
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos Colectivos.
Hacia su efectiva comprensión y protección

María Paz Avila Ordóñez y
María Belén Corredores Ledesma
Editoras



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Danilo Caicedo Tapia
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Esther Almeida
Christel Drapier
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del *Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social*, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador con la asistencia de las agencias del Sistema de Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del gobierno de España.

ISBN: 978-9978-92-785-4
Derechos de autor: 032327
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

| | |
|--|------|
| Presentación | vii |
| <i>Néstor Arbito Chica,</i> Ministro de Justicia y Derechos Humanos | |
| Presentación | ix |
| <i>María Fernanda Espinosa,</i> Ministra Coordinadora de Patrimonio | |
| Presentación | xi |
| <i>José Manuel Hermida,</i> Coordinador Residente del Sistema ONU en Ecuador | |
| Prólogo | xiii |
| <i>María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma</i> | |
| Introducción | xv |
| <i>Agustín Grijalva</i> | |
| | |
| I. La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales | |
| | |
| Derechos individuales y derechos colectivos | 3 |
| <i>Will Kymlicka</i> | |
| Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos | 27 |
| <i>Rainer Baubock</i> | |
| La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos | 61 |
| <i>Neus Torbisco Cassals</i> | |
| | |
| II. Derechos de las nacionalidades indígenas | |
| | |
| Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador | 103 |
| <i>Diego Iturralde Guerrero</i> | |
| Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado | 127 |
| <i>Diego Iturralde Guerrero</i> | |
| Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2006 | 147 |
| <i>Rodolfo Stavenhagen</i> | |

| | |
|--|-----|
| Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2009 | 179 |
| <i>James Anaya</i> | |
| III. Pueblo Afroecuatoriano | |
| Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano..... | 217 |
| <i>Jhon Antón Sánchez</i> | |
| IV. Usuarios y consumidores | |
| Consumidores y consumismo. | |
| Perspectivas de una nueva concepción | 257 |
| <i>María Paz Avila y Diva Avila</i> | |
| El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular | 277 |
| <i>Gustavo Lins Ribeiro</i> | |
| La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español | 303 |
| <i>Lorena Bachmaier Winter</i> | |
| V. Medio ambiente sano | |
| La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental..... | 353 |
| <i>Ricardo Crespo</i> | |
| Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales..... | 363 |
| <i>Byron Real López</i> | |
| VI. Acciones de protección | |
| Concepto de acción colectiva | 415 |
| <i>Antonio Gidi</i> | |
| Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil | 427 |
| <i>Antonio Gidi</i> | |
| El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos | 457 |
| <i>Christian Courtis</i> | |
| Nota biográfica de las autoras y autores | 497 |

V

Acciones de protección

Concepto de acción colectiva*

Antonio Gidi

Sumario:

I. Concepto de acción colectiva. II. Algunos errores en la definición de la acción colectiva. III. ¿Acción de clase o acción colectiva? IV. El consentimiento de los miembros ausentes (*opt in v. opt out*).

I. Concepto de acción colectiva

Es extremadamente difícil la tarea de definir el concepto de acción colectiva. Tal vez a eso se deba que la doctrina no haya intentado dar un concepto sistemático.

Decir, tan solo, que la acción colectiva es aquella propuesta para la defensa de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos es incu-

* Adaptado de los libros de Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, Editorial Saraiva, 1995 y *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 31 y del artículo *El concepto de acción colectiva*, in Gidi y Ferrer, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, p. 14-24, 2003. Este trabajo es una breve introducción al tema de las acciones colectivas.

Traducción de Adriana León, licenciada en derecho por la Universidad Iberoamericana en la Ciudad de México y Maestría en Derecho por la Universidad de Pennsylvania. Revisión de Gidi.

rrir en un grave error. Es posible que la presentación de una acción en defensa de tales derechos sea en su estructura una acción individual. Es posible pensar por ejemplo que todos los asociados de una pequeña empresa de asistencia médica presenten una acción contra los aumentos ilegales en sus mensualidades. *El derecho material no deja de ser colectivo (o individual homogéneo), sin embargo es tutelado por una acción individual.*

Barbosa Moreira¹ observa que la idea fundamental de las acciones colectivas es que el litigio puede ser llevado a juicio por solo una persona. Já Rodolfo de Camargo Mancuso² considera a la acción colectiva cuando un grupo de personas es cubierto por la cosa juzgada o cuando los efectos de la sentencia son amplios.

Kazuo Watanabe³ afirma que “la naturaleza verdaderamente colectiva de la demanda depende no solamente de la legitimación activa para demandar la acción y de la naturaleza de los intereses o derechos de los vinculados, sino también de la causa de pedir invocada y del tipo de proveimiento jurisdiccional postulado”.

En verdad, la acción colectiva es la acción propuesta por un representante (legitimación)⁴ en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso)⁵ cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un

1 Barbosa Moreira, “Ações coletivas na Constituição Federal”, en *Revista de Processo*, vol. 61, p. 186.

2 Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, p. 25.

3 Kazuo Watanabe, “Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”, en *As garantias do cidadão na justiça*, p. 195.

4 Cf. Antonio Gidi, Legitimación para demandar en las acciones colectivas, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 107-117, 2003; *idem*, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 69-94.

5 Cf. Antonio Gidi, Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 25-38, 2003; *idem*, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 45-68. Para evitar errores es importante dejar claro el nuestro pensamiento: cuando decimos “derecho colectivamente considerado” estamos nos refiriendo a todos los tipos de derecho del grupo, incluyendo los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. No ha comprendido bien nuestro pensamiento José Marcelo Menezes Vigliar, pues pensó que nos estábamos refiriendo solamente a los derechos “colectivos”. V. *Tutela jurisdiccional Coletiva*, p. 99. El error de Vigliar fue percibido por Renato Rocha Braga, *A coisa julgada nas demandas coletivas*, p. 42.

*grupo de personas (cosa juzgada)*⁶. En una acción colectiva los derechos del grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho del grupo⁷.

Ahí esta, en unas breves líneas, el bosquejo de nuestra definición de la acción colectiva. Consideramos elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva, la legitimidad para demandar, el objeto del proceso y la cosa juzgada⁸.

Esto no significa que estas sean las únicas diferencias entre acciones colectivas e individuales. La propia estructura del proceso y del procedimiento se altera, interfiriendo en los poderes del magistrado, en la apreciación de la prueba, en lo solicitado, en la sentencia, en la ejecución, la litispendencia⁹, etc. Pero la legitimidad, el objeto y la cosa juzgada son las principales diferencias, de las cuales todas las demás son derivadas.

II. Algunos errores en la definición de la acción colectiva

Algunos autores distinguen entre “acciones colectivas”, “acciones civiles públicas” y “acciones organizacionales” (también conocidas como “acciones asociativas”). De acuerdo con esta distinción, las acciones colectivas (*class actions*) serian aquellas propuestas por los miembros del grupo, las acciones públicas

6 Cf. Antonio Gidi, *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 16, *idem*, Cosa juzgada en acciones colectivas, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 261-295, 2003, *idem*, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 69-94.

7 Hugo Nigro Mazzilli, utiliza apenas los dos primeros criterios. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, pp. 27-29; *idem*, “Interesses coletivos e difusos”, in *Justitia*, vol. 157, p.44; *idem*, “Ação civil pública”, in *Livro de estudos jurídicos*, 4/96.

8 Ver Márcio Leal, *Ações coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 39-45 (1998), que tiene una excelente investigación sobre el concepto de acciones colectivas.

9 Ver Antonio Gidi, Litispendencia en acciones colectivas, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 314-329, 2003; *idem*, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil.. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 115-123.

(*parens patriae civil actions*) serían aquellas propuestas por los miembros del gobierno (como el Ministerio Público o los organismos públicos) y las acciones organizacionales (*organizational actions o associational actions*), serían aquellas propuestas por asociaciones privadas (ONG)¹⁰.

Esta clasificación sin embargo, es absolutamente inútil. En todos los casos mencionados se trata de una acción colectiva, donde el derecho tutelado en juicio pertenece a un grupo de personas y en donde la sentencia vinculará a todos los miembros de ese grupo. El tipo de representante es solamente un aspecto incidental del concepto de la acción colectiva. Lo importante es que el representante sea una persona (física o legal) diferente del grupo titular de los derechos que se están tutelando en juicio.

Con base en este error, algunos juristas defienden que las acciones colectivas no existen en Europa porque en el derecho europeo solo las asociaciones y las entidades públicas tienen legitimación para representar los derechos del grupo en un juicio. Estos autores piensan que para que una acción sea realmente colectiva (una *class action*), es necesario que el representante del grupo sea una persona miembro del grupo. En el contrario, esto sería “apenas” una acción organizacional. Sin embargo, las “acciones organizacionales” que existen en algunos países europeos (como Italia, Alemania y Francia)¹¹ son ejemplos típicos de acciones colectivas, tanto como las *class actions* americanas. La única diferencia es el tipo de representante que representa los intereses del grupo en el juicio¹².

10 Ver por ejemplo a Mauro Cappelletti, en “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, in *Access to Justice. Promising Institutions*, vol. II, p. 773-75 (Cappelletti and Weisner eds., 1979) (donde el autor se refiere a “public attorney general”, “organizational private attorney general” e “individual private attorney general”); Bryant Garth, “Group Actions in Civil Procedure: Class Actions, Public Actions, Parens Patriae and Organization Actions”, en el *XIIIth International Congress. Montreal*, p. 205 (1992). Existen otras clasificaciones semejantes, por ejemplo, en Francia, donde algunos juristas clasifican las acciones colectivas en “acciones asociativas” o “acciones de grupo”, de acuerdo al tipo de proveimiento requerido. La primera categoría se refiere a una orden en beneficio del grupo como un todo (*injunction*) la segunda es una acción indemnizatoria en beneficio de los miembros del grupo. Estas clasificaciones no existen en el derecho brasileño que las considera acciones colectivas, independientemente del tipo de representante o del tipo de la naturaleza del proveimiento requerido.

11 La expresión utilizada en Alemania es “acción asociativa” (*Verbandsklage*).

12 Muchas *class actions* son propuestas en los Estados Unidos por asociaciones: el simple hecho de que una asociación es la representante del grupo no cambia la naturaleza de una acción colectiva.

Otro error común entre los autores europeos es pensar que las acciones colectivas no existen en Europa porque los proveimientos judiciales son declaratorios y condenatorios en una orden de hacer o no hacer (*injunction*)¹³. Este error es fruto de la falsa idea de que la verdadera acción colectiva necesariamente tiene un carácter indemnizatorio. El carácter indemnizatorio, sin embargo no es un elemento en la definición de la acción colectiva. En la realidad, aunque menos visible en los medios y aun mucho menos controvertidas en la practica, las acciones colectivas americanas de hacer o no hacer (*injunctive class actions*) han sido históricamente mas comunes en los Estados Unidos que las acciones colectivas de tipo indemnizatorio (*class actions for damages*).

Un estudio comparativo de las acciones colectivas exige una visión global del fenómeno de los “litigios colectivos” comparándolos con los “litigios individuales”. Esta visión mas amplia de las acciones colectivas incluye en una misma categoría todos los tipos de acciones que protegen los derechos del grupo, independientemente del proceso jurisdiccional solicitado (mandamiento judicial, declaración, indemnización), del tipo de representante (poder publico, asociaciones, miembros del grupo) o del tipo de derecho protegido en juicio (conflictos privados, litigios de interés publico). Esto no quiere decir sin embargo, por ejemplo, que todos estos tipos de litigio colectivo deban ser idénticamente regulados en cuanto a su procedimiento, porque cada una de las acciones puede envolver consideraciones políticas y practicas diferentes¹⁴.

13 Desde principios del siglo XX, el sistema jurídico alemán tenía un tipo de acción colectiva en protección de los intereses comerciales. El *Unfair Competition Act* autoriza a las asociaciones y comerciantes a proponer acciones en contra de competidores por prácticas comerciales ilícitas. Ver Harald Koch, “Class and Public Interest Actions in German Law”, in C.J.Q., vol. 5, p. 68 (1986).

14 Hay que tener en cuenta que no todas las “acciones civiles publicas” (*parens patriae actions*) son acciones colectivas, aunque muchas de ellas si lo son. Pero lo contrario también es cierto: no toda acción colectiva es una *parens patriae action* o *public interest litigation*, mas muchas de ellas lo son.

III. ¿Acción de clase o acción colectiva?

El derecho brasileño adopta acertadamente la expresión “acción colectiva” o “proceso colectivo”, aunque algunos juristas insisten en usar la expresión “acción civil pública”¹⁵.

Algunos autores sin embargo, insisten en traducir las acciones colectivas americanas (*class actions*) como “acciones de clase”. Esta traducción literal es un error, la traducción más correcta para *class action* es “acción colectiva”.

Aun mismo en inglés la expresión mas precisa debería de ser *collective action* (acción colectiva). Sin embargo, cuando se escribe en ingles lo ideal es mantener la expresión *class action* en lugar de la expresión mas adecuada *collective action*. En primera por que la expresión *class action* ya está consagrada en la lengua inglesa. Además la expresión *collective action* es usada en el campo económico para analizar el comportamiento de grupos¹⁶.

Los países de tradición de derecho civil, sin embargo, deberían de adoptar la expresión “ação coletiva” como es frecuentemente usada en Italia (*azione collettiva*), en España y América Latina (*acción colectiva* o amparo colectivo), Brasil y Portugal (*ação coletiva*), y en Francia y Canadá (*action collective* o *recours collectif*)¹⁷.

15 La primera ley brasileña que reguló las acciones colectivas de forma sistemática usaba la expresión errónea de “ação civil pública”. V. Ley de acción civil Pública, N° 7.347/85. V. La crítica correcta de Márcio Flávio Mafra Leal, p. 187-88. V. también José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela jurisdiccional coletiva*, p. 94-101.

16 Ver Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (1995).

17 El término usado en el derecho inglés y australiano (“acción representativa” – *representative action*) no es adecuado. Toda acción colectiva es una acción representativa (el grupo es representado en juicio por el representante), sin embargo, esta expresión es demasiado amplia e incluye varias situaciones de derecho procesal individual donde hay una representación. Para un análisis de las acciones representativas inglesas y de las *relator actions* en una comparación con las acciones colectivas americanas, v. J. A. Jolowicz, “Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation: English Law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 42 p. 222 (1983); id., “Some Twentieth Century Developments in Anglo-American Civil Procedure”, in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman* 218, 271-93 (1979); J. A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, vol. 1, p. 97-147 (2000); Keith Uff, “Class, Representative and Shareholders’ Derivative Actions in English Law”, C.J.Q., vol. 5, p. 50 (1986); Neil Andrews, *Principles of Civil Procedure*, p. 134-58 (1994); Christopher J. Maley, “Toxic Torts: Class Actions in United States and England”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 19, P. 523 (1996); Sir Jack Jacob, *The Fabric of the English Civil Justice*, p. 81-82 (1987).

Algunos autores prefieren el termino “acción de grupo” (*group action*)¹⁸. Esta expresión no difiere mucho del termino *class action*, pues utiliza la técnica para demostrar la existencia de un grupo (*class*) de personas, pero no demuestra el carácter inherentemente colectivo de la acción¹⁹. Otros autores utilizan el termino “acción de grupo” de forma mas amplia, incluyendo una serie de técnicas del proceso civil individual, como la consolidación de acciones semejantes (*consolidation*), casos ejemplos (*test cases*), preclusión de cuestiones incidentales (*collateral estoppel*), litisconsorcio (*joinder*) etc., que procuran solucionar, en la esfera individual, varios de los problemas de los conflictos en masa²⁰.

- “Acción multi-partes” (*multi-party action*) es un termino usado por algunos autores como sinónimo de *class action*. Esta terminología es inadecuada. En una acción coletiva puede haber solamente una parte en el papel de representante del grupo, mas aun todos los miembros del grupo pueden ser considerados como partes ficticias en una acción coletiva. Además, cualquier acción individual en un litisconsorcio también puede ser una acción multi-partes. Este término debería de ser usado como referencia a las normas procesales relacionadas con la administración de acciones individuales semejantes. Ver William McBryde and Christine Barker, “Solicitors’ Groups in Mass Disaster Claims”, *New L. J.*, vol. 141, p. 484 (1991) (discussing the formation of groups of solicitors in mass disaster claims); Keith Uff, “Recent Developments in Multy-Party Actions”, *C.J.Q.*, vol. 11, p. 345 (1992).
- 18 Ver Harald Koch, “(Non-Class) Group Litigation Under EU and German Law”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, vol. 11 (en prensa, 2001) (describiendo varias acciones colectivas de hacer o no hacer (*injunctio*) europeas, pero rehusándose a llamarlas “*class actions*”); Catherine Kessedjian, “L’Action en Justice des Associations de Consommateurs et d’Autres Organisations Représentatives d’Intérêts Collectifs en Europe”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 33, p. 283 (1997). Las expresiones usadas en Suecia, por ejemplo, son *grupptalan* and *grupprättegång* [acción de grupo, litigios de grupo.] Ver Per Henrik Lindblom, *Grupptalan. Det Anglo-Amerikanska Class Actioninsittutet ur Svenskt Perspektiv [Group actions. The Anglo-American Class Action Suit From a Swedish Perspective]* (1989) e Per Henrik Lindblom, “Group Actions. A Study of the Anglo-American Class Action Suit from a Swedish Perspective”, in *Group Actions and Consumer Protection*, p. 3 (Thierry Bourgoignie ed., 1992). En el Estado de Victoria, en Australia, las acciones colectivas son llamadas “*group proceedings*”. Ver S. Stuart Clark e Christina Harris, “Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, vol. 11 (en prensa, 2001). La expresión *group action* tiene un significado diferente en el derecho ingles. Ver *English Civil Procedure Rules*, Part 19.
- 19 En sentido contrario, ver Anne Morin, “L’Action d’Interêt Collectif Exercée par les Organisations de Consommateurs Avant et Après la Loi du 5 Janvier 1988”, in *Group Actions and Consumer Protection*, p. 59 (Thierry Bourgoignie ed., 1992) (prefiriendo el termino “*action d’intérêt collectif*” [acción en tutela de intereses colectivos] porque considera que “no es la acción la que es colectiva, ni su ejercicio, sino el interesen el que esta fundada”). Como dijimos anteriormente, consideramos que, desde el punto de vista procesal, la acción colectiva es diferente de la acción individual.
- 20 Ver Mary Kay Kane, “Group Actions in Civil Procedure: The United States Experience”, *38 Am. J. Comp. L.*, p. 163 (1990) (Suplemento).

La legislación colombiana (Ley 472 de 1988) hace la diferencia entre acciones populares y acciones de grupo. Las acciones populares tutelan los intereses difusos que pertenecen al grupo como una unidad y las acciones de grupo tutelan los intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo²¹. Es verdad que hay importantes diferencias entre las acciones colectivas que tutelan los derechos difusos y aquellas que tutelan los derechos individuales²². Sin embargo, esto no es motivo para adoptar dos nombres diferentes. El resultado en Colombia es desastroso porque mientras la acción popular es regulada de una forma muy avanzada y muy superior a muchos países, la acción de grupo tiene una regulación frágil.

El Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha adoptado la expresión “procesos colectivos” o “acciones colectivas”²³. Lo mismo hace una iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano²⁴.

Ecuador ha adoptado el nombre tradicional de acción popular en la Ley 37 de 1999 (Ley de Gestión Ambiental). La ley ecuatoriana es muy bien hecha y una substancial evolución en relación al art. 2236 del Código Civil de 1861. La Ley 37 no es muy detallada y contiene algunos vacíos que deben ser completados por construcción jurisprudencial. La ley permite un grande margen de discrecionalidad para el magistrado. La Ley 37 debería ser aplicable para todos los casos de tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos y no solamente los derechos ambientales. Es el momento para Ecuador adoptar una ley procesal colectiva más completa y más sofisticada²⁵. En esta oportunidad, sería mejor adoptar el nombre “acción colectiva” y no “acción popular”.

21 Ver Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos*, 2005; Martín Bermúdez Muñoz, *La acción de grupo*, 2007; Pedro Pablo Camargo, *Las acciones populares y de grupo*, 2003.

22 Ver Antonio Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*, p. 201-223.

23 Ver Gidi & Ferrer (coord.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Editorial Porrúa, 2008.

24 Ver Benítez, Ferrer y Gidi, *Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles*, in Gidi & Ferrer (coord.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Editorial Porrúa, 2008, p. 447-453.

25 Para una propuesta de ley de acciones colectivas, ver Antonio Gidi, *Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil*, in Antonio Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela*

IV. El consentimiento de los miembros ausentes (*opt in v. opt out*)

Es un error común decir que la acción colectiva es por definición propuesta sin el consentimiento de los miembros del grupo²⁶. Ese aspecto aparentemente es la esencia de las acciones colectivas. Por este motivo, las antiguas *spurious class actions* americanas y la *action en représentation conjointe* francesa no son consideradas ejemplos de acciones colectivas, ya que estas acciones limitan la cosa juzgada a los miembros que expresamente accedieron ser incluidos en el grupo (*opt in* - optar por entrar) o que ellos expresamente hayan autorizado a la asociación a representar sus intereses en juicio a través de un documento firmado²⁷.

Por otro lado, al menos en la teoría, si el derecho permite una amplia publicidad de la acción propuesta y se da una adecuada notificación a los miembros del grupo y crea instrumentos que facilitan la manifestación de voluntad de los miembros, el número de miembros que participen en la acción puede ser tan grande como el número total de miembros del grupo in-

de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2004, p. 137. Para una crítica al Código Modelo del Instituto Iberoamericano, ver Antonio Gidi, Notas críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, in Gidi y Ferrer, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, p. 405-422, 2003.

26 Ver William Fisch, "European Analogues to Class Actions: Group Action in France and Germany", *Am. J. Comp. L.*, vol. 27, p. 78 (1979) (definiendo a las acciones colectivas como el derecho de un miembro del grupo de personas proponiendo una acción en beneficio de todos sin el consentimiento de todos los demás miembros); Louis Boré, "L'Action en Représentation Conjointe: Class Action Française ou Action Mort-Née?", *Recueil Dalloz Sirey*, p. 267 (1995); Per Henrik Lindblom, *Group Actions and the Role of the Courts - A European Perspective*, p. 12 (considerando que las verdaderas acciones colectivas son propuestas por el representante sin el permiso de los miembros del grupo y la sentencia vincula a todos, ya sea favorable o contraria).

Esta es la definición constante en el Art. 999(d) del Código de Proceso Civil de la Provincia de Québec ("class action" es el procedimiento que permite a un miembro del grupo proponer una acción sin poder en beneficio de todos los miembros.") Ver Noël Mazen, "Le Recours Collectif: Réalité Québécoise et Projet Français", *R.I.D.C.* vol. 39, p. 383-86 (1987). Esta definición, todavía, es limitada al derecho de Québec y no puede ser una definición académica en el derecho comparado.

27 Sobre el derecho de *opt out*, ver Antonio Gidi, A class action como instrumento de tutela dos direitos, p. 291-305, 2007.

teresados en participar en el litigio²⁸. Si la ley permite el tratamiento colectivo de la controversia a través del mecanismo de representación de los derechos de los miembros del grupo, sin la necesidad de evaluar cada pretensión individual, la acción será una acción colectiva independientemente del consentimiento de los miembros del grupo.

Naturalmente, la opción en un determinado derecho nacional entre los sistemas de *opt in* u *opt out*, es crítica y extremadamente controvertida²⁹. La

28 La *acción en représentation conjointe*, en la ley francesa expresamente prohíbe que se obtenga el consentimiento de los miembros del grupo a través de carta, distribución de folletos, posters, o anuncios de radio y televisión. El representante solamente podrá usar los periódicos como forma de notificación para los miembros del grupo. Ver Louis Boré, "L'Action en Représentation Conjointe: Class Action Française ou Action Mort-Née?", *Recueil Dalloz Sirey*, p. 267 (1995); Raymond Martin, "L'Action en Représentation Conjointe des Consommateurs", *JCP* 1994 I 3756; Loïc Cadet, "Chronique de Droit Judiciaire Privé", *JCP* 1992 I 3587, n. 6.

El artículo 30 del Código de Proceso Civil de Japón creó un sistema representativo limitado, a través del cual las personas que tengan un interés común podrán nombrar a un miembro del grupo como representante de los demás. Este nombramiento puede ser realizado antes o después de la presentación de la acción. Antes de promulgar la ley, el gobierno japonés rechazó la propuesta a través de la cual el juez daría una notificación al grupo a través de los periódicos. Esta propuesta fue rechazada porque se consideró que el juez estaría endosando la legitimidad de la acción propuesta. Sin embargo contrario a lo que sucede en la *acción de représentation conjointe* del derecho francés el representante podrá dar publicidad a la acción de la forma en que estime conveniente, para reclutar a otros miembros del grupo. Ver Yasuhei Taniguchi, "The 1996 Code of Civil Procedure of Japan - A Procedure for the Coming Century?", *Am. J. Comp. L.*, vol. 45, p. 782-3 (1997).

La propuesta del *Scottish Law Commission* también consideró un sistema de tipo "*opt in*" para el derecho escocés, claramente reduciendo la efectividad de la acción colectiva. La propuesta sin embargo, prevé la notificación por parte del juez. Ver *Multi-Party Actions*, p. 21-6 (1996). Ver también Note, "*Class Action Litigation in China*", *Harv. L. Rev.*, vol. 111, p. 1526-7 e 1535 (1998) (discutiendo una ley Antigua en el derecho chino); BERNARD CAIRNS, AUSTRALIAN CIVIL PROCEDURE 267 (1992); S. Stuart Clark and Christina Harris, "Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective", *Duke J. Comp. Int'l L.* Vol. 11 (en prensa, 2001) (donde discuten una antigua ley en el Estado de Victoria que preveía una acción colectiva de tipo "*opt in*". Esta ley fue derogada en el año 2000 y la acción colectiva de tipo "*opt out*" fue adoptada); Roberth Nordh, "Group Actions in Sweden: Reflections on the Purpose of Civil Litigation, the Need for Reforms and a Forthcoming Proposal", *11 Duke J. Comp & Int'l L.* (2001, impreso) (observando que todavía no se sabe si la ley sueca será de tipo "*opt out*" o "*opt in*"). Es preciso observar que el concepto de "*opt in*" es diferente al de "intervención". En la "*opt in*" la persona se convierte en un miembro del grupo no parte del proceso.

29 Ver Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Action*, vol. II, p. 467 (1982) (observando que "una de las cuestiones más controvertidas en la creación de un procedimiento para las acciones

opción podrá interferir seriamente con el tamaño del grupo que será representado en juicio y consecuentemente con el poder de solicitar y de efectividad del instrumento de la acción colectiva³⁰. Sin embargo, cualquier tipo de acción ya es opción de entrar o opción de salir, la acción será siempre de carácter colectivo³¹.

colectivas es la de si los miembros del grupo serán vinculados automáticamente por el juicio a menos que soliciten ser excluidos del grupo (*opt out*) o si los miembros del grupo deben solicitar expresamente ser incluidos antes de que puedan ser vinculados por la sentencia (*opt in*)”). Pensamos que la acción colectiva de tipo *opt out* es una técnica superior a la acción colectiva de tipo *opt in* y debería ser adoptada en todos los países como regla general.

30 En la práctica se espera que pocos miembros del grupo soliciten ser excluidos en una acción colectiva. Ver Thomas Willging, et al., *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts*, p. 52-55 (Federal Judicial Center, 1996) (observando que, de acuerdo a una encuesta realizada en algunos tribunales americanos, el porcentaje de los miembros que requerirían ser excluidos del grupo (*opt out*) fue entre 0.1 y 0.2% del total de los miembros del grupo).

31 Estados Unidos, Canadá y Australia adoptaron un sistema de *class action* de tipo *opt out*. Sin embargo hay ejemplos importantes en que las acciones colectivas de tipo *opt in* pueden ser una solución saludable. Ver Edward Cooper, “Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process”, *N.Y.U.L. Rev.*, vol. 71, P. 33-4 y 70-1 (1996) (proponiendo una reforma de las acciones colectivas americanas, dando un poder discrecional al juez para decidir si la acción debiera de ser procesada como *opt in* o *opt out*); Edward Cooper, “Class-Action Advice in the Form of Questions”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, vol. 11 (impreso, 2001); Lord Woolf, *Access to Justice. Final Report*, p. 235-36 and 249 (2000) (argumentando que el juez debe tener el poder de mantener una acción colectiva en forma de (*opt in* o *opt out*) lo que sea mejor para el desarrollo eficiente y efectivo del caso. Esta técnica más flexible es la regla en el estado de Pensilvania. Ver regla 1711 de las normas procesales del Estado de Pensilvania. Ver además una propuesta de la ley de Sudáfrica, que da discreción al juez. Ver South African Law Commission, *The Recognition of a Class Action in South African Law*, p. 38 (1995); Wouter de Vos, “Reflections on the Introduction of a class action in South Africa”, in *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg*, p. 646-8 (1996).