el grupo de los accionantes, se encontraba prescrita y/ o caducada.

El Consejo de Estado, fundó dicha decisión en la interpretación descontextualizada de los diferentes segmentos del extenso inciso primero del artículo 55, que luego de señalar que,

(...) quienes hubieren sufrido un perjuicio, podrán hacerse parte dentro del proceso antes de la apertura a pruebas mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre el daño sufrido y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos quien interpuso la demanda como un mismo grupo”, consagra en el inserto siguiente del mismo inciso que, “Quien no concurra al proceso y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia (...),

Aparte subrayado declarado inexecutable por Corte Constitucional, en Sentencia C-219 de 2009, como se verá más adelante.

3.4. Consideraciones Sobre la Decisión Adoptada

La decisión adoptada por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, en el marco interpretativo de esta doble caducidad, sugieren el problema jurídico, objeto del

presente trabajo: *¿operaba la caducidad de dos (2) años establecida en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 para interponer la acción de grupo, instaurada por María Eugenia Jaramillo Escalante y otros contra el Banco de la República, para los miembros del grupo que de conformidad con el artículo 55 ibídem, en dicha acción, deciden y solicitan hacerse parte del proceso, antes de la apertura a pruebas y para quienes se acojan a los efectos de la sentencia?*

La primera consideración sobre la decisión adoptada es que, el segmento subrayado “Quien no concurra al proceso y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes,” deviene de la aplicación de la caducidad de dos (2) años para interponer la acción (artículo 47), a los miembros del grupo que antes de la apertura a pruebas solicitan la integración al grupo demandante en los términos del artículo 55. Es decir, la aplicación de los términos de caducidad establecidos para impetrar la Acción de Reparación Directa o demanda individual para la indemnización de los daños y perjuicios, ocasionados por una o varias acciones u omisiones acaecidas en el curso de una operación administrativa.

Una segunda consideración sobre el aparte subrayado, es que éste textualmente se hallaba integrado con los extremos del enunciado: “*Quien no concurra al proceso (...), podrá acogerse posteriormente dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia*”. Enunciado, que en su conjunto se refiere a una regla general aplicable en acción de grupo, a quienes se hagan parte, no como demandantes sino como posibles beneficiarios de la sentencia que pone fin al proceso, y no a quienes solicitan hacerse parte

del grupo demandante, “*antes de la apertura a pruebas*”.

La tercera consideración es que la aplicación de la caducidad por el Consejo de Estado Sección Cuarta, negó de plano la solicitud de integración al grupo demandante de las cuatrocientas (430) treinta personas que por medio de representante judicial, lo solicitaron, con lo que la Corporación desconoció el principio según el cual, con la admisión de la demanda instaurada por María Eugenia Jaramillo Escalante y otros (auto de fecha 23 de agosto de 1999 de la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca), se determinó el grupo, al mismo tiempo que se interrumpieron los términos de caducidad y prescripción de la acción para todo el grupo afectado por la Resolución Externa No. 18 de 1995 expedida por el Banco de la República.

El desconocimiento de la interrupción de los términos de caducidad, suscitado con la admisión de la demanda, para las personas que solicitaron integrar el grupo demandante antes de la apertura a pruebas, de contera significaba la extensión de la caducidad para las personas que, siendo miembros del grupo afectado, eventualmente serían beneficiarios de los efectos de la sentencia, como lo establece el artículo 55 de la Ley 472/98. Por cuánto su acción ya habría “*prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes*”.

Huelga hacer aquí un paréntesis para introducir una glosa del ámbito comparado, relativo a la figura procesal de la caducidad desde la óptica del Tribunal Superior Norteamericano, para las acciones de grupo: “*Por más de treinta años, ha sido aceptado que al radicar una acción de grupo, la caducidad, aplicable a las peticiones de miembros*

ausentes del grupo, se suspende” (For more than thirty years, it has been well accepted that the filing of a class action complaint tolls the statute of limitations applicable to the claims of absent class members). (Wasserman, 2006, p. 805).

Contrario sensu, la decisión adoptada negó de plano el principio procesal básico de interrupción de los términos de caducidad y prescripción, acaecido con la presentación y admisión de la demanda. Esta decisión quebró la armónica relación entre, los artículos 47 y 55 *ibidem*, y el conjunto normativo de la Ley.

En el marco de la filosofía analítica del derecho, salta a la vista que la decisión adoptada transgrede radicalmente el principio procesal de *Iura Novit Curia*. Principio que, según el Tribunal Superior Español, “presupone la facultad que tienen los tribunales para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso (y que), si bien esta cuestión debe extraerse de los hechos alegados y probados, tiene que guardar la necesaria armonía con la pretensión deducida, con el *petitum* y la *causa petendi*” (Henríquez, 2013-2014 p.1).

Según dicho aforismo, *iura novit curia*, (el juez conoce el derecho), el juez debe aplicar las normas jurídicas apropiadas a los hechos, tal como son presentadas por las partes (*da mihi factum, dabo tibi jus*) y, si es necesario, realizar sus propias investigaciones jurídicas; pero, para el caso observado, el juez no aplicó a los hechos las normas jurídicas apropiadas, ni efectuó, algún tipo de investigación jurídica pertinente.

Respecto del mencionado brocardo, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Superior Español, sostiene que:

Por tanto, la causa de pedir tiene un componente jurídico que la conforma y sirve de límite a la facultad del juez de aplicar a los hechos el derecho que considere más procedente, esto es, limita el iura novit curia. Este límite tiene fiel reflejo en el artículo 218 LEC, al disponer que el tribunal ha de resolver conforme a las normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. (Subrayé).

Pero, la adopción de la decisión el Juez Contencioso fue imperativa, no aplicó a los hechos el derecho pertinente conforme a las normas aplicables al caso, sino que acudió a fundamentos de hecho y de derecho distintos a los que la parte demandante exigía hacer valer, aplicando la caducidad como criterio general y no como norma expresa y específicamente delimitada por la ley, restringiendo con ello el principio de *iura novit curia*. Por lo que, con su decisión, el juez violó el principio jurídico de congruencia entre los hechos y las pretensiones respecto de la norma; no guardó la necesaria la armonía entre la pretensión de ser incluido en el grupo y el derecho legal y constitucional que así lo prescribía según por los artículos 47 y 55 de la Ley y 88 de la Carta.

El Juez consideró la norma relativa a la caducidad (término de dos años para el ejercicio de la acción), como la norma aplicable para la integración del grupo; integración que es posterior a la presentación de la demanda y los términos de prescripción y caducidad (para quienes deciden integrar el grupo), se encuentran interrumpidos. El tratamiento dado a la figura de la caducidad es expresivo de la orientación “formalista” del operador judicial que resuelve simplemente la aplicación de la norma: el logicismo kelseniano donde la norma jurídica se presenta, sin más, “como una estructura racional expresiva de un ‘deber ser’ con

un fundamento de validez apriorístico, no determinado por su eficacia de hecho”; “Pues una norma no es un hecho del ser sino una prescripción del deber ser” “Por ello, como sentido de un hecho del ser, debe distinguirse de este hecho mismo y no identificarse con él. El acto cuyo sentido es la norma o el acto mediante el cual se crea una norma, el acto de ordenar, es un ser; la norma, que es su sentido, es un imperativo, un deber ser.” (Kelsen, citado por Triana, 2017, p.6), Es decir no es la norma la que debe encuadrar con el hecho, sino que es el hecho el que debe encuadrar con la norma,

Kelsen hace hincapié en que cuando un suceso de la vida real se considera jurídico, con ello no se hace referencia a que categorías causales propias del mundo del “ser” se introducen en la esfera normativa del “deber ser”, sino que ese suceso real solo hace mantener la validez de la norma cuando coincide con ella, de manera que la norma jurídica se representa como un “esquema de interpretación”, que mediante un principio de selección encuadra la conducta efectiva con el supuesto de la norma. (ibíd., p.7)

Además de la aplicación imperativa de la norma prescrita sobre la caducidad, cabe enjuiciar la decisión de caducidad adoptada, por la inobservancia de uno de los aportes más importantes de la filosofía analítica del derecho como el de textura abierta del lenguaje, postulado por el profesor H. L. A. Hart. Esquemáticamente: la norma sobre la caducidad, cubre el espacio de tiempo prescrito de dos años para impetrar la acción de grupo, pero la vaguedad de la norma da cuenta de una zona de penumbra conformada por “caducidad de tracto sucesivo”, parcialmente esclarecida por el Tribunal constitucional, y la zona de penumbra, referida a la caducidad para integrar el grupo y para beneficiarse de las resultas de la sentencia, delimitación que, como se verá más adelante, posteriormente fue también esclarecida por el máximo Tribunal constitucional.

Vista así la amplia zona de penumbra, es indudable que para su esclarecimiento no debe operar el formalismo, sino más bien el escepticismo en la aplicación de la norma. Para ello hubiese sido necesario la presencia de dos aspectos esenciales en la decisión del juez: resolver la cuestión, ponderando racionalmente una elección de los intereses en conflicto y sus efectos; y el ejercicio de un mayor margen de discrecionalidad judicial en la aplicación de la norma general al caso concreto, como condiciones indispensables para la materialización de la idea hartsiana de textura abierta del lenguaje en las decisiones judiciales.

Pero, por supuesto que, la mayor limitación para el ejercicio de una actuación judicial de este tipo, la constituye la estructura del sistema judicial y la estructura de la administración de justicia además de las inercias que la caracterizan. Es paradójico que, mientras materialmente la Carta Política asigna a las acciones de clase, en cuanto medio de control, un rango constitucional, y el Consejo de Estado y la Corte Constitucional le han atribuido principios como los de, “efecto útil”, “interpretación sistemática”, “interpretación conforme”, “interpretación razonable” y otra serie de principios constitucionales como el de “prevalencia del derecho sustancial”, etcétera, etcétera: dicho rango y los principios enunciados sean meros enunciados formales, simples elucubraciones; principios sobre los que no se reporta evidencia empírica, de su aplicación. Bástenos con citar como ejemplo el proceso judicial en el que se soporta el problema jurídico tratado en el presente estudio: la acción de clase referenciada, no obstante ser la primera acción instaurada bajo la vigencia de la Constitución de 1991 y de la ley 472 de 1998, está próxima a cumplir diecisiete (17) años,

sin que la autoridad judicial administrativa haya siquiera producido sentencia de primer grado.

Pero prosigamos. La zona de penumbra es una característica propia de cualquier norma o regla jurídica y del lenguaje: “no importa lo claro que parezca el significado de una palabra de una frase o de una regla, siempre habrá un margen de vaguedad”, que deberá ser el administrador de justicia, el operador judicial, quien la delimita y restrinja con base en los flexibles márgenes de discrecionalidad del juez, respecto del precedente y de la interpretación estandarizada, exegética o formalista de la regla o norma.

Las Limitaciones estructurales de la administración de justicia, además de restringir los márgenes de discrecionalidad judicial, resultan proclives a la concepción estática de validación del precedente, interpretación formalista y aplicación estándar de la norma. Como expresión de esas limitaciones, resulta interesante ensayar, en el estudio que nos ocupa, una precisa observación de la doctrina del “derecho viviente”, respecto de la cual la Corte Constitucional, en más de una sentencia de inconstitucionalidad en casos concretos de aplicación de ley o de la jurisprudencia por parte de organismos de cierre, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, ha precisado los alcances de decisiones judiciales en control de constitucionalidad.

“El derecho viviente” entendido como la interpretación que dan las altas cortes a las leyes. Como el derecho adoptado por la Corte suprema de justicia, como “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 237-1 de la C.P.) y el Consejo de Estado como “tribunal

supremo de lo contencioso administrativo”, orienta a los jueces bajo su jurisdicción a la aplicación en concreto de la regla, norma o ley con base en la jurisprudencia o precedente judicial. El precedente del artículo 10º de la ley 157 de 1887 (subrogado por el artículo 4º de la Ley 169 de 1889), establece que: *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”*. Es decir, el llamado principio de la *“doctrina probable”*.

La doctrina del “derecho viviente” es una doctrina de la interpretación jurídica que, tiene como finalidad sugerir o recomendar a los interpretes jueces y magistrados, acerca del modo no solo de cómo deben interpretar sino también de cómo deben operar y decidir. Por lo que la interpretación judicial sugerida, o mejor ordenada, sobre una determinada disposición, es tomada como una decisión orientada por el significado interpretativo de la disposición. Situación que en la práctica tiene consecuencias jurídicas determinantes y definitivas.

La interpretación doctrinal puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los textos.

Con esto quiero decir que normalmente los juristas se interrogan –o al menos así se supone– sobre el significado de los textos normativos en abstracto, esto es, sin preocuparse de la solución de una específica controversia. (Pero) la interpretación judicial, por el contrario, puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los hechos, en el sentido que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo (sino) un particular supuesto de hecho o controversia, que hay que solucionar. Los jueces, en realidad, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo en abstracto, sino que se preguntan si un supuesto de hecho cae o no dentro

del campo de aplicación de una cierta norma. (Gimeno 2000, P. 696-697). (Subrayé).

Respecto de las restricciones o “filtros” a las implicaciones de las interpretaciones que le son propias al derecho viviente, la Corte Constitucional ha señalado que,

Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma (Corte Constitucional, 2001). (Subrayé).

Para la Corte, la jurisprudencia de estos dos órganos de cierre, fundada en la costumbre de aplicación de la norma, o principio de la doctrina probable, es un referente indispensable para apreciar el significado viviente de las normas constitucionalmente demandadas,

Pero la doctrina del derecho viviente no impide que el juez constitucional efectúe un análisis crítico del sentido normativo, fijado jurisprudencialmente, del artículo demandado. El derecho viviente surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio

de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo. Le corresponde a la Corte Constitucional decidir si recibe y adopta dicha interpretación. Y en caso de que la acoja proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional (Corte Constitucional, 2001). (Subrayé)

En examen de demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 3, 46 y 48 de la ley 472 de 1998, que declaro la inexecutable la expresión, “*Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*”, la Corte al examinar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad de la acción de grupo, señaló,

La doctrina del derecho viviente, acogida por esta Corte, pero desarrollada igualmente por otros tribunales constitucionales, busca dos propósitos esenciales: (i) armonizar el carácter abstracto del control constitucional con los significados concretos y efectivos que adquieren las disposiciones jurídicas demandadas en la práctica jurídica y social; y (ii) armonizar el reconocimiento y protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley (CP arts. 228 y 230) con la función que corresponde a esta Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241). (Corte Constitucional, 2004). (Subrayé)

La Corte, al pronunciarse sobre la executable del artículo 4º de la ley 169 de 1889, en Sentencia C-836 de 2001, respecto de la facultad de la Corte Suprema de variar la doctrina “en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”, señaló que dicha facultad puede entenderse de tres maneras diferentes: 1. Cuando la doctrina habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior. 2. Cuando considere que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los

valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico y

3. Por los cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante. (Corte Constitucional, 2001)

Sobre estas posibilidades de variar la jurisprudencia, por parte de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, también se ha pronunciado,

44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico, sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. (Corte Constitucional, 1999). (Subrayé).

Dicho juicio de constitucionalidad sobre la interpretación judicial en concreto de una norma, devela la naturaleza ideológica de la llamada “doctrina del derecho viviente”. A este respecto, huelga mencionar los tres planos o niveles distintos que, en el análisis del fenómeno jurídico, corresponden a las tres funciones diferentes del lenguaje planteadas por el teórico de la interpretación Ricardo Guastini, a saber “la metateoría, la teoría y la

doctrina”, correspondiéndole a esta última dar respuesta a la pregunta “¿cómo se debería interpretar, qué métodos debe el intérprete usar y cuál debería ser la finalidad de la interpretación?”: *La doctrina utiliza un discurso directivo, se mueve en el ámbito del deber ser y está formada por enunciados normativos*, por eso la finalidad de un estudio doctrinal de la interpretación jurídica es proponer, sugerir, o recomendar a los intérpretes acerca del modo en el cual deberían operar. Según Guastini el discurso doctrinal, que es el que desarrolla por lo general la dogmática jurídica, no es susceptible de control empírico, pues cumple una función prescriptiva. Por eso el estudio doctrinal (por ser), un estudio ideológico de la interpretación. Se caracteriza por estar compuesto de enunciados no descriptivos sino valorativos (Guastini, citado por Gimeno, 2000, P. 690).

3.5. Inconstitucionalidad Parcial del Artículo 55 de la Ley 472 de 1998

3.5.1. Consejo de Estado, Inaplicación de la Caducidad de Artículo 55 de la Ley 472 de 1998.

La “doctrina del derecho viviente” desarrollada por el Consejo de Estado en su interpretación de la caducidad, entendida como “interpretación de la ley”, hubo de ser confrontada por la misma Corporación al decidir, conforme al principio de interpretación sistemática, esto es conforme a la “interpretación del Derecho”, la inaplicación de la caducidad de que trataba el artículo 55 de la Ley, con motivo de la acción de grupo instaurada por la señora Yudy Ester Cáceres y Otros, Contra la Nación-Ministerio de Defensa, por violaciones a los derechos humanos, asesinatos selectivos y desplazamiento

forzado propiciados por la incursión paramilitar en el municipio de Tibú y los corregimientos de La Gabarra y Filo Gringo, jurisdicción de El Tarra, región del Catatumbo, departamento de Norte de Santander.

Los actores presentaron demanda de acción de grupo, *en su nombre y en el de los habitantes del corregimiento Filo Gringo, que padecieron desde el mes de septiembre de 1999 hasta marzo de 2000 las amenazas de un grupo armado ilegal y resultaron perjudicados con la arremetida paramilitar que afectó la indicada localidad entre el 29 de febrero y el 3 de marzo de 2000, quienes como consecuencia de esto tuvieron que desplazarse forzosamente de su lugar de domicilio, padeciendo daños morales, de vida en relación y patrimoniales”, acción que dirigieron en contra de la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército y Policía Nacional. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007):*

1.1. La demanda fue interpuesta oportunamente. En efecto, el término para presentar la acción de grupo, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la ley 472 de 1998, es de dos años, los cuales deben empezar a contarse desde “la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo” y en el caso concreto, la demanda fue presentada el 25 de enero de 2002, esto es, dentro de los dos años siguientes al acaecimiento de los hecho que, de acuerdo con la misma causaron los daños cuya reparación se reclama, que consistieron en el desplazamiento forzado a que se vieron sometidos los habitantes del corregimiento Filo Gringo y los daños producidos a sus bienes por el grupo paramilitar que se hallaba en la zona del bajo Catatumbo desde el mes de mayo de 1999

1.2. Además, se cumplieron las exigencias formales para la procedencia de la acción, relacionadas con:

1.2.1. El número mínimo de integrantes del grupo afectado y la titularidad de la acción que ostentan

los demandantes. La Sala ha señalado que no es necesario que todas las personas que integran el grupo demandante concurren al momento de presentación de la demanda, ni que quienes presentan la demanda sean por lo menos 20 demandantes, toda vez, que de conformidad con lo dispuesto por el párrafo del artículo 48 de la ley 472 de 1998

1.2.2. Los demandantes actúan a través de abogado, dando así cumplimiento a lo establecido en el primer inciso del artículo 48 de la ley 472 de 1998.

1.2.3. Los perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía, quienes a pesar de haber sido advertidos de la inminencia del ataque paramilitar contra la población de Filo Gringo, no adelantaron ninguna acción eficaz tendiente a impedir la consumación de las acciones criminales y a proteger a la población civil, y además, porque el grupo armado ilegal hizo presencia en la región, previa coordinación y planeación con efectivos de las Fuerzas Armadas.

1.2.4. Las pretensiones son netamente reparatorias. Están orientadas a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del desplazamiento a que fueron forzados por los hechos imputables a la entidad demandada y la destrucción total o parcial de sus viviendas y enseres. (Subrayé).

Tras estas consideraciones relativas a los requisitos de procedibilidad de la acción para el caso concreto, en esguince al “derecho viviente”, el Consejo de Estado Sección Tercera, en Sentencia del 6 de octubre de 2005 (Exp. AG 41001233100020010948-01), decidió inaplicar la caducidad a que se refiere el artículo 55 de la ley 472, relativo al aparte subrayado de la norma: “y siempre y cuando su acción no haya prescrito y o caducado”, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad, contenida del artículo 4º de la norma superior en los siguientes términos,

Encuentra la Sala que, en oposición al contenido de todas estas normas, cuando se regula el derecho de quienes no intervinieron en el proceso, de acogerse a los efectos favorables de la sentencia, el aparte “y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado” del artículo 55 de la ley 472 impide efectivamente hacer uso de ese derecho. La frase señalada es abiertamente incompatible con la Constitución, pues una simple lectura del texto basta para advertir la oposición flagrante al mandato constitucional contenido en el artículo 229, por lo que el juzgador cuando se enfrenta a este precepto debe optar por inaplicarlo. (Subrayé).

El segmento normativo arriba indicado del artículo 55 de la ley 472 impide el acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.), por cuanto mientras el texto de la ley en perfecta simetría con la Constitución está encaminado a evitar el ejercicio de acciones indemnizatorias individuales, cuando ya se ha intentado la de grupo, a menos que se logre la exclusión, en el aparte que se analiza se impide a quienes no se hicieron parte en el curso del proceso, obtener la indemnización de perjuicios a que la sentencia condenó en su favor, con el argumento de que la reclamación debe hacerse dentro de su propio término de caducidad o prescripción, a pesar de que no depende del afectado la determinación del momento en el cual se produce la sentencia, en otras palabras la determinación del momento para acogerse a los efectos de la sentencia. Ello depende de factores externos tales como la congestión propia de la función judicial que impide el cumplimiento de los términos judiciales. (Subrayé).

En tal virtud, la ruptura entre el aparte destacado del artículo 55 de la ley 472 de 1998 y el artículo 229 Constitucional es, a juicio de la Sala, ostensible, por lo que no se tiene camino distinto que optar por la disposición constitucional, en acato a la regla prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual ordena la aplicación constitucional preferente aún frente a disposiciones imperativas, como en el caso sometido a estudio de la Sala, cuando quiera que éstas resulten incompatibles con la Carta. En consecuencia, para la Sala en este caso habrá de inaplicarse

la parte destacada del precepto para, en su lugar, dar aplicación a la Constitución Nacional.

(Subrayé).

Nótese que la decisión adoptada por la Sección Tercera, en acato de la regla prevista en el artículo 4° de la Constitución política, que ordena la aplicación constitucional preferente, gravita sobre la lesión del derecho que impide a “*quienes no se hicieron parte en el curso del proceso, obtener la indemnización de perjuicios que la sentencia condenó en su favor*”. Es decir, extiende los efectos de la sentencia para quienes, siendo parte del grupo afectado, no se hicieron parte demandante en el proceso y de la misma manera, para quienes deciden hacerse parte del grupo demandante antes de la apertura a pruebas, puesto que, antes de este momento la caducidad o prescripción se encuentra interrumpida por el auto admisorio de la demanda.

Teóricamente la decisión adoptada encaja dentro de la distinción de Guastini, entre “*la actividad de interpretar y la actividad de aplicar el derecho*”, distinción íntimamente relacionada con la diferencia entre la disposición normativa y norma, según que, “Cuando se aplica el derecho se aplican normas, (mientras que) cuando se interpreta se interpretan disposiciones normativas. Siempre que se usa una disposición normativa, se usa uno de sus significados posibles, o sea una de las normas que puede expresar”. (Guastini, citado por Gimeno, P. 698). Y fue precisamente la vaguedad de la norma, lo que permitió al Consejo de Estado Sección Tercera, interpretar la dimensión normativa y en consecuencia aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

3.5.2. Corte Constitucional, Inexequibilidad Parcial del Artículo 55 de la Ley 472 de 1998.

En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad (art. 40-6 y 240-1), los ciudadanos Ramiro Mejía Correa, Luis Hernando Llanos Urueña y otros, afectados por la decisión adoptada en Auto de 16 de junio de 2003 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y motivados por la excepción de inconstitucionalidad que en aplicación del artículo 4 de la norma superior había sido decretada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, solicitaron a la Corte declarar la inexequibilidad de la expresión “*y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes,*” contenida en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998.

La Corte asumió el conocimiento de la demanda contra el artículo 55 (parcial), a pesar de haber conocido previamente sobre otras demandas dirigidas contra el mismo artículo en los fallos C-215 de 1999 (M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez), donde se pronunció sobre todo el texto del artículo en lo relativo a la supuesta vulneración del debido proceso que pudiera resultar de los efectos de la sentencia para quienes siendo afectados no intervinieron dentro del proceso; C-1062 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), en relación con la exequibilidad de la expresión “*derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos*” y la C-735 de 2008 (M. P. Mauricio González Cuervo), donde la sala decidió inhibirse, sobre el tema planteado, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Bajo el criterio de “cosa juzgada relativa”, en razón a que el conocimiento y decisiones asumidas por la Corte en dichas demandas, no se referían al nuevo cargo, que trataba de un asunto diferente a las decisiones anteriores, no existía impedimento ni restricción alguna para que la Corte pudiera ocuparse de definir sobre la exequibilidad del precepto demandado como cosa juzgada.

3.5.2.1. La Demanda.

Se formularon dos cargos específicos contra el texto demandado, el primero por su oposición material frente a varios preceptos constitucionales (artículos 13, 29, 88, 228 y 229) y el segundo por las interpretaciones derivadas de comparar la regla demandada con otras disposiciones de la Ley 472 de 1998 que regulan el trámite de la acción de grupo. En relación con dichos cargos se abordó el examen constitucional del acceso a la administración de justicia, de que trata el artículo 229 superior (Pinilla, 2009).

Por “no ser procedente el examen de las dificultades de interpretación que se causan al comparar la regla mencionada, con otras disposiciones de la Ley 472 de 1998”, la Corte sólo se ocupó del examen del primer cargo, es decir, de la confrontación de carácter jerárquico entre una norma constitucional y otra del nivel legal, cuya consecuencia fue la incompatibilidad entre ellas, esto es, la declaratoria de inexecutable parcial de la norma. En razón al debate planteado en la demanda sobre las divergencias entre el segmento acusado y otras disposiciones de la ley 472 de 1998, la Corte no consideró necesario realizar una integración normativa.

3. 5.2.2. El Problema Jurídico.

Consistió en determinar si, *¿la regla contenida en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, conforme a lo cual no podrán acogerse a la sentencia proferida al término de un proceso de acción de grupo aquellas personas cuya acción individual haya prescrito o caducado para ese momento, es contraria a la intención y contenido del artículo 88 superior, por el cual el Constituyente estableció las acciones de grupo o clase?* En la misma línea le correspondió a la Corte decidir si, *¿se lesionan los derechos de acceder a la administración de justicia, y a la igualdad, de los que tratan los artículos 229 y 13 de la misma obra?*

3. 5.2.3. Ratio Decidendi 1

El Propósito de la Acción de Grupo y su Alcance Como Mecanismo Dirigido a Facilitar el Acceso a la Administración de Justicia.

3.5.2.4. Obiter Dicta.

Desde la expedición de la Ley 472 de 1998, el concepto y finalidades de la acción de grupo han sido estudiados y esclarecidos en importantes y sucesivos pronunciamientos de esta corporación, varios de los cuales fueron reseñados por los actores y por los intervinientes dentro de este proceso. Entre los principales cabe destacar las sentencias C-

215 de 1999 (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez), C-1062 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), C-569 de 2004 (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes), C-116 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) y, más recientemente, T-191 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En todas estas providencias la Corte ha resaltado, de manera concordante, los objetivos y características de las acciones de grupo, para lo cual ha trazado un paralelo en el que se registran sus semejanzas, pero también sus diferencias, con las acciones populares, el otro mecanismo procesal al cual se refieren tanto el artículo 88 superior como la Ley 472 de 1998. Ambas acciones tienen en común un sujeto activo esencialmente plural, que sin embargo se pone en movimiento a partir de la iniciativa de uno o unos pocos de los sujetos que conforman el conjunto de personas afectadas, lo cual supone la superación, o al menos la relativización, de las estructuras procesales clásicas que en la mayoría de los casos prevén la existencia de un sujeto activo individual. (Subrayé)

Dentro de las razones que justifican la existencia de este instrumento, que es entonces adicional a las acciones civiles o administrativas que la ley otorga a cada uno de los así perjudicados, ha resaltado la Corte: i) la expectativa de avanzar en la solución de graves y estructurales problemas de acceso a la justicia; ii) la posibilidad de modificar el comportamiento de ciertos agentes económicos que de no existir un mecanismo de este tipo carecen de incentivos claros para evitar daños individuales pequeños, quizás catalogados como insignificantes, a un número considerable de personas, cuya polémica contrapartida puede ser un beneficio económico apreciable para tales agentes; iii) la importancia de contribuir a la economía procesal en beneficio de todos los involucrados, e incluso de quien

aparezca como parte demandada, así como de evitar, en lo posible, la adopción de decisiones contradictorias como las que podrían presentarse al definirse en distintos tiempos y ante diversos jueces, cada uno de los casos individuales. (Subrayé)

Recapitulando, esta corporación al pronunciarse sobre las normas regulatorias de la acción de grupo contenidas en la Ley 472 de 1998 ha resaltado de manera consistente que la potestad de configuración normativa de la que, sin duda, goza el legislador en relación con esta materia, no es absoluta, sino que por el contrario, se encuentra claramente enmarcada dentro del propósito de establecer mecanismos racionales que faciliten y promuevan el uso de esta acción en los casos previstos por la norma superior, de tal modo que se materialice y fortalezca el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia, y al mismo tiempo se haga posible el logro de los importantes beneficios sociales que páginas atrás fueron reseñados. (Subrayé).

3.5.2.5. Ratio Decidendi 2

El Contenido y Efecto del Segmento Normativo Acusado y su Inexequibilidad.

3.5.2.6. Obiter Dicta

Se demanda una expresión que hace parte del texto del artículo 55 de la Ley 472 de 1998, por efecto de la cual la posibilidad de acogerse a los efectos de la sentencia dictada al término de un proceso de acción de grupo se encuentra condicionada al hecho de que la

acción indemnizatoria individual, propia de la persona interesada, no haya caducado para dicha fecha, de conformidad con lo establecido para el efecto en las disposiciones legales pertinentes.

A este respecto la Corte destaca que el contenido y el efecto del precepto acusado son claros e inequívocos. Por ello les asiste razón a los demandantes al entender que como consecuencia de esta norma, la posibilidad de obtener una indemnización en casos en los que siendo legalmente procedente ejercer tanto la acción de grupo como la individual, no se hubiere ejercido ninguna de ellas, resulta frustrada de manera definitiva desde la fecha en que se configure la prescripción o caducidad de dicha acción individual. (Subrayé).

En opinión de los demandantes esta regla debe ser declarada inexecutable ya que resulta contraria al contenido e intención del artículo 88 constitucional que establece las acciones de grupo, y vulnera también otros artículos de la misma obra, tales como el 13 sobre derecho a la igualdad, el 29 sobre debido proceso, el 228 sobre prevalencia del derecho sustancial y el 229 sobre libre acceso a la administración de justicia. (Subrayé)

3.5.2.7. Ratio Decidendi 3

El Precepto Demandado es Contrario al Propósito que Conforme a la Constitución Política tienen las Acciones de Grupo.

3.5.2.8. Obiter dicta

El principal objetivo que animó al Constituyente de 1991 a establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico las acciones de grupo fue el de facilitar el acceso a la administración de justicia y el más eficiente funcionamiento de ésta frente a situaciones en las que a partir de la ocurrencia de un único hecho dañoso, un número considerable de personas tienen derecho a reclamar de un mismo sujeto sendas indemnizaciones.

El segmento normativo atacado crea un obstáculo capaz de frustrar de manera definitiva el derecho a la indemnización de todas aquellas personas que habiéndose visto afectadas por el hecho dañoso común, no hubieren ejercido de manera personal acción judicial alguna, no obstante que otro(s) miembros del conjunto de perjudicados sí hayan promovido oportunamente la acción de grupo. (Subrayé)

Resulta factible entender la intención de la norma, que como ocurre con todas las demás disposiciones legales vigentes sobre caducidad o prescripción de las acciones judiciales, *no es otra que procurar el pronto y oportuno logro de la seguridad jurídica*, estimulando al titular del derecho a actuar de manera diligente, so pena de que en vista de su desinterés, aquél pueda considerarse extinguido.

Sin embargo, *en el presente caso una disposición de este tipo supone la directa negación de los objetivos que persiguen las acciones de grupo establecidas en el artículo 88 superior, uno de los cuales es la posibilidad de que todos los integrantes del grupo se*

beneficien del impulso de la actuación dado por parte de cualquiera de ellos. Por ello, dentro de este contexto constituye un contrasentido deducir efectos desfavorables de la transitoria inacción de alguno(s) de los interesados. Así las cosas, la aplicación de esta regla dentro del proceso de las acciones de grupo marcha en contravía del propósito que la norma superior asignó a tales acciones, por lo que desde la perspectiva constitucional, ella resulta inadmisibile. (Cursivas fuera de texto)

3.5.2.9. Ratio Decidendi 4

La regla acusada restringe el acceso a la administración de justicia, propicia una situación discriminatoria contraria al derecho a la igualdad y afecta el debido proceso de los perjudicados por el hecho dañoso.

3.5.2.10. Obiter Dicta

Según lo ha definido la jurisprudencia constitucional, el derecho de acceder a la administración de justicia de que trata el artículo 229 superior es fundamental, presentando diversas facetas y aplicaciones. Sobre los alcances de este derecho expresó la Corte en sentencia C-1195 de 2001 (Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra):

“El derecho a acceder a la justicia tiene un significado múltiple. Entre otros, comprende contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones

injustificadas, que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso, que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los pobres, que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional. Este derecho se garantiza también a través del uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.”(cursivas y subrayadas fuera de texto).

En relación con este aspecto resulta sin duda pertinente traer a colación algunas de las reflexiones vertidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado a las que hicieron alusión tanto los actores como varios de los intervinientes. Sobre el particular ha señalado esa corporación, que en repetidas ocasiones ha resuelto inaplicar vía excepción de inconstitucionalidad, la norma aquí demandada:

Encuentra la Sala que en oposición al contenido de todas estas normas, cuando se regula el derecho de quienes no intervinieron en el proceso, de acogerse a los efectos favorables de la sentencia, el aparte ‘y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado’ del artículo 55 de la ley 472 impide efectivamente hacer uso de ese derecho. La frase señalada es abiertamente incompatible con la Constitución, pues una simple lectura del texto basta para advertir la oposición flagrante al mandato constitucional contenido en el artículo 229, por lo que el juzgador cuando se enfrenta a este precepto debe optar por inaplicarlo.

El segmento normativo arriba indicado del artículo 55 de la ley 472 impide el acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.), por cuanto mientras el texto de la ley en perfecta simetría con la Constitución está encaminado a evitar el ejercicio de acciones indemnizatorias individuales, cuando ya se ha intentado la de grupo, a menos que se logre la exclusión, en el aparte que se analiza se impide a quienes no se hicieron parte en el curso del proceso, obtener la indemnización de perjuicios a que la sentencia condenó en su favor, con el argumento de que la reclamación debe

hacerse dentro de su propio término de caducidad o prescripción, a pesar de que no depende del afectado la determinación del momento en el cual se produce la sentencia, en otras palabras la determinación del momento para acogerse a los efectos de la sentencia. Ello depende de factores externos tales como la congestión propia de la función judicial que impide el cumplimiento de los términos judiciales.

En tal virtud, la ruptura entre el aparte destacado del artículo 55 de la ley 472 de 1998 y el artículo 229 Constitucional es, a juicio de la Sala, ostensible, por lo que no se tiene camino distinto que optar por la disposición constitucional, en acato a la regla prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual ordena la aplicación constitucional preferente aún frente a disposiciones imperativas, como en el caso sometido a estudio de la Sala, cuando quiera que éstas resulten incompatibles con la Carta. (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2005, 2007 Citado Corte Constitucional, 2009)
(Cursivas y subrayado fuera de texto)

Como resultado de lo analizado en páginas precedentes, la Sala encuentra plausibles las razones a partir de las cuales el máximo juez contencioso administrativo ha preferido inaplicar la disposición demandada, a partir de su observable incompatibilidad con el contenido del artículo 229 superior.

3.5.2.11. Conclusión de la Corte

Del análisis realizado concluye la Corte que la regla cuestionada es contraria al propósito de las acciones de grupo, vulnera el acceso a la administración de justicia, afecta el derecho al debido proceso y establece una discriminación improcedente entre sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones fácticas, motivos que son suficientes para acoger el planteamiento de los demandantes y declarar la inexecutable de este precepto.

De colofón tenemos que, en virtud de la declaratoria de la inexecutable parcial del artículo 55 de la Ley 472 de 1998 de que se ocupó la Corte, el apoderado coordinador de la acción de grupo referenciada, en memorial dirigido a la doctora Vilma Isabel Barros López, Juez adjunto a cargo de dicha acción, efectuó solicitud de nulidad de los autos del 24 de enero Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B y del 16 de junio del 2003 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante el cual se negó la solicitud de integración al grupo de cuatrocientos cuarenta (440) personas. La respuesta de la mencionada operadora judicial, mediante Auto del mencionado Despacho fue la negativa de la nulidad solicitada, aduciendo el principio de la cosa juzgada.

Tal negativa que había motivado el ejercicio de la acción de tutela y posteriormente la demanda de inexecutable, a la postre consumó la violación de los derechos a la igualdad (art. 13 de la C.P.), al debido proceso (art. 29 de la C.P.), en conexidad con los art. 228 y 229 de la C.P., referidos a la prevalencia del derecho sustancial y acceso a la administración de justicia, de las 440 personas que solicitaron la integración al grupo, antes de las apertura a pruebas, con las consecuencias descritas en la sentencia de inexecutable proferida por la Corte Constitucional.

3.9. Conclusiones Generales

El trabajo, “La caducidad en acción de grupo”, se origina en la motivación e intencionalidad del autor por examinar y conferirle sentido a la figura procesal de la *caducidad* regulada por la Ley 472/98 y la jurisprudencia administrativa y constitucional.

La realidad estudiada gravita sobre el problema jurídico generado por la aplicación, por parte de los operadores judiciales, de las normas relativas a la *caducidad en acción de grupo* y al mismo tiempo de las implicaciones jurídicas y sociales suscitadas sobre los actores concretos implicados en el proceso contencioso administrativo examinado.

Desde una perspectiva fenomenológica de la teórica conocimiento, el énfasis filosófico, histórico y antropológico, de la reflexión sobre el objeto de investigación en el ámbito del Derecho, comprometen la intencionalidad del sujeto que investiga. Pues, el investigador como sujeto, o grupo de sujetos, que hace investigación en ciencias sociales, está condicionado por su pertenencia social, histórica y cultural. “Pertenencia que inevitablemente determina las valoraciones de los fenómenos del sujeto que investiga”.

Los desarrollos efectuados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la figura procesal de la caducidad en acción de grupo, tiene dos acepciones: 1). De una parte, aquella que se agota en el tiempo, es decir la que *se debe empezar a contar desde la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo* y la caducidad que hace referencia a la clase de daño que no se agota, ejecuta o perfecciona

mediante una sólo acción u omisión determinable de manera objetiva en el tiempo, sino que se refiere a la clase de daño que se extiende y actualiza en el tiempo, o al denominado “daño continuado” o daño de “tracto sucesivo”, cuya acción vulnerante causante del mismo no ha cesado para el momento de la interposición de la acción de grupo, y

2). De otra parte, la caducidad referida a los términos para integrar el grupo y para acogerse a los efectos de la sentencia para obtener la indemnización de perjuicios, frente a los cuales no procede el argumento de que la reclamación debe hacerse dentro de su propio término de caducidad o prescripción, porque no depende del afectado la determinación del momento en el cual se produce la sentencia, sino que “ello depende de factores externos tales como la congestión propia de la función judicial que impide el cumplimiento de los términos judiciales”; sumado a la consideración de la Sección Tercera sobre la ruptura entre el aparte destacado del artículo 55 de la ley 472 de 1998 y el artículo 229 Constitucional; lo cual no dejó camino distinto que optar por la disposición constitucional en acato a la regla prevista en el artículo 4 de la Constitución Política, que ordena la aplicación constitucional preferente aún frente a disposiciones imperativas, cuando quiera que éstas resulten incompatibles con la Carta.

Corte Constitucional en relación con las dos líneas jurisprudenciales adoptadas por el Consejo de Estado ha resaltado que estas se diferencian en que la primera hace énfasis a la determinación de la “fecha en la que se causó el daño”, mientras que la segunda hace énfasis en la otra parte del mandato legal del art. 47, respecto de la caducidad a partir del momento en que “cesa la acción vulnerante causante del mismo”. Estas dos posturas no son

excluyentes sino complementarias, si se hace efectiva la interpretación y aplicación de la norma legal, la diferenciación entre la ocurrencia de un daño que se ejecuta y perfecciona mediante una sola acción u omisión y es determinable de manera objetiva en el tiempo; y la ocurrencia de un daño continuo o de tracto sucesivo cuya acción vulnerante causante, no ha cesado.

Respecto a los términos de la caducidad para integrar el grupo , antes de la apertura a pruebas, y para acogerse a los efectos de la sentencia que ponga fin al proceso, para la Corte, fueron suficientes los motivos para acoger el planteamiento de los demandantes del artículo 55 (parcial) y declarar la inexecutable de este precepto por ser contraria al propósito de las acciones de grupo, vulnerar el acceso a la administración de justicia, afectar el derecho al debido proceso y establecer una discriminación improcedente entre sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones fácticas.

La adopción de la decisión el Juez Contencioso fue imperativa, no aplicó a los hechos el derecho pertinente conforme a las normas aplicables al caso, sino que acudió a fundamentos de hecho y de derecho distintos a los que la parte demandante exigía hacer valer, aplicando la caducidad como concepto general y no como norma expresa y específicamente delimitada por la ley, restringiendo con ello el principio de *iura novit curia*. Por lo que, con su decisión, el juez violó el principio jurídico de congruencia entre los hechos y las pretensiones respecto de la norma; no guardó la necesaria la armonía entre la pretensión de ser incluido en el grupo y el derecho legal y constitucional reglado por los artículos 47 y 55 de la Ley.

Adicionalmente, en la doctrina del derecho viviente, el precedente, el principio del derecho probable y la antigua hermenéutica de interpretación de la norma, en el caso referenciado, atentó contra principios y derechos fundamentales, que forzaron al juez constitucional a efectuar un análisis crítico del sentido normativo fijado jurisprudencialmente. El derecho viviente por provenir de la órbita de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, “se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la constitución y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad”, correspondiéndole a la Corte Constitucional, finalmente decidir sobre si recibe, adopta o rechaza dicha interpretación, en el ámbito de su competencia como salva guarda de la Constitución.

Con todo, como se ha resaltado en el presente trabajo, que la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa al centrarse en el desenvolvimiento de la ley bajo la tradición y preceptos del derecho civil individual, restan significación a la procedencia y legitimidad a las acciones colectivas; la inercia de los esquemas procesales, prevalecen sobre el derecho sustancial, inhiben la administración de justicia y menguan la dimensión social de los derechos e interés legítimos en que se funda la justicia colectiva.

3.10. Referencias Bibliográficas:

Asamblea Nacional Constituyente, (1991). Constituyente, Marulanda Iván, *Informe de ponencia*, Gaceta Constitucional No. 46. Bogotá.

Austin, John, “como hacer cosas con las palabras” (1955), Edición electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. URL:

http://www.internet.com.uy/arteydif/GRUPO_INVESTIGA/PDF/TEXTOS%20PARA%20LA%20PROPUESTA/COMO%20HACER%20COSAS%20CON%20PALABRAS.PDF.

Banco de la República, Junta Directiva, (1995). Bogotá, Resolución Externa No.18 de 30 de junio de 1995. Bogotá.

Bertot Triana, Harol, Critica al pensamiento de Hans Kelsen, En Filosofía : Ámbito Jurídico, O Seu portal jurídico na internet.

URL:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9000

Bilbao Kepa, El método en Marx (1997), Del libro La modernidad en la encrucijada. La crisis del pensamiento utópico en el siglo XX: el marxismo de Marx, Gakoa, Donostia. URL:

<http://www.kepabilbao.com/files/marxismo/marx3.html>

Caballero, Bono, José Luis “Fenomenología y Filosofía Analítica A Propósito De La Fundamentación del Derecho de Adolf Reinach. En Cuadernos Salmantinos de Filosofía

Vol. 40, 2013, 451-464, ISSN: 0210-4857 451, Universidad de Salamanca, España 2013, URL:
summa.upsa.es/high.raw?id=0000032454&name=00000001.original.pdf...pdf

Cabrera, A. L. (1983). *La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil Mexicano.*

México, Revista de la Facultad de Derecho, T: XXXIII. URL,

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/14.pdf>

Caldeiro, Graciela Paula “filosofía analítica”. URL: <http://filosofia.idoneos.com/366288/>

Congreso de la República (Cámara), (1995), *Proyecto de Ley 005/95 (actual Ley 472 de 1998),*

Representante Morales Hoyos Vivian, Gaceta del Congreso No. 207. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (2006). *Sentencia, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-*

00213-01 (AG) Consejera ponente, Correa Palacio Ruth S. Bogotá, Actor: Vacca, J. E. y

Otros, Demandado: Nación-Ministerio de Defensa y Otros. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Segunda, (2011). Consejero ponente, Gómez, Aranguren G. E. Sentencia

2003-00801, Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, (2015). *Sentencia Radicación Número 25000-23-*

41-000-2014-01569-01 (A.G.). Consejera ponente, Conto del Castillo, Díaz Stella. Auto,

Consejo de Estado Sección Cuarta, (1999). *Sentencia de Nulidad, Radicación Número 1001-03-27-000-1998-0127-00 (A.N.)*, Consejero Ponente, Manrique Guzmán Daniel, Actor Rodrigo Ocampo Ossa y coadyuvante Alonso Valencia Salazar.. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Primera, (2004). *Sentencia Radicación Número 11001 0315 000 2003 01420 02*), Consejero ponente, Ostau de Lafont Pianeta R. actor: Jorge Mario Aarón C. y otros, Bogotá.

Consejo de Estado Sección Cuarta, (2003). Consejera ponente López Díaz Ligia, *Acción de tutela Contra el auto del 16 de junio de 2003, dentro de la Acción de Grupo de María Eugenia Jaramillo Escalante y Otros, Contra el Banco de la República Expediente Número 25000-23-24-000-1999-00528-03(AG)*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (2005). *Sentencia, Expediente No. 2000-0008*, Consejero ponente Alier Hernández. Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, (2005), *Sentencia Expediente No. 410012331000200100948-01 (A.G)* Consejero ponente Ruth Stella Correa Palacio, seis (6) de octubre de dos mil cinco 2005, Bogotá.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente. *Sentencia, Expediente No. 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG)*, Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá 1 de agosto de 2007. Bogotá.

Contreras, Aguirre, Sebastián Antonio, “Fenomenología Jurídica y Derecho Natural. Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho”.Eikasía. Revista de Filosofía, año IV, 21

(noviembre 2008). URL: <http://www.revistadefilosofia.org>

Constitución Política de Colombia, (2014), Legis, *Códigos Básicos*, 31ª Edición, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (1999). *Sentencia, C-215* . Magistrado ponente, María Victoria Sáchica, 1999, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2000). *Sentencia, C-1062*. Magistrado ponente, Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2008). *Sentencia, C-116*. Magistrado ponente, Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2004). *Sentencia, T- 728*. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencias, SU-067 de 1993, T-244 de 1998, T-046 de 1999, C-215 de 1999 y C-1062 de 2000*. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2004). *Sentencia, C-569*. Magistrado ponente, Rodrigo Uprimny Yepes, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2000). *Sentencia, C-1062*. Magistrado ponente, Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2008). *Sentencia, C-116*. Magistrado ponente, Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2004). *Sentencia, T- 728*. Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2009). *Sentencia, T-191*. Magistrado ponente, Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2001). *Sentencia, C-557*. Magistrado ponente, Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2004). *Sentencia, C-569*. Magistrado ponente, Rodrigo Uprimny Yepes, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2001). *Sentencia C-836*, Magistrado ponente, Rodrigo Escobar Gil, Bogotá

Corte Constitucional de Colombia, (1999). *Sentencia SU-047*, Magistrados ponentes. Carlos Gaviria

Díaz-Alejandro Martínez Caballero, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, (2009). *Sentencia C-241, Expediente No. D-7412*. Actor Ramiro Mejía Correa – Luis Hernando Llanos Urueña y otros. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá.

Cramer, Konrad (1984), *Conciencia y autoconciencia en Hegel y Husserl*, Ponencia. Sevilla (España)
URL: <http://institucional.us.es/revistas/themata/03/01%20cramer.pdf>

Crespo, Mariano, *¿derecho a priori vs. derecho natural? la contribución de Adolf Reinach (apriori law (underlying juridical elements) vs. natural law? the Adolf Reinach's contribution)*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°3, pp. 595 - 599 (2008).URL: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000300014&script=sci_arttext

Ferrer, M-G; Ferreres C. A., y López A, (2005). *Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Área del Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Uría Menéndez), (Barcelona y Madrid), URL: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3609/documento/al1.pdf?id=4416>

Ferreres C. A., (2005). *Las Acciones de Clase (Class Actions) En la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez Actualidad Jurídica No.

11, Barcelona, URL:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210>

Ferrer M-G. E, (2011). *Amparo Colectivo en México, Hacia una Reforma Constitucional y Legal*.

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. URL:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3047/6.pdf>

Galindo V. J. C., (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*, Vol.1 Segunda Edición, Ed.

Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

URL:<https://books.google.es/books?id=M7PyAnbrZIAC&pg=PA35&lpg=PA35&dq=Galindo+Vacha,+Juan+Carlos>.

Gidi Antonio, *Las Acciones Colectivas y La Tutela de Los Derechos Difusos Colectivos e*

Individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil (2004). (Cabrera Acevedo,

Lucio, traductor) . URL: <http://docplayer.es/767358-University-of-houston.html>.

Gidi A., *Las Acciones Colectivas y la Tutela de Los Derechos Difusos Colectivos e Individuales en*

Brasil, Un modelo para países de derecho civil (2004.). (Cabrera Acevedo, Lucio, traductor)

UNAM, México. URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1337>

Gidi, A. *Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil*, (2001-2002). URL:

<http://studylib.es/doc/357975/-acciones-colectivas-o-de-grupo--y-“amparo-colectivo”-en-...>

Gimeno, P, Maria C. *Teoría y doctrina de la interpretación en la propuesta de Ricardo Guastini*,

Universidad de León, España, 2000, URL:

<https://www.google.es/#q=teoria+y+doctrina+de+la+interpretacion+juridica+en+la+propuesta+de+riccardo+guastini>.

Gómez R. J. M., *La Contribución de Las Acciones Colectivas al Desarrollo Regional desde la Perspectiva del Derecho Social*” (*The Contribution of Class Actions for Regional Development from the Perspective of Social Law*) (2014). En Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 30, enero-junio.) UNAM, México 2004. URL: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88531884003>

Henríquez Salido Maria do Carmo; Olmedo; Fernando Alañón; Ordóñez Solís David; Otero Seivane Josefa; Rabanal Carbajo Pedro F. “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” En : Revista de Llengua I Dret, Journal of language and law No. 64. URL:

<http://www.raco.cat/index.php/RLD/article/viewFile/302589/392305>

Hart, Herbert L.A., “El Concepto de Derecho” (“The Concept of del Law”) Ed. Abeledo-Perrot,

Buenos Aires (Argentina) 1961. URL: <https://drive.google.com/file/d/0B5qV77qh->

[G8OZTNjYjgxMWEtZTYzNC00ZjM5LWJhYzktN2FmOTRkYW4YTg0/view?ddrp=1&hl=es#](https://drive.google.com/file/d/0B5qV77qh-G8OZTNjYjgxMWEtZTYzNC00ZjM5LWJhYzktN2FmOTRkYW4YTg0/view?ddrp=1&hl=es#).

Ímaz, Eugenio, Prólogo a la obra de Wilhelm Dilthey, “Introducción a las Ciencias del Espíritu”, Ed.

Fondo de Cultura Económica, México -Buenos Aires (Arg.), 1949. URL:

<https://filosinsentido.files.wordpress.com/.../135001148-dilthey-wilhelm-introduccion...>

Juzgado Veintitrés Administrativo (Sección Segunda) del Circuito de Bogotá, (2015-2016).

Expediente, 11001333102320070063400. Bogotá.

Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Unión, Bogotá D.C. 2000.

López José Biedma, “El Humanismo de Eugenio Imaz” En Boletín Millares Carlo. URL:

<http://www.boletinmillarescarlo.es/index.php/BMC/article/viewFile/37/27>.

Marx Karl, Critica del Programa de Gotha, 1875. URL:

<http://190.186.233.212/filebiblioteca/Ciencias%20Sociales/Karl%20Marx%20-%20Critica%20del%20programa%20de%20Gotha.pdf>

Marx Karl. (1859), El Capital tomo I. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, Décimo Tercera

Reimpresión, 1980.

Marx K., Grundrisse: (1850), “Elementos fundamentales para la crítica de la economía política”, Ed.

Siglo XXI, México, 1978.

Mejía C. R. - Llanos U. L. H., (2008), *Acción Pública de Inconstitucionalidad del artículo 55*

(parcial) de la Ley 472 de 1998, Bogotá.

Menéndez, C. A., *Las Acciones de Clase (Class Actions) En La Ley De Ley Enjuiciamiento Civil*, (2005). Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Barcelona),.

URL:

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210>.

Mercaba.org: Filosofía Analítica DicFI, 2010. URL:

http://www.mercaba.org/DicFI/A/analitica_filosofia.htm

Ley 478 de 1998, *Por medio de la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. Legis, 2014. Bogotá.

Lifante Vidal Isabel, 2015, *“Interpretación Jurídica”* Cap. 37, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas México, 2015. URL:

<http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/17.pdf>

Londoño T. B. y otros, (2010). *Acciones de Grupo y de Clase en casos de graves violaciones de derechos*, Universidad del Rosario, The George Washington University, Law School y la defensoría del Pueblo, Bogotá.

Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos, (2000). División de los Jueces del Título III: *El Sistema Federal Judicial de los Estados Unidos*, Washington, USA. URL:

<http://photos.state.gov/libraries/argentina/8513/faqUSA/fedjudsistema.pdf>

Orozco, Silva Luis E., Filosofía Tomos I y II, Ed. Norma: duodécima edición, Bogotá, 1992.

Orrego, Sánchez, boletín Mexicano de derecho comparado, En Revistas del IIJ No.84, México D.C.

1984: URL: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3391/3946>

Pannam, Clifort, “El Profesor Hart y la Filosofía Analítica del Derecho” En Revista Academia, año 6

No. 12 Melbourne (Australia) 2008. URL:

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-profesor-hart-y-la-filosofia-analitica-del-derecho.pdf.

Pujadas, Lluís, “Intensión Intención e Intencionalidad” En TAULA, Quaderns Of pensament,

Universitat les Illes Balears, España, 1988 URL:

<http://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70626/89819>

Krsnaly Romero Salvador, Filosofía del derecho en Hegel, La Gaceta Jurídica, En La Razón, 2013 La

Paz (Bol.) URL: http://www.larazon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/Filosofia-Derecho-Hegel_0_1841815895.html

Reinach, Adolf (2010): los fundamentos a priori del derecho civil (Mariano Crespo, traductor)

Editorial Comarés. En Revista Chilena de Derecho Volumen 39 No.1. Santiago de Chile.

2012. URL: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n1/art11.pdf>

Sánchez C., (2004). Prólogo al Libro de Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México,

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. XVII. URL:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ssrn-id903775.pdf>

Salvador Martínez M, Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización (2008) UNED. Madrid (España) URL:

http://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_M_Salvador.pdf

Sánchez Morón, M., “*Interés legítimo*”, (2000) Enciclopedia jurídica básica, vol. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 3661. URL:

<http://www.alipso.com/monografias2/INTERES JURIDICO E INTERESLEGITIMO COMO PROCEDENCIA DE LA ACCION ADMINISTRATIVA /# .>

Soto Bardales, M. J. El método en la Investigación Jurídica, (2013) En Derecho y Cambio Social, Lima (Perú). URL: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481053.pdf>

Tamayo, Valenzuela, José A. “La Teoría del Derecho en H. L. A. Hart, UNAM, México, 2008. URL:

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28595/25860>.

Tron, J.C., *Qué hay del Interés Legítimo?*, (2014). URL:

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/33/12%20TRON.pdf>

Wasseman, Rhonda, “Tolling: The American Pipe tolling rule and successive class action”, Florida Law Review, vol. 58. pp. 803-858. University of Florida Press, 2006, Gainesville. Florida (USA).

Yurre Gregorio, “Teoría General del Derecho”, Universidad de Navarra, 1986. [URL:
dadun.unav.edu/bitstream/10171/12539/1/PD_14_01.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/12539/1/PD_14_01.pdf)

Anexo:**Supuestos Teóricos y Metodológicos.**

“La caducidad en acción de grupo”, como problema de investigación, tiene su origen en las vivencias del autor con la acción de grupo referenciada y, en su interés por una reflexión académica sobre a las características, los alcances y limitaciones procesales de este medio de control constitucional. La intencionalidad del problema planteado consiste en conferirle sentido al concepto y uso de la figura procesal de la *caducidad* contenida en la Ley 472/98. La realidad estudiada gravita sobre el problema jurídico derivado de la aplicación, por parte de los operadores judiciales, de las normas relativas a la *caducidad en acción de grupo* y de los efectos jurídicos y sociales de esas decisiones sobre los actores concretos implicados en el proceso contencioso administrativo examinado.

Desde una perspectiva fenomenológica de la teórica conocimiento, el énfasis filosófico, histórico y antropológico, de la reflexión sobre el objeto de investigación en el ámbito del Derecho, como sucede en las investigaciones propias de las ciencias sociales, comprometen la intencionalidad del sujeto que investiga. Pues, en su alteridad el investigador como sujeto, o grupo de sujetos, que hace investigación en ciencias sociales, está condicionado por su pertenencia social, histórica y cultural. Pertenencia que inevitablemente determina la valoración de los fenómenos sociales estudiados.

Lo primero que debe considerarse es, la diferencia esencial entre la filosofía fenomenológica y la filosofía analítica o lo que es lo mismo entre las llamadas “ciencias del

espíritu” y las “ciencias de la naturaleza”, diferencia que reside en el problema de la objetividad, pues mientras para mientras para las últimas, el problema de la objetividad es posible gracias al método de observación y de sistematización causal, estando la objetividad garantizada por la lógica formal; en las primeras, en las “ciencias del espíritu” o conjunto de las ciencias que tienen por objeto la realidad histórico social en que se desenvuelve la vida humana: el ideal de la objetividad no está garantizado porque los objetos de estudio de estas ciencias, están mediados por la comprensión de sentido e interpretación efectuada por el sujeto, lo cual indudablemente representa un obstáculo epistemológico insalvable. (Orozco, T. I, p. 246).

Lo segundo que se debe considerar es que, la superación de este obstáculo epistemológico es decisivo en la solución del compromiso valorativo y la neutralidad del sujeto que investiga debido a la vinculación subjetiva del investigador con los objetos sociales investigados, es decir al compromiso valorativo del investigador y a su toma de partido a favor o en contra de los problemas que detecta y las soluciones que propone. Es por eso que, aunque se sugiera como solución a ese compromiso valorativo que, “el investigador se abstenga de practicar sus propias valoraciones y se comporte como un simple observador del nivel valorativo que investiga”, dicha abstención valorativa, es solo una forma aparente y falseada del conocimiento de una realidad cambiante, donde la idea de objetividad y neutralidad de las ciencias sociales, es inexistente.

Tal como lo recuerda el profesor Contreras, respecto de la conciencia moral como médula de la realidad jurídica, “*la función directiva de la conducta nos sugiere que el*

agente no puede prescindir de una toma de posición valorativa, es decir, de un sustrato valórico que dé contenido y orientación a su actuar moral". Por ello es que la conciencia ético-jurídica del hombre mismo, *"le enseña a éste los fundamentos de las relaciones humanas y del orden social, cuestión que sólo es posible de entender bajo el alero de la ley moral natural. Así, la conciencia moral no es solamente una conciencia de deberes y valores, sino que tiene el sentido estricto de una conciencia jurídica"*. (Contreras, 2008, p. 61).

Hay que recordar que, el postulado metodológico de neutralidad valorativa, propio de la filosofía analítica es lo que caracteriza al denominado "positivismo científico". Orientación que, en su pretensión de hacer prisioneras a las ciencias sociales del ideal de objetividad, adoptan como método de observación de los fenómenos sociales, *Ceteris paribus*, realidades simuladas, normas sacralizadas, modelos estocásticos, sistemas de ecuaciones y datos sistematizables, almacenados en compartimentos causales y estadísticos, sobre los que se soportan los paradigmas de verdad y el carácter científico de la realidad social estudiada.

No obstante, la "positivización" en las ciencias sociales, con todo y sus paradigmas de "verdad objetiva", no le es posible neutralizar, evadir o enmascarar, lo problemático y complejo de la realidad social estudiada. En la teoría del conocimiento no se puede perder lo cualitativo del fenómeno social, despojarlo de su subjetividad, ni mucho menos reducir el objeto de la ciencia social al empirismo de lo simplemente observable.

Es por eso que, además de la diferencia metodológica reseñada, entre “ciencias del espíritu y ciencias de la naturaleza”, resulta importante ubicar, los problemas del conocimiento a partir de la reflexión filosófica, por ser el conocimiento un proceso que implica la razón, al ser pensante y a la conciencia como facultad de ser del sujeto.

Uno de los problemas fundamentales de la filosofía, en el análisis de la relación “mente-cuerpo”, es el de la intencionalidad en sus aspectos epistemológicos, ontológicos, antropológicos y éticos. Aspectos tan amplios en los que, por lo general, se origina la confusión y controversia entre dos tradiciones filosóficas: la fenomenológica y la analítica. Tradiciones referidas al conocimiento y también al lenguaje, a la reflexión filosófica y a la hermenéutica. Huelga poner como ejemplo, la controversia sobre la distinción entre el concepto fenomenológico de la intencionalidad, con “c”, y el concepto semántico de la intencionalidad, con “s”, que aparece, según el filósofo y profesor norteamericano John R Searte. (Pujadas, 1988, p. 29), como uno de los problemas centrales de la filosofía y antropología contemporáneas y al que brevemente nos referiremos más adelante.

Anexo:

Supuestos Teóricos y Metodológicos

I.

El concepto de *intencionalidad*, atribuible al filósofo alemán Franz Clemens Brentano (1838-1917), en Hegel, tiene la connotación (“Fenomenología del Espíritu” de 1807 y 1827), de no ser otra cosa que, “La conciencia –que- distingue de sí algo a lo que al mismo tiempo se refiere”, es decir, “algo para la conciencia”. En esta reflexión, de éste ser para otro, se distingue el ser en sí: “aquello a lo cual se refiere la conciencia es de la misma manera distinguido por ella y puesto como existente también fuera de esa relación” (Cramer, 1984, p.8).

En la fenomenología de Hegel, la intencionalidad aparece como ciencia de la experiencia de la conciencia, donde los momentos del “para sí” y el “en sí” constituyen el todo del saber absoluto. Saber que es absoluto precisamente porque en él no existe diferencia (oposición a la conciencia) del “para sí” y el “en sí”. Por eso para Hegel, la *Idea* se nos rebela como el pensar puro e idéntico a sí mismo, es el todo en su inteligibilidad pura, la idea como logos universal (objeto de la Lógica). Idea que, en su devenir, no puede afirmarse sino mediante la negación de la negación. Pues “Si el pensamiento es idéntico consigo mismo es porque niega la diferencia en él y si niega ésta es porque a la vez es idéntico, difiere”.

En la lógica Hegeliana, esta alteridad de la conciencia para distinguir “algo de sí misma, a lo que al mismo tiempo se refiere” es superada por la vía de la mediación dialéctica, puesto que, para que algo pueda devenir en sí y para sí: la primera negación, la alteridad, debe ser superada; la segunda negación, incorpora lo otro en sí mismo; y la tercera negación, es el resultado de esta incorporación por vía de la negación, es decir la afirmación en sí y para sí. De donde, “Podemos decir que algo es en sí, en cuanto ha devenido en su *ser otro* a su *propio ser*”. Es decir, “las determinaciones o momentos del proceso de constitución del sujeto”, el ser. Para Hegel, el ser como sustancia y al mismo tiempo el ser como sujeto (Orozco, 1981, T.II, p.56).

Sin embargo, la *fenomenología del Espíritu* de Hegel (1827), mediatizada por la filosofía, no es ajena a una antropología de los acontecimientos y estados mentales acaecidos en la conciencia, como los relativos al concepto del Alma.

El Alma dice Hegel, “solo ha perdido el significado del alma, del carácter inmediato del espíritu en cuanto se contrapone a su ser en cuanto lo ha determinado como suyo. Este ser para sí es el despertar del alma al yo, el cual es sujeto para sí; y eso significa que es sujeto de su juicio, en el que excluye de sí la totalidad natural de sus características como objeto, como un mundo exterior a él y se refiere a éste: -como- la conciencia”. (Hegel, 1827, Citado por Cramer, 1984, p. 8, 9).

En la dialéctica como método del conocimiento, lo característico del sujeto es la reflexión de sí, sobre sí mismo, el algo objetivo que es por eso mismo el principio del sujeto. Dialécticamente la comprensión del ser como sustancia y como sujeto al mismo tiempo, supone que el proceso de la existencia no es otra cosa que la contradicción entre

cualidades posibles de esa existencia. El existir es expresión de la *finitud*, lo que muestra que el ser de cada cosa está constituido por el no ser:

La naturaleza de las cosas finitas, lleva consigo el germen de su desaparición: 'la hora de su nacimiento es la hora de su muerte. Unas cosas se trasmutan en otras en un proceso ininterrumpido de afirmación. La finitud además abre el paso a la *infinitud*. El proceso de aparición y desaparición de las formas es infinito (indefinido) y en dicho proceso el sujeto alcanza la identidad consigo mismo. La negación de la negación es afirmación, y en cuanto tal, lo otro de lo finito, es decir lo infinito. Este último expresa el dinamismo de lo finito, comprendido en su verdadera significación. (Orozco, 1981, T.II, p.56)

El método de investigación en Hegel concibe la dialéctica como un movimiento del pensamiento, y también del ser que, se despliega en tres momentos: tesis o afirmación, antítesis o negación y síntesis o negación de la negación. En el análisis de la realidad, la dialéctica hegeliana es la ley del desarrollo de la idea. Hegel universalizó este principio afirmando que la dialéctica es la ley universal de toda la realidad. Así, la razón es la realidad como creación y enajenación de la idea: pues si todo lo real es racional, entonces todo lo racional es el movimiento dialéctico de la razón (Bilbao, 1997, P. 1).

Es por eso que Hegel considera, al Estado, no sólo como desenvolvimiento de la Razón, sino también como la estructura de lo ético. El Estado para Hegel es la arquitectura de racionalidad que establece las distinciones entre lo público y lo privado. El Derecho, la ética y el mundo real del Derecho son formas que se aprenden con el pensar; los conceptos determinan la forma de racionalidad, la ley, la cual no es más que la

medida en que se identifican los habitantes de una nación. La primera fase del espíritu objetivo es la esfera del Derecho, del ciudadano como sujeto individual consciente de su libertad, con la cual se manifiesta y expresa su naturaleza como espíritu libre. De donde resulta que el Derecho es parte de la filosofía y por eso resultado de la verdad... (Krsnaly, 2013, p. 3-5).

II.

Por su parte Marx, heredero de Hegel, adoptó el método dialéctico y lo aplicó al movimiento de la materia y del transcurrir histórico, invirtió el método hegeliano y conservó la dialéctica, pero la dialéctica como fundamento en la filosofía de la praxis: la praxis como mediación de la teoría y la práctica en función del conocimiento y, la praxis como acción transformadora de lo real, y por eso, de la historia, de la sociedad y el Estado: En Marx, la intencionalidad del “para sí” y el “en sí” de la fenomenología de Hegel, es un discurso contemplativo e idealista, pues para él la historia no puede ser un simple producto de la razón, sino, más bien la razón producto de la historia.

La intencionalidad para Marx, se funda en la idea de la inevitable realización revolucionaria de la actividad humana. La razón como acción, como praxis: la praxis como forma dialéctica del ser, pensar y cambiar la propia realidad del hombre, el “análisis concreto de la realidad concreta” es el giro de Marx, a la concepción hegeliana del ser “para sí” y del “ser en sí”.

El método histórico-dialectico como recurso de investigación, es desarrollado por Marx en sus escritos económicos, particularmente en El capital o “Crítica de la Economía Política”. La Crítica de la economía política, ofrece una dimensión epistemológica importante. La obra, tomo I, comienza con la afirmación: “*La riqueza de las sociedades en que impera el régimen capitalista de producción se nos aparece como un inmenso arsenal de mercancías*” (Marx, 1859. P. 3), y Marx en el transcurso de su investigación va a demostrar que, en efecto, “la mercancía”, lo que aparece, no es, hay que develarlo, por cuanto en la singularidad de ella, en la mercancía, aparecen ocultas las relaciones que caracterizan el modo de producción capitalista como un todo.

En el mismo sentido, en los borradores del capital (Grundrisse: “Elementos fundamentales para la crítica de la economía política”), Marx (1850, P.96), va afirmar:

Lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad en lo diverso. Aparece en el pensamiento como proceso de síntesis, como resultado, no como punto de partida, y, en consecuencia, el punto de partida también de la intuición y de la representación. En el primer camino, la representación plena es volatilizada en una determinación abstracta; en el segundo, las determinaciones abstractas conducen a la reproducción de lo concreto por el camino del pensamiento. He aquí, por qué Hegel cayó en la ilusión de concebir lo real como resultado del pensamiento que, partiendo de sí mismo, se concentra en sí mismo, profundiza en sí mismo y se mueve por sí mismo, mientras que el método que consiste en elevarse de lo abstracto a lo concreto es para el pensamiento solo la manera de apropiarse de lo concreto, de reproducirlo como un concreto espiritual. (Subrayé).

La categoría de la “totalidad concreta” es el núcleo fundamental de la visión de la realidad en Marx. “La totalidad concreta es la realidad como conjunto estructural y dialéctico, en el cual y a partir del cual, los hechos cualesquiera que sean pueden comprenderse de manera racional”. Así, la realidad es pues concreción y realidad o totalidad concreta que se desarrolla y elabora. “Ella implica una dialéctica de leyes determinadas y contingencia de fenómenos, entre esencia interna y apariencia, entre parte y todo, entre producto y producción”. (Kosik, citado por Orozco, 1981. T. II. p. 81).

Para Marx la dialéctica no solo es posible como método de investigación, sino también como método de exposición: “en él se trata de la reconstrucción completa del movimiento interno de lo concreto”. El punto de partida es el contenido, el ser real que determina el pensamiento. Las categorías abstractas que suceden en *El Capital* son una realidad concreta y objetiva que expresan el movimiento de la realidad social y de las formas de Estado y de Gobierno determinada por los modos y las relaciones sociales de producción.

Es posible que la teoría jurídica de la juventud de Marx difiera, de la de su época madura: puesto que en el joven Marx la teoría jurídica, es parte de su herencia idealista hegeliana, propia las concepciones del derecho liberal en el que se educó. Según el profesor Yurre, su idea del Derecho, en esa época, es la de su maestro E. Gans: “un concepto espiritualista cuyo fundamento es la naturaleza racional y libre del hombre (que) tiende a realizar la libertad y la justicia o igualdad de todos los seres humanos”; idea que se cristaliza en el ideario del Manifiesto Comunista (1848), desde donde, de alguna

manera, proyecta su visión madura del Estado tras la experiencia de la Comuna de París (1871): el Estado y el Derecho son fenómenos históricos, “instrumentos de dominio y opresión, creados por la clase dominante para mantener su reinado y sus particulares intereses de clase frente a la clase oprimida y explotada” (Yurre, 1986, p. 15).

El materialismo histórico de Marx, entiende la lucha de clases, el Estado, el derecho, la política y la religión, etc., como formas de la superestructura ideológica que necesariamente reflejan las condiciones materiales de la estructura económica y de las relaciones sociales de producción; puesto que es la estructura económica la que determina la superestructura ideológica, el Derecho no es más que una forma jurídica de dominación al servicio de la clase social, económicamente dominante, la burguesía. Por eso Marx, en la “Crítica del Programa de Gotha” (1875), va a sostener que el Derecho, “en el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad”. Ya que, “el derecho solo puede consistir, por su naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero los individuos desiguales (y no serían distintos individuos si no fuesen desiguales), solo pueden medirse por la misma medida siempre y cuando que se les enfoque desde un punto de vista igual” (Marx, 1875, p. 17).

III.

El sistema y método fenomenológico de Edmund Husserl (1859-1938), es similar al de Hegel, en cuanto tiene como punto de partida su preocupación por la “intencionalidad de la conciencia”: La intencionalidad como característica o propiedad

fundamental, originaria y primaria de todo acto del sujeto, de ser “conciencia de algo”; por lo que no se puede pensar “algo”, hablar de “algo”, tener experiencia de “algo”, etc., sin que este “algo”, sea distinto del ser pensado como tal, designado como tal, o experimentado como tal.

Es importante precisar que aquí, la noción de “conciencia” no se toma como conciencia moral, ni como el sentido de ser consciente de algo mediante la reflexión: “puesto que para poder reflexionar sobre algo es necesario que aquello sobre lo que reflexiono ya se haya dado de alguna manera en la conciencia intencional, como visto, como percibido, como sentido, como admirado, como conocido, etc.” (Orozco, 1981, T. II. p. 90).

A diferencia de la escuela Neokantiana, que pretendió un regreso al pensamiento de Kant, mediante la positivización de las ciencias del espíritu, Husserl inicia su fenomenología con el propósito para la razón de “volver a las cosas mismas”, pero sin dejar de analizar la manera como ellas se nos dan en cuanto pensamiento y realidad. A diferencia del empirismo y del racionalismo que efectúan el análisis desde el punto de partida del objeto empírico o del sujeto absoluto, Husserl propone partir de la característica fundamental de la conciencia que es ser siempre conciencia de algo concreto o ideal.

En su crítica al “positivismo científico”, Husserl encuentra las raíces de la positivización, en la lógica formal. Para él, la lógica en el sentido más amplio, ha perdido

su función y ha pasado a convertirse solo en una mera “técnica teórica”. La lógica que, en los orígenes de la filosofía, significaba, como método de conocimiento, acercarse gradualmente a la verdad mediante la reflexión, hoy se ha convertido en un análisis de juicios cuya validez meramente formal aparece como la garantía de la verdad del conocimiento científico; motivo por lo cual Husserl, pretende reconstruir el sentido de la fundamentación filosófica de la lógica formal a partir de una lógica trascendental, como objeto de la experiencia. (Orozco, 1981 T.I p. 251-253).

A partir del descubrimiento de la intencionalidad, como característica inicial de la conciencia, Husserl propone el método fenomenológico como método de análisis de la conciencia constituyente del sentido de la realidad. El principio según el cual: “la conciencia intencional constituye la realidad a partir de estructuras fundamentales de correlación sujeto-objeto:

Por ejemplo, percepción es el resultado de percibir como actividad del sujeto (conciencia) y de lo percibido como aquello que me es dado en el acto de percibir. Y así sucesivamente: sentido es el sentir y lo sentido; duda es dudar y lo dudado, amor es el amar y lo amado; conocimiento es el conocer y lo conocido; juicio es juzgar y lo juzgado, etc. (Orozco, 1981, T. II. p. 90).

Así pues, el análisis fenomenológico empieza por establecer la correlación de la subjetividad con los correlatos de la realidad. La intencionalidad es significativa al ser motivada, es un movimiento de la conciencia suscitado por cualquier fenómeno interiorizado. “La intención significativa es un tender a dar sentido a aquél fenómeno y hacer cada vez más intenso ese sentido, hasta llegar a la compleción significativa”; algo

similar a la filosofía de la praxis de Marx; no obstante, pudiendo suceder que, el sentido pretendido o sugerido por la intención significativa, no llegue a su compleción, sino que por el contrario sea cancelado (falseado), por otro sentido. En este caso, la intención significativa no se anula, sino que cobra una nueva significación desde su nuevo sentido en que se ha constituido. Tal es el proceso fenomenológico de formación del conocimiento y el mejor método “para llegar a las cosas mismas”.

Es decir que, en el proceso de conocimiento, la apropiación de lo concreto por parte del sujeto se efectúa, mediante aproximaciones sucesivas hasta llegar a la *constitución de sentido*, esto es, hasta que se reafirme la realidad y la verdad. Pues, “la verdad íntima del escepticismo consiste en encontrar la génesis de la realidad, del conocimiento y de la verdad como correlación de lo subjetivo-relativo”. Este proceso, según Orozco, puede equipararse al principio del escepticismo de Descartes, en su “duda metódica”. Pero además, puede suceder que, la insuficiencia de un paradigma o teoría determinada, al no consumir su compleción, denote la presencia de una “crisis teórica”, la cual no sería posible resolver dentro de su mismo sistema teórico de supuestos y postulados: en estas circunstancias, la ausencia de compleción, insuficiencia o falta de correspondencia entre “supuestos” y “postulados”, que dan lugar a una “crisis teórica”, no podrá resolverse sino superarse, pero, solo desde supuestos y postulados teóricos diferentes.

Pero, prosigamos. El proceso reflexivo de *constitución de sentido*, hacia la *afirmación de la realidad misma*, es entendido por Husserl, como reducción

fenomenológica o *reducción trascendental*, es decir “un retrotraer ... (un) reducir a la subjetividad toda la realidad del mundo, de la que ella es intencionalmente consiente” (Orozco 1981, TII, p. 91), lo que explica, en primer lugar, el por qué toda realidad que aparece naturalmente ante nosotros, o con la que nos relacionamos directamente, o a través de otros, como vivencias, como realidad aparente, puede ser objeto de conocimiento de cualquier disciplina científica (fenomenología- analítica) y, en segundo lugar, cómo la superación de ese análisis “estático” es un asunto de filosofía: cuyo objeto de estudio es el yo trascendental como principio de esas vivencias:

¿Cómo se presenta el sujeto trascendental a la reflexión fenomenológica?: el sujeto trascendental aparece como un devenir en el tiempo que es, su propio tiempo y nunca exterior a él: la actividad operante del sujeto es su temporalidad, como un flujo continuo de vivencias... La temporalidad es el devenir del sujeto protendido (proyectado) hacia delante (futuro) y capaz de retener sus vivencias, que posibilitan la memoria, donde el presente no es otra cosa que el paso de la “protensión” (proyección), a la “retención”... La conciencia de tiempo inmanente es la estructura fundamental de la subjetividad. A partir de esta caracterización de la temporalidad es posible debelar otras estructuras de la subjetividad. (Ibid., p. 92 y 93). (Subrayé).

Por lo que, la subjetividad se descubre como mediación necesaria, como corporeidad: no solo como naturaleza en eterno movimiento o cuerpos vivientes, objetos de la ciencia Física y Biología (objetos empíricos), sino la corporeidad como estructura relacional del sujeto con su “exterioridad”. La corporeidad como realización del sujeto- expresión-articulación de la de la idea: “en cuanto, todo movimiento, toda necesidad vital, todo interés sensorial ya están articulados en el flujo temporal”. La corporeidad como

expresión y articulación de lo temporal y la corporeidad como mediación necesaria entre la interioridad y exterioridad del sujeto, inevitablemente conduce a tematizar la cotidianidad, el mundo de la vida diaria, como otra de las estructuras fundamentales de la subjetividad. (Ibíd., p. 93).

IV.

Llegados a este punto es preciso señalar que la fenomenología o filosofía fenomenológica, entendida por Hegel y Husserl como ciencia de la conciencia, no puede restringirse en cuanto objeto de estudio “*a una pura investigación de los fenómenos abstractos y de los problemas generales de la ontología, la lógica y la ética*”, sino como la condición que posibilita el estudio *apriorístico* de todo pliego de *actos y actitudes humanas*, desde donde surgen, los estudios sobre el *problema de la justicia y el derecho*, como aporte significativo, contrario al “iusformalismo” y al establecimiento jurídico, en que se soporta el derecho positivo:

La existencia de una *fenomenología jurídica*, y en general de toda *iusfilosofía*, nos pone de frente a uno de los más *clásicos* problemas de la reflexión en torno a la justicia, a saber: *en el centro mismo de la filosofía del derecho aparece como insalvable la polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de lo justo*. Dicha discusión presenta al partidario del derecho natural como un sujeto que requiere de valores (conceptos morales) para caracterizar al derecho; y al positivista, en cambio, como alguien que puede prescindir de tales conceptos para realizar esa misma tarea; es más, como alguien que debe prescindir de ellos (Contreras, 2008, p. 57).

Luego, un examen del derecho desde la óptica fenomenológica, revela que “*la razón más profunda de la obligatoriedad de las normas debe ser buscada en el fondo de la corriente de la conciencia humana; es la conciencia moral, en tanto que pertenece a un sujeto capaz, el fundamento último de la normatividad jurídica*” y, el método fenomenológico se centra precisamente en la dinámica de la persona humana y de la conciencia jurídico moral. “*La persona es el lugar donde nacen los valores: el hombre en cuanto hombre, es decir, en cuanto ser espiritual o persona, es el lugar y la ocasión del surgir de los valores*” y, “*Los valores son cualidades de valor o esencias axiológicas. Se justifican o valen por sí mismos, por su contenido: su valor está en lo que ellos significan. No son cosas ni conceptos abstractos, sino algo dado inmediatamente y en sí. No pertenecen a la experiencia sensible, sino a la experiencia fenomenológica*” (Ibíd. P. 59 y 64).

La perspectiva axiológica de la justicia (en cuanto valor), es lo que en última instancia confiere sentido y alcance a todo otro valor de naturaleza jurídica, pues “*solo la justicia y su relación con el hombre consciente, es el problema medular de toda filosofía moral*”:

Desde una perspectiva fenomenológica, la justicia ha sido presentada como *la creación de igualaciones de libertad*. De esta manera, y en cuanto razón de existencia, *la justicia es libertad*, toda vez que bien puede decirse que la existencia humana y la coexistencia social son, sin más, manifestaciones de esa libertad. En cuanto razón de esencia, *la justicia es creación*, ya que es esto lo que caracteriza a la libertad, por oposición a la pura necesidad. Finalmente, como razón de verdad, *la justicia es igualdad*, puesto que la igualdad señala lo

idéntico, y lo idéntico es el principio supremo de la razón: *el principio de identidad*. A este respecto si *lo injusto es desigual, lo justo será lo igual* [esto es, un término medio entre el exceso y el defecto], y *puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio, consistente en una cierta forma de igualdad* (Ibíd, p. 66).

Por tal razón, fenomenológicamente, es posible pensar en un derecho distinto y superior al positivo, con leyes del ser social e individual, también superiores y rectoras de las normas codificadas, en la protensión de que, guardando las debidas proporciones:

“puede darse un tratamiento igualitario a la teoría del derecho natural y a la teoría del derecho apriori, invoquemos las palabras de Radbruch: *“la ciencia del derecho tiene que meditar, de nuevo, sobre la verdad milenaria de que hay un derecho superior a la ley, un derecho natural... medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia, aunque revista la forma de ley, y ante el cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es derecho, sino lo contrario del derecho”* (Contreras, 2008, p.68).

Por el lado de la filosofía analítica, el método lógico formal clásico, de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se convirtió en instrumento de los juristas positivos, que trabajaron con conceptos jurídicos extraídos de la experiencia, generalizaciones y abstracciones de la realidad normativa fundada en el método inductivo. El Positivismo niega la filosofía anterior del fenómeno jurídico, desecha la metafísica y la especulación y, sometiendo a duras críticas el Derecho natural, se

concentra en el contenido del Derecho positivo tan necesario en la crisis del Estado capitalista vigente. (Bertot, 2017, p. 3).

Por más que el positivismo con su método lógico formal clásico, en desarrollo de la “ciencia del derecho”, haya persistido en la absolutización del valor de los métodos formales propios de la interpretación exegética normativa, no es posible formalizar de manera estática en prescritas normas, la variedad de los fenómenos sociales alusivos a la política, a la moral, a la religión y al lenguaje. Más aun, cuando dichos fenómenos son mediación de una cultura. Cultura que, según Eugenio Imaz, es, “antes que nada, un tejido de nexos finales”. Donde, “cada uno de ellos, lenguaje, derecho, mito y religiosidad, poesía, filosofía, posee una legalidad”. (Imaz, 1949, p. iv)

Huelga recordar que esa fue la visión del austriaco Hans Kelsen. El Positivismo de Kelsen consiste en señalar como objeto de estudio del derecho no su contenido - expresado por el antiguo positivismo en la legislación positiva- sino en considerar como único objeto del derecho las normas jurídicas expresadas a través de formas lógicas. Para esta visión, el objeto de la ciencia del derecho únicamente se debe encargar de estudiar las formas lógicas a través de las cuales se expresaban las normas jurídicas. Kelsen, de conformidad con el ese logicismo, diferencia y excluye de su Teoría pura, la realidad del ser social que, como variable no entra en su modelo: liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le sean extraños; despojar a la “ciencia del derecho” de todo contacto con la política, de toda valoración ética y sociológica. A pesar de que la ciencia jurídica

tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente, qué lejos ha estado esa ciencia de satisfacer esa exigencia de pureza. (Bertot, 2017, p. 5 y 6).

En su radical postura positivista, Kelsen afirma que “si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma debe tener un carácter religioso”, pues según él, “el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable creado por los hombres” (Kelsen, 2000, p. 79). Pero, como decía A. Reinach, “Designar las formaciones jurídicas como creaciones del derecho positivo, no sólo es falso, sino sin sentido (...), el derecho positivo encuentra los conceptos jurídicos que emanan (de) él: de ninguna manera los produce” (Reinach, Citado por Contreras 2008, p. 57).

Dada su teoría del conocimiento, Kelsen no puede comprender que el derecho natural, no necesariamente supone una concepción teológica, sino que ante todo obedece a una consideración fenomenológica de la conciencia, del ser humano, histórico y real, de la persona. La Persona, el hombre en cuanto hombre, es decir en cuanto ser espiritual, como *el lugar y la ocasión del surgir de los valores*. Por lo cual, “*la razón más profunda de la obligatoriedad de las normas debe ser buscada en el fondo de la corriente de la conciencia humana; es la conciencia moral, en tanto que pertenece a un sujeto capaz, el fundamento último de la normatividad jurídica*”. Esto es, “*conocimiento de las esencias jurídicas mismas*, única cuestión que nos permitirá recuperarnos de la

pauperización sufrida por la filosofía jurídica contemporánea”; objeto de estudio en el que hemos de profundizar, “*Sin importar, que se nos mire como partidarios de una iusfilosofía que anda por las nubes*” (Derisi, 1979 y Cossio, 1944., Citados por Contreras, 2008, p. 59).

Pero para Kelsen, eso no es más que una “fundamentación metafísica del derecho” que, “depositaba en una ‘naturaleza’ (de la realidad del propio hombre), el encargo de ser fuente de Derecho y de emitir mandamientos y normas de conducta sólo inmanentes a esa ‘naturaleza’ trascendente”, concepción superada por el positivismo, que solo estudia y admite un conocimiento del derecho “positivo” centrado en la legislación (Bertot, 2017, p. 4). De ahí que Kelsen se oponga a las visiones sociológicas, que por la época de su “teoría pura”, relativizaban los fenómenos sociales de que se ocupaban las concepciones marxistas, puesto que esas tendencias sociológicas obstaculizaban una verdadera ciencia del Derecho:

“En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.” (Kelsen, Citado por Bertot, *Ibid.*, p. 5)

Pero, prosigamos con Edmund Husserl, quien, habría referido -parágrafo 14 Investigaciones lógicas- que, “todas las disciplinas normativas tienen por fundamento disciplinas teóricas. Así las proposiciones de las primeras, las proposiciones que expresan lo que debe ser, son susceptibles de ser "traducidas" en proposiciones teóricas desprovistas del giro normativo en cuanto que expresan pura y simplemente lo que es”. Por ejemplo: según la hermenéutica de la proposición: "un guerrero debe ser valiente" significa en última instancia que solo un guerrero valiente es un buen guerrero y que un guerrero que no sea valiente será un mal guerrero”. Para Husserl, “este juicio de valor (el cual ya no es normativo) es válido, tiene razón todo aquel que exija de un guerrero que sea valiente. En general, podemos considerar como iguales, o al menos como equivalentes estas fórmulas: "un A debe ser B" y "un A que no es B es un mal A" o "solo un A que es B es un buen A". (Husserl, Citado por Crespo, 2008, p. 4).

Es esta pues, la orientación de la fenomenología en el plano de las ciencias jurídicas: En primer lugar, el carácter axial (fundamental) que la fenomenología jurídica le atribuye a la conciencia como intencionalidad. Y el sentido real de esta conciencia como causa de la normatividad, en cuanto se corresponda con los imperativos de la ley moral;

En segundo lugar, la esencia de lo jurídico, como propone Husserl, “debe ser explicada con base en la estructura de la persona humana”, pues el derecho “solo se refiere al hombre que *actúa* y que, por ende, ha de responder moralmente por su obrar”. Es decir, que, “si toda conducta humana se cimenta sobre la *intuición moral*, entonces,

“toda ética, y por ello toda Iusfilosofía, debe también remontarse a los hechos del conocimiento moral y jurídico y sus relaciones a priori”;

En tercer lugar, los objetivos o temas fundantes de toda reflexión filosófica sobre la justicia, básicamente serían dos: “el primero -sistemático, metafísico o simplemente gnoseológico-, cuyo objeto es explicar los conceptos jurídicos esenciales y sus categorías, en términos tales que, *se propone analizar el aspecto ontológico de los diversos valores y elementos con que trabaja la ciencia jurídica*” y, “el segundo, *tiende a referir la realidad vigente del derecho a un tribunal superior que debe valorarlo y juzgarlo de acuerdo con los eternos principios de justicia*”. Siendo clave, su permanente valoración para “*la evolución constante del derecho, y de su perfeccionamiento a través de la historia*” (Ibid., p. 72);

En cuarto lugar, la tradición del derecho natural, desde los clásicos, siempre ha conferido sentido y orientación al derecho consagrado en ley. De forma que, “lo mismo que el iusnaturalismo, *la fenomenología jurídica cree posible un absoluto metafísico (...) por eso no llega a ser tan explicable que desde la fenomenología se rechace rotundamente cualquier manifestación del derecho natural que, en definitiva, es algo dado y primario*” (Contreras 2008, P- 71-73).

Con todo, en cuanto filosofía del conocimiento, “la fenomenología jurídica parte de una visión *integral* de lo jurídico”. En ese sentido la fenomenología del derecho representa un importante aporte al pensamiento iusfilosófico contemporáneo,

independientemente del concepto positivista de *ciencia jurídica estricta*, ya que el componente último de lo jurídico no son las normas codificadas, sino los valores: “*pero no los valores aleatorios o coyunturalmente derivados de una voluntad personal, sino preexistentes. Así, el buen legislador se caracterizará entonces, por su capacidad para captar esos valores y traducirlos a enunciados legales*” (Amado, 2005, citado por Contreras 2008, p. 74).

V.

Se ha señalado en el introyecto de esta sección a la intencionalidad de la conciencia como uno de los problemas fundamentales de la filosofía en sus aspectos epistemológicos, ontológicos, antropológicos y éticos. Problema que toca con la distinción y controversia, entre el concepto fenomenológico de la intencionalidad y el concepto semántico de la intencionalidad, de uso en la tradición analítica. Esto es, en torno a los conceptos de intencionalidad con “c” e intencionalidad con “s” (Pujadas, 1988. P. 29, 30). Confusión más común en la lengua Inglesa (“Intentionality-with-a-t” o “intensionality-with-an-s”) y Española, puesto que la pronunciación de ambas palabras es la misma. En igual sentido, como lo señala el profesor Lluís Pujadas, “existe un sentido vulgar de la palabra “intencionalidad” (o intención) que no coincide con el filosófico” sentido vulgar que se da por igual en español, francés, inglés e italiano, a diferencia del sentido en el idioma alemán, puesto que “cuando Brentano introdujo el término ‘Intentionalität’, estaba por así decir creando un término filosófico (a lo que son tan

aficionados los filósofos alemanes) cuyo sentido no iba a ser confundido con el vulgar, puesto que el término alemán para ‘intención’ es ‘Absicht’”.

Para ilustrar estas diferencias, Pujadas se ocupa de esta confusión en dos sentidos: 1) en el sentido vulgar y filosófico de “intencionalidad” (o “intencional”, o “intención”) y 2) en la confusión de “intención” (o “intencional”) con “intensión” (o “intensional”). Dado que la confusión del primer sentido, es “fácilmente eliminable y ha producido poca controversia”, solo ha de mencionarse con una proposición elemental:

“(1) Las intenciones son estados intencionales que se expresan intensionalmente”.

Según la Real Academia Española (RAE) define “*intención*” como “*la determinación de la voluntad en orden a un fin*”: “*Intencional*” es considerado en uno de sus sentidos como equivalente a “*deliberado*”, es decir, como “sentido de determinación de la voluntad o de acción deliberada”; pero también en la definición tercera de “*intencional*” de la RAE:

“Dicho de un acto: Referido a un objeto. Dicho también de un objeto en cuanto término de esa referencia”, se acerca -según Pujadas- a la definición de Brentano, para quien la intencionalidad es “la referencia a un contenido, la dirección hacia un objeto (...) o la objetividad inmanente” (Husserl, Citado por Pujadas, 1988, p. 31).

Respecto del segundo sentido, la confusión de “intención” (o “intencional”) con “intensión” (o “intensional”), ha sido el filósofo norteamericano, John R. Searte, quien más ha insistido en la necesidad de distinguir estos conceptos:

“Una de las confusiones más extendidas en la filosofía contemporánea es la errónea creencia de que hay alguna estrecha conexión, quizá incluso identidad, entre intensionalidad -con-s e Intencionalidad-con-c. Nada más lejos de la verdad. No son siquiera remotamente similares. La Intencionalidad-con-c es aquella propiedad de la mente (cerebro) por la cual es capaz de representar otras cosas; la intensionalidad-con-s es la incapacidad de ciertos enunciados, etc. de satisfacer ciertos criterios lógicos de extensionalidad. La única relación entre ellos es que algunos enunciados acerca de la Intencionalidad-con-c, son intensionales- con-s” (Searte, citado por Pujadas, 1988, p. 36).

Como se ha recabado, quiere decir esto que, mientras, por una parte la intencionalidad con “c” alude una característica inicial de la conciencia, a partir de lo cual Husserl propone el método fenomenológico, como método de análisis de la conciencia constituyente del sentido de la realidad. Es decir, como el método del conocimiento, según el cual: la conciencia intencional constituye la realidad a partir de estructuras fundamentales de correlación sujeto-objeto.

Por otra parte, la intensionalidad con “s”, se entiende como lo dicho acerca del sujeto, en una frase o proposición constituida por sujeto y predicado, es decir denota una relación lógica de una expresión lingüística en términos de verdad o falsedad del sujeto respecto del predicado. Por ejemplo, en el *significado* y *significante* de la frase o

proposición “el rey de Francia es calvo”, si “el rey de Francia” es el Sujeto (S), y “es calvo” es el predicado (P), entonces tiene que haber un rey de Francia que sea calvo, para que se valide como lógica y cierta la frase o proposición. Así la *intensionalidad* es la suma de atributos contenidos en un término. En lógica, las condiciones necesarias y suficientes que dan *significado* a una expresión lingüística. Mientras que la misma frase o proposición “el rey de Francia es calvo”, es *significante por extensión*, en tanto que sería aplicable a todos o por lo menos a un listado de los reyes de Francia.

La referenciada “confusión”, es solo a una de las diversas formas y sentidos atribuidos a palabras y proposiciones que distinguen radicalmente la fenomenología de la analítica. Específicamente, los términos referenciados, no aluden simplemente un problema lingüístico, sino que evidencian una diferencia de concepción ontológica y epistemológica que atañen a la discusión entre *iusnaturalismo* y *iuspositivismo*. En el mismo sentido, son varias las divergencias entre conceptos fenomenológicos y analíticos que, desde la filosofía del derecho, problematizan la dogmática jurídica o “ciencia del derecho”, en términos lingüísticos y hermenéuticos.

La “dogmática jurídica”, como método y actividad, desarrollada por los estudiosos del derecho; si se quiere, sinónima de “ciencia del derecho”, cuyas fuentes son la norma, la ley, la hermenéutica y los principios generales del derecho, como objeto y método de interpretación, se soporta teóricamente en la filosofía analítica, o teoría del “análisis filosófico”. Nombre que, como concepción positivista y neopositivista, se le asigna a las escuelas y corrientes jurídico-teóricas de finales del siglo XIX y XX, creadas

por el filósofo y matemático alemán Gottlob Frege (1848-1925), iniciador de la filosofía del lenguaje y de la filosofía analítica, desarrollada más tarde por G. E. Moore (1873-1958), B. Russell (1872-1970), A. Whitehead (1861-1947), L. Wittgenstein (1889-1951) y John Langshaw Austin (1911-1960).

Para la filosofía analítica, la actividad explicativa de sus enunciados, básicamente comienza con la fundamentación lógica de la matemática planteada por Russell y Whitehead, en la *Principia matemática* (1910-1913), donde se funda el lenguaje riguroso de la lógica, como alternativa a la evasión e indeterminación de las ambigüedades y confusiones del uso del lenguaje ordinario; a esta obra se añade el *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921), de Wittgenstein que al tratar de la estructura lógica del lenguaje, se centra en la cuestión de lo que “se puede decir”. Por su parte, Russell y Wittgenstein comparten una misma perspectiva lingüística de la realidad, la del atomismo lógico, según la cual el mundo y el lenguaje muestran una estructura semántica o ‘figura lógica’ común: en razón a que el lenguaje es el espejo del mundo, en él se refleja su naturaleza.

La idea fundamental de la analítica es que la realidad sólo se comprende a través del lenguaje, porque éste es el reflejo de la realidad (teoría especular del lenguaje, que sustituye a la teoría especular de la idea del siglo XVII), ya que, “el conocimiento no consiste más que en el análisis del lenguaje”, donde:

En un primer momento, el análisis del lenguaje se confía a la lógica sistematizada en los *Principia mathematica*, esto es, a un lenguaje formal de lógica de enunciados y de predicados, con el que Russell reduce los enunciados compuestos a enunciados simples a fin de descubrir en ellos los elementos simples que se corresponden con los hechos simples del mundo o con los hechos atómicos (Wittgenstein); también el *Tractatus* sigue por la senda de descubrir la estructura lógica del lenguaje. (Mercaba, 2010, p.1).

La analítica en su estructura teórica, está constituida por: i) *el atomismo lógico*, (Russell, Moore y Wittgenstein), concepción opuesta al idealismo que postula el análisis de las relaciones internas e interdependientes del ser en el universo; supone que el mundo, está conformado y organizado, como los átomos, en entidades independientes y aisladas que pueden ser conocidas directamente sin referencia al resto del universo; como método de conocimiento es inductivo y se basa en la lógica matemática; ii) *el positivismo lógico*, producto del “Círculo de Viena” (M. Schlick -1882-1936, - Rudolf Carnap -1891-1970-, Kurt Gödel -1906-1976- y Alfredo J. Ayer -1910-1989-), destaca en sus postulados las proposiciones analíticas y sintéticas; se funda en el empirismo, rechaza la metafísica y promueve una postura unificadora del lenguaje, de las ciencias y sus métodos; y, finalmente, “la escuela de Cambridge y de Oxford”, también denominada “positivismo terapéutico”, o simplemente, “filosofía analítica”, la cual postula que el lenguaje no expresa los hechos, pues existen una pluralidad de lenguajes, cada uno de los cuales manifiestan una forma de relacionarse con el mundo y con la vida, circunstancias que escapan a toda pretensión sistematizadora. (Caldeiro, 2014)

Desde el punto de vista de la filosofía Analítica del Derecho, resulta importante considerar las aportaciones efectuadas por John Austin (del jurista John Austin -1790-1859- y no del filósofo también británico y pionero de la filosofía del lenguaje John Langshaw Austin -1911-1960-), y del Profesor H.L.A. Hart, a la dogmática jurídica.

Durante el resto del siglo XIX y principios del XX, la tradición austiniana dominó la producción filosófico-jurídica inglesa. Los libros escritos por Markby, Amos, Holland, Clark, Pollock y Salmond: son ante todo analíticos, por lo que evitan cualquier consideración moral o sociológica. Sus perfiles pueden ser caracterizados por la siguiente afirmación tomada del libro Jurisprudence, de Sir John Salmond: “El propósito de la Filosofía analítica del Derecho es analizar los principios jurídicos básicos, sin hacer referencia a sus orígenes históricos, evolución, significación ética o validez”. (Pannam, 2008, p. 69) (Subrayé).

A su muerte John Austin dejó dos ideas fundamentales que posteriormente dominaron el pensamiento jurídico británico: “la creencia apasionada en la necesidad de distinguir el hecho del valor, o el derecho que es, del derecho que debe ser” y la visión acerca de que “los juristas debían ocuparse de analizar la naturaleza de los conceptos jurídicos básicos antes que de especular sobre cosas tales como los efectos sociales del derecho o sus fines morales últimos”. Pues,

Éstas eran cuestiones valorativas que podían ser dejadas al estudio de la “ciencia de la legislación” (¡esta disciplina no exigía ninguna habilidad profesional especial!). Los juristas, sin embargo, eran los únicos capaces de analizar conceptos como derecho, soberano, deber, derecho subjetivo, posesión, dominio, ley, obligación, etcétera. Bentham había definido la teoría del derecho como “el arte de ser metódicamente ignorante de lo que todos saben”; esto ejemplifica lo

que Austin estaba sosteniendo. Todo jurista emplea conceptos jurídicos en su práctica cotidiana y cree que conoce sus significados. Pero, en realidad, no los comprende en absoluto. La tarea del jurista analítico, según Austin, era arrojar luz sobre su verdadera naturaleza y funcionamiento. (Ibíd, p. 68, 69).

Para la teoría del derecho de J. Austin al mando de la escuela inglesa, le resultaba imposible dejar de considerar el análisis formal de los conceptos jurídicos sin dimensionar su alcance a las exigencias sociales planteadas por la coyuntura histórica de la segunda post-guerra; situación, que al punto debeló, la aridez de los estudios analíticos, pues, “En la universidad, el Derecho debe estudiarse, no simplemente como ha resultado de las exigencias sociales, sino atendiendo a las relaciones generales que existen entre sus diversas partes y con otros sistemas”, (Markby); “Es totalmente imposible contemplar el Derecho como un fenómeno social aislado” (Amos, A Systematic View of the Science of Jurisprudence); “Un tratado completo de Filosofía del Derecho abordaría enteramente las tres ramas de la materia, esto es, la analítica, la histórica y la ética”, (Salmond) (Ibíd, P.70).

Pero a comienzos y hasta la segunda mitad del siglo XX, después de 1945, la filosofía analítica del derecho de John Austin (el jurista), encontró un cambio de tono en el creciente interés de la filosofía británica por el lenguaje, como alternativa a los vestigios del idealismo hegeliano, en un movimiento conformado entre por G.E. Moore, Bertrán Russel, Ludwin Wittgenstein y John Langshaw Austin (el filósofo lingüista), entre otros. La cita de Clifford L. Pannam, es ilustrativa de la incitación por la filosofía del lenguaje:

¿Recuerda en *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There* (A través del espejo y lo que Alicia encontró allí), cuando el Rey pregunta a Alicia si puede ver a sus exploradores?

“No, a nadie”, dijo Alicia.

“‘Cómo me gustaría tener esa vista’, remarcó el Rey con tono inquietante”. “¡Poder ver a nadie! ¡Y además a esta distancia! ¡Yo con esta luz ya hago demasiado viendo a alguien!”

Desde esta perspectiva las similitudes y contrastes gramaticales pueden ser engañosos, por lo que las oraciones gramaticalmente aceptables pueden ser lógicamente insostenibles. Por lo que, para L. Wittgenstein: “4.003 la mayoría de las preguntas y proposiciones de los filósofos resultan del hecho de que no conocemos la lógica de nuestro propio lenguaje”, resultando entonces que “4.0031 Toda filosofía es ‘¡crítica del lenguaje!’”

Después de 1945, un grupo de filósofos de Oxford comenzó a centrar su interés en el lenguaje articulando un feroz ataque a la tesis de que “las palabras o bien establecían hechos o bien describían emociones”:

Esta tesis surgió de los escritos de Bertrand Russell y los positivistas lógicos, representados en Inglaterra por el profesor A. J. Ayer. El lenguaje, respondió el grupo de Oxford, cumple muchas funciones adicionales. El significado de las palabras no puede determinarse de antemano afirmando que o bien ellas son descriptivas o bien emotivas. Uno debe examinar el rol que juega una palabra en su uso normal. Cuando ello se hace, se revela la gran variedad de roles que desempeña el lenguaje. (Pannam, 2008, p. 69) (Subrayé).

La contribución efectuada por J.L. Austin a la filosofía británica se cimenta en la lingüística como componente estructural de la filosofía analítica. Su libro, “*Cómo hacer las cosas con palabras*”, es sugestivo del uso y dimensión social del lenguaje, en la teoría y en la práctica de las disciplinas humanísticas o ciencias del espíritu incluyendo, por supuesto, al Derecho: la distinción de los actos del habla, entre las proposiciones o *enunciados constatativos*, respecto de las *expresiones realizativas u operativas* (enunciado performativo). Es decir, la forma de expresiones falsas o verdaderas, diferentes en su sentido lingüístico a un enunciado que no constata falsedad o verdad alguna, puesto que no describe nada, sino que efectúa un acto. Por ejemplo,

El profesor Austin argumenta que cuando una persona dice “yo sé que es un jilguero” hace mucho más que meramente describir ciertos hechos. La persona, cuando dice “yo sé”, da su palabra, o arriesga su reputación, sobre el hecho de que es un jilguero. Eso diferencia esta frase de otras como “creo” o “supongo”, por ejemplo. Del mismo modo, cuando uno dice “prometo” hacer algo, hace más que describir su estado mental presente. Invita a otro a confiar en su palabra; o, para tomar otro ejemplo, cuando se pronuncia la palabra “acepto” en el curso de una ceremonia matrimonial, tiene lugar la realización de un acto más que la descripción de un hecho. Lo mismo puede decirse de “nombro a este barco Queen Elizabeth”. El profesor Austin denomina “performativo” este uso del lenguaje. (Austin, 1961, Citado por Pannam, 2008, P. 75).

Esta teoría del lenguaje lleva a la filosofía a los límites de la filología. Según Pannam, el profesor Austin y el grupo de Oxford, preocupados por los matices de semánticos que separan palabras similares, se preguntaban, por ejemplo: “¿por qué usamos “deliberadamente” en lugar de “intencionalmente”, “a propósito”, “a sabiendas” o

“voluntariamente”? A la inversa, “¿por qué utilizamos “accidentalmente” en lugar de “por error”, “negligentemente”, “inadvertidamente” o “sin querer”? La razón es porque:

...nuestro caudal común de palabras encarna todas las distinciones que los hombres han encontrado provechoso trazar, y las conexiones que han encontrado fructífero realizar durante muchas generaciones: éstas muy probablemente sean más numerosas, más sólidas, dado que han resistido al largo test de supervivencia bajo la ley del más fuerte, y más sutiles, al menos en todas las cuestiones prácticas ordinarias y razonables, que cualquiera que usted o yo podamos pensar en nuestros sillones durante una tarde -el método alternativo más favorable-. (J.L.Austin, 1961. Citado por Pannam, 2008 p. 76) (Subrayé).

Como contemporáneo y miembro destacado del grupo de Oxford, el profesor Herber Lionel Adorpus Hart (H.L.A. Hart) (1907-1992), ha aplicado esta filosofía del lenguaje a la filosofía analítica del derecho. Correspondiéndole así mismo de manera crítica dar cuenta de la concepción analítica utilitarista de John Austin (el jurista) y Bentham. J. Austin, de acuerdo con la tradición del empirismo inglés, construye su teoría del derecho, basándose exclusivamente en los elementos facticos como “órdenes”, “amenazas” y “hábitos de obediencia”; concibe el orden jurídico, “como conjunto de órdenes respaldadas por amenazas (mandatos)”, emitidos por una persona a la que obedece la población (el soberano). Es decir que, para Austin “todas las normas de un sistema jurídico son reducibles al concepto de órdenes respaldadas por amenazas” (Tamayo, 2016, p. 221).

H.L.A. Hart, rechaza esa tesis, por considerarla reduccionista; señala que, al comparar los distintos tipos de normas jurídicas con el modelo de Austin, resultan tres tipos de objeciones: i. Las que se refieren al contenido de las normas jurídicas; ii. Las que se refieren a su origen y iii. Las relativas a su ámbito de aplicación; “Para Hart, todos los sistemas jurídicos sin excepción, incluyen normas que en relación con uno (o más) de estos tres aspectos, difieren del modelo de John Austin”; para Hart, la incapacidad de la teoría imperativa del derecho de Austin, resulta de que los elementos “órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen ni tampoco pueden producir la idea de regla o norma, sin la cual no es posible esclarecer ni siquiera las formas más elementales del derecho (ibíd. P. 221-222).

Para Hart esa situación (es decir, la existencia de reglas sociales) contribuye de dos maneras al significado del enunciado de que una persona tiene una obligación. Primero, la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamientos una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso, de tal enunciado. En segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella. De acuerdo con Hart, las teorías construidas únicamente sobre aspectos externos de comportamiento (órdenes, hábitos, etcétera) que no dan cuenta del aspecto interno de las reglas son incapaces de explicar adecuadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de la mayoría de las personas (Hart, Citado por Tamayo, p. 224). (Subrayé).

En el mismo sentido H.L.A. Hart, introduce la “clave de la ciencia del derecho”: la tesis de las reglas o normas, primarias o secundarias. Correspondiendo las primeras, aquellas que prescriben o constriñen a los ciudadanos a la realización o no de ciertos actos

o conductas, en tanto que imponen obligaciones y sanciones; y las segundas, las que confieren potestades y posibilidades de actuar. Es decir, las que regulan el qué hacer, el poder hacer, el construir y modificar situaciones jurídicas determinadas. Así, en cuanto potestades, estas reglas permiten la organización del ordenamiento jurídico al comprender tres tipos de reglas o normas: Las reglas de reconocimiento, esto es, las normas o reglas legales y constitucionales que estructuran el poder del Estado; las reglas de cambio, esto es, las que orientan el procedimiento para el cambio de las reglas primarias y, finalmente, las reglas o normas de adjudicación, esto es, las que le adjudican competencias a los jueces y todo tipo de operadores judiciales, para determinar el cumplimiento, en los casos particulares, de las reglas o normas primarias.

El resultado de la combinación de las reglas primarias o de obligación, con las reglas secundarias o de reconocimiento, cambio y adjudicación, para Hart, no solo constituyen la médula del sistema jurídico, sino una herramienta poderosa para el análisis de muchos de los problemas que desconciertan a juristas y teóricos sociales (Tamayo, 2016, p. 228), como en el caso, por ejemplo, el de la textura abierta, zona de penumbra y ambigüedades del lenguaje.

Aun cuando H.L.A. Hart, fiel a la orientación positivista, mantiene la postura de la separación entre la moral y el derecho, las normas jurídicas, ofrecen un determinado margen de enjuiciamiento moral, sin que, por supuesto, dicho margen negativo pueda despojar de legitimidad, y sobre todo juridicidad a la norma considerada moralmente reprobable. Tal vez es ese “sesgo iusnaturalista” lo que haya conducido a Hart a producir,

como lo anota el profesor Clifford L. Pannam, “esa nueva sensibilidad hacia el lenguaje”, en varios estudios sobre la filosofía en general, la ética, la sociología y la ciencia política. Por lo que conviene en este aspecto reseñar someramente una de las más importantes contribuciones del profesor Hart, a la tarea de la filosofía analítica del derecho, la cual consiste en proporcionar “...un panorama o mapa más claro de aquellos rasgos de los conceptos jurídicos que los diferencian de los conceptos usuales, relativamente fáciles de comprender, y que exhiba manifiestamente su modo distinto de operar” (Hart, citado por Pannam, 2008, p. 76), ya que “se progresará muy poco en la comprensión del Derecho y del razonamiento jurídico mientras no se llegue a dominar la estructura lógica del lenguaje jurídico”.

La mencionada contribución de H.L.A. Hart, el concepto de la “textura abierta del lenguaje” o “textura abierta del derecho”; concepto, atribuible a Friedrich Weismann, colega del Hart en Oxford, describe la vaguedad e indeterminación inherente del lenguaje humano. Vaguedad producida cuando variables o normas que definen o describen situaciones generales tienen lugar en aplicación de situaciones particulares: El ejemplo ilustrativo que consiste en suponer que, una regla jurídica prohíbe la entrada de vehículos a un parque público inhibe la entrada de un automóvil, pero no la entrada de las de bicicletas, aviones, automóviles de juguete, patinetas, etc. En este caso la norma jurídica escrita no puede ubicarse por encima de la determinación del juez, el cual, al aplicar la norma jurídica, toma una decisión de la cual es responsable, con las consecuencias prácticas que ello implica. Esta incertidumbre de la zona de penumbra es propia de todas las reglas o normas jurídicas y del lenguaje en general.

“La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”. (Hart, 1961, p.168).

Así que la regla general que prohíbe la entrada de vehículos a un parque, no aplica en casos no previstos como el de las bicicletas, aviones, automóviles de juguete, patinetas, etc., por cuanto estos casos están indeterminados. La ciencia jurídica, especialmente los “realistas” en los Estados Unidos, se han ocupado casi por completo de esta zona de penumbra, instituyendo en la cultura jurídica amplios márgenes discrecionales de parte de los jueces al decidir sobre cuestiones de indeterminación de las normas. A este respecto, se ha coincidido en que “la existencia de tal incertidumbre demuestra la inutilidad de la filosofía analítica del derecho”.

Es indudable que el formalismo en que se inscribe la filosofía analítica del derecho, reduce al mínimo la necesidad de elección tratando de congelar el significado de las reglas: sólo se fija en ciertos elementos del caso claro, rechazando extenderlos, sin importar las consecuencias sociales de tal decisión; mientras que el escepticismo ante las reglas, cuestiona que alguna vez haya casos claros en la aplicación de normas jurídicas: sostiene la idea opuesta e insiste en que las palabras no tienen ningún núcleo de significado, puesto que todo lo que existe es el antojo arbitrario de algún juez u algún otro funcionario (Pannam, 2008, p. 79-80)

Como la disyuntiva entre el “formalismo” y el escepticismo ante las reglas”, en efecto, no pueden atrapar la teoría jurídica entre Escila y Caribdis, cuando surjan estos casos, de acuerdo con el profesor Pannam, la cuestión solo puede resolverse llevando a cabo una elección entre los intereses en conflicto, donde la decisión adoptada deberá precisar el alcance del objetivo inicial y determinar el significado de una palabra a instancias de la regla o de la norma.

Finalmente, luego de la anterior exposición que da cuenta de los supuestos teóricos y metodológicos que subyacen a la estructura expositiva del presente trabajo, es preciso informar que, el método adoptado en el abordaje del problema planteado sigue las pautas del “método científico general” y las reglas propuestas por Mario Bunge (Citado por Soto, P.): conocimiento previo, definición de la pregunta problema, formulación y prueba de hipótesis y en el caso concreto, identificación del problema jurídico, las tesis y razones de su solución y la exposición de los argumentos que textualmente estructuran el trabajo efectuado. En ese sentido, el trabajo realizado tuvo los siguientes momentos:

1. Examen de “fuentes secundarias”, consulta bibliográfica, estado del arte de la figura procesal de la caducidad; filosofía fenomenológica y analítica, doctrina y jurisprudencia comparada y nacional relacionada con la figura procesal de las acciones de clase; estudio comparado de la ley 472/98 que regula las acciones colectivas en nuestro ordenamiento y los desarrollos producidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; análisis y evaluación procesal de la acción de clase referenciada en el trabajo. La reflexión, sobre estos asuntos, permitieron ampliar el

marco teórico y conceptual indispensable para conferirle sentido narrativo al problema planteado.

2. Se auscultó nueva información y se sistematizó la información existente en “fuentes primarias”: expediente contentivo de la acción de grupo instaurada por la señora María Eugenia Escalante y Otros, contra el Banco de la República, por la indemnización de los perjuicios patrimoniales ocasionados a los usuarios de créditos hipotecarios pactados en UPAC, con motivo de la expedición de la Resolución externa No. 18 de 1995, la cual modificó el cálculo de esa unidad de cuenta al sustituir la corrección monetaria basada en el Índice de Precios al Consumidor, IPC., por el 74% de la tasa de interés del mercado DTF (Promedio del interés de colocación de la totalidad de los Certificados de Depósito a Término de la economía). Expediente del que conoce actualmente el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo, Sección Segunda del Circuito de Bogotá (Rad. 11001333102320070063400).

3. La confluencia de estos estados, permitieron seleccionar y sistematizar información teórica y de campo para estructurar conceptualmente el problema de investigación. El examen del problema planteado, las motivaciones y los momentos de lectura contacto directo y permanente con las fuentes, dio lugar a un trabajo compuesto de tres capítulos que aunque se exponen de manera sistemática y sinérgica, validan la tesis acuñada a la obra de Marx, según la cual es posible diferenciar dialécticamente “el método de investigación y el método de exposición”.