

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN MÉXICO
Y SU TUTELA JURÍDICA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRA EN DERECHO
P R E S E N T A
CLAUDIA MILENA GONZÁLEZ RAMÍREZ

ASESOR: DR. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

CIUDAD UNIVERSITARIA
MEXICO, D.F, JULIO DE 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CONTENIDO

| | Pág. |
|--|------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| MARCO CONCEPTUAL | |
| I. Estado constitucional de derecho y derechos humanos | 5 |
| II. Los derechos de la tercera generación | 7 |
| 1. Desarrollo Histórico | 7 |
| 2. Los derechos de tercera generación como derechos humanos | 9 |
| 3. Los derechos de tercera generación, ¿derechos fundamentales? | 11 |
| 4. Los derechos de tercera generación, ¿derechos subjetivos? | 16 |
| 5. ¿Cuáles son los derechos de tercera generación? | 18 |
| 6. Los derechos de tercera generación y los derechos e intereses difusos | 18 |
| 7. Los derechos de tercera generación y el conflicto de derechos | 20 |
| III. Los derechos e intereses difusos y colectivos | 21 |
| 1. Precisiones conceptuales | 21 |
| A. ¿Derechos o Intereses? | 21 |
| B. ¿Derechos e intereses colectivos y/o difusos?: Equivocidad en su denominación | 24 |
| C. Diferenciación entre derechos individuales, colectivos, difusos e individuales homogéneos | 25 |
| a. En cuanto a la diferenciación entre derechos individuales y supraindividuales | 25 |
| b. En cuanto a la diferenciación entre derechos e intereses colectivos y difusos | 26 |
| c. En cuanto a la diferenciación entre derechos supraindividuales e individuales homogéneos | 31 |
| 2. Fundamentación de los derechos e intereses difusos | 32 |
| A. La prevalencia del bien común y el interés general | 32 |
| B. El principio de solidaridad | 36 |

| | |
|--|----|
| C. La participación ciudadana y la responsabilidad social | 38 |
| 3. Concepto de derecho e interés difuso | 40 |
| 4. Elementos de los derechos e intereses difusos | 41 |
| 5. Características de los derechos e intereses difusos | 41 |
| 6. ¿Cuáles son los derechos e intereses difusos? | 42 |
| IV. Las garantías y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva | 43 |
| V. El proceso civil tradicional y el proceso colectivo para la tutela de derechos e intereses colectivos (<i>lato sensu</i>). Sus semejanzas y diferencias | 45 |
| 1. En cuanto a los principios que rigen cada uno de los procedimientos | 45 |
| 2. En cuanto a los modos de terminar el conflicto en forma anticipada | 47 |
| 3. En cuanto a la pretensión | 50 |
| 4. En cuanto a las partes | 51 |
| A. El Ministerio Público como parte | 52 |
| B. El ciudadano como parte | 53 |
| 5. En cuanto a la intervención de terceros y algunas hipótesis relacionadas | 53 |
| A. Los amigos de la corte como intervinientes | 53 |
| B. El Ministerio Público como interviniente | 54 |
| C. Las asociaciones sindicales y otros legitimados como intervinientes | 55 |
| 6. En cuanto a la demanda | 56 |
| 7. En cuanto a los actos de aseguramiento | 57 |
| 8. En cuanto a la carga de la prueba, los medios de prueba y su valoración | 59 |
| 9. En cuanto a la sentencia y sus efectos | 59 |
| 10. En cuanto a la congruencia de la sentencia | 62 |
| 11. En cuanto a la ejecución de la sentencia | 62 |
| 12. En cuanto a la liquidación de la sentencia | 63 |
| 13. En cuanto a la impugnación. Los recursos y sus efectos | 64 |
| 14. En cuanto a los gastos y costas judiciales | 65 |
| 15. En cuanto a la prioridad del trámite | 66 |
| 16. En cuanto a la interrupción de la prescripción | 66 |

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN BRASIL, COLOMBIA Y ESPAÑA

| | |
|---|----|
| I. Los derechos e intereses difusos y colectivos en Brasil | 67 |
| 1. Los derechos e intereses difusos y colectivos. Su tutela jurídica en la Constitución Brasileña de 1988 | 67 |
| 2. Los derechos e intereses difusos y su tutela jurídica en la legislación brasileña | 69 |
| A. La acción civil pública | 70 |
| a. Objeto | 70 |
| b. Sujetos legitimados | 70 |
| c. Desistimiento | 72 |
| d. Procedimiento previo para el ejercicio de la acción | 72 |
| e. La sentencia y sus efectos | 72 |
| f. El fondo para la protección de los derechos e intereses difusos | 73 |
| B. El Código de Protección y Defensa del Consumidor | 73 |
| a. La diferenciación entre derechos e intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos | 73 |
| b. La acción | 74 |
| c. El objeto | 74 |
| d. Los sujetos legitimados | 75 |
| e. La sentencia y sus efectos | 75 |
| 3. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal | 75 |
| II. Los derechos e intereses difusos y colectivos en Colombia | 78 |
| 1. Los derechos e intereses difusos y colectivos. Su tutela jurídica en la Constitución Política de 1991 | 78 |
| A. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la Constitución | 79 |
| B. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos | 79 |
| 2. Los derechos e intereses difusos y colectivos. Su tutela jurídica en la Ley 472 de 1998 | 80 |
| A. ¿Cuáles son los derechos e intereses difusos y colectivos? | 81 |
| B. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos | 82 |
| a. Las acciones populares | 82 |

| | |
|--|----|
| b. Caducidad de la acción | 82 |
| c. Principios que regulan el procedimiento | 82 |
| d. Sujetos legitimados | 83 |
| e. Objeto de la acción | 84 |
| f. Jurisdicción | 84 |
| g. La demanda | 84 |
| h. El procedimiento | 85 |
| i. La sentencia y sus efectos | 87 |
| j. Los incentivos | 87 |
| 3. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la jurisprudencia Constitucional | 88 |
| III. Los derechos e intereses difusos y colectivos en España | 89 |
| 1. Su tutela jurídica en la Constitución Española de 1978 | 89 |
| 2. Su tutela jurídica en la legislación | 91 |
| A. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos: los derechos de usuarios y consumidores | 93 |
| a. La acción de cesación | 93 |
| b. Sujetos legitimados | 94 |
| c. Jurisdicción | 95 |
| d. La demanda, requisitos y notificaciones | 96 |
| e. Procedimiento | 97 |
| f. La sentencia, sus efectos y su ejecución | 97 |
| 3. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo | 99 |

CAPÍTULO TERCERO

LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN MEXICO Y SU TUTELA JURÍDICA

| | |
|---|-----|
| I. Planteamiento del problema | 103 |
| 1. Instrumentos de control y tutela de derechos en la Constitución Mexicana | 104 |
| A. El juicio de amparo | 104 |
| B. La acción de inconstitucionalidad | 111 |
| C. La controversia constitucional | 112 |

| | |
|--|-----|
| D. El juicio de revisión constitucional electoral | 114 |
| E. El juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano | 115 |
| F. La facultad de investigación de la Corte | 116 |
| G. El juicio político | 117 |
| H. Organismos protectores de Derechos Humanos | 117 |
| 2. ¿Qué hay de los derechos e intereses difusos y colectivos? | 119 |
| II. La protección de los derechos e intereses difusos y colectivos en materia civil, agraria, ambiental y del consumidor | 122 |
| 1. La protección de derechos e intereses difusos y colectivos en materia civil | 122 |
| A. El interdicto de obra nueva | 123 |
| a. La previsión de acciones populares en los interdictos de obra nueva | 124 |
| B. El interdicto de obra peligrosa | 125 |
| 2. La protección de derechos e intereses colectivos en materia agraria | 128 |
| 3. La protección de derechos e intereses difusos en materia ambiental | 134 |
| 4. La protección de derechos e intereses difusos y colectivos de los consumidores | 137 |
| A. Objeto de la Ley Federal de Protección al Consumidor | 137 |
| B. Ámbito material de aplicación | 137 |
| C. Órgano encargado de tutelar los derechos e intereses de consumidores y usuarios | 139 |
| D. La queja colectiva | 140 |
| E. Alcances de la actuación de la PROFECO | 140 |
| F. Efectos de las sentencias que tutelan derechos de los consumidores y usuarios | 142 |
| III. Jurisprudencia sobre derechos e intereses difusos y colectivos | 143 |
| IV. La reforma al artículo 17 constitucional | 151 |
| 1. La iniciativa | 151 |
| 2. El dictamen en Cámara de Senadores | 152 |
| 3. El dictamen en Cámara de Diputados | 154 |
| 4. El decreto | 156 |
| V. Propuestas legislativas para la reglamentación de párrafo tercero del artículo 17 constitucional | 156 |

| | |
|---|-----|
| 1. Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se adiciona el Título Tercero al Libro Tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles que regula las acciones y procedimientos colectivos | 156 |
| A. Jurisdicción | 157 |
| B. Competencia | 157 |
| C. Objeto de las acciones colectivas | 158 |
| D. La pretensión | 158 |
| E. La legitimación en la causa | 158 |
| F. Asistencia legal profesional | 159 |
| G. Actividad Procesal | 159 |
| H. <i>Amicus Curiae</i> | 160 |
| I. Actividad Probatoria | 161 |
| J. Medidas precautorias | 162 |
| K. La sentencia | 162 |
| a. Efectos de la sentencia | 164 |
| L. Medidas de apremio | 164 |
| M. Costas y gastos | 164 |
| 2. Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, en materia de acciones colectivas | 165 |
| A. Jurisdicción | 166 |
| B. Competencia | 166 |
| C. Objeto de las acciones colectivas | 167 |
| D. La pretensión | 168 |
| E. La legitimación en la causa | 169 |
| F. Sujeto Activo | 170 |
| G. Asistencia legal profesional | 170 |
| H. Procedimiento | 171 |
| I. <i>Amicus Curiae</i> | 172 |
| J. Actividad Probatoria | 172 |
| K. Medidas precautorias | 173 |
| L. La sentencia | 173 |
| a. Efectos de la sentencia | 174 |
| M. Medidas de apremio | 174 |

| | |
|--|-----|
| N. Costas y gastos | 174 |
| 3. Propuesta de quien suscribe | 174 |
| A. Disposiciones comunes a los procesos colectivos | 175 |
| a. Principios que rigen el procedimiento | 175 |
| b. Prioridad del trámite | 176 |
| c. Jurisdicción y competencia | 176 |
| d. La demanda | 177 |
| e. Interrupción de la prescripción | 177 |
| f. La pretensión | 177 |
| g. Actos de aseguramiento | 177 |
| h. Carga de la prueba, medios de prueba y su valoración | 178 |
| i. La sentencia | 178 |
| j. Medios de coacción psicológica | 179 |
| k. Aplicación residual del Código de Procedimiento Civil Federal | 179 |
| l. Fondo para la protección de los derechos colectivos | 179 |
| B. De la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos | 179 |
| a. Modos de terminar el conflicto en forma anticipada | 179 |
| b. Las partes | 181 |
| c. Los sujetos legitimados | 181 |
| d. La ampliación de la demanda | 183 |
| e. Publicidad de la demanda | 183 |
| f. La sentencia y sus efectos | 184 |
| g. Congruencia de la sentencia | 184 |
| h. Ejecución de la sentencia | 184 |
| i. Liquidación de la sentencia | 184 |
| j. Impugnación. Los recursos y sus efectos | 185 |
| k. Gastos y costas judiciales | 185 |
| C. De la tutela de derechos individuales homogéneos | 186 |
| a. Modos de terminar el conflicto en forma anticipada | 186 |
| b. Las partes | 186 |
| c. Ampliación de la demanda | 186 |
| d. La sentencia y sus efectos | 186 |
| e. Congruencia de la sentencia | 187 |
| f. Gastos y costas judiciales | 187 |

| | |
|---|-----|
| VI. Aciertos y desaciertos de las reformas legislativas en materia de acciones colectivas, con fundamento en el Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles y otras disposiciones legislativas (aprobado y pendiente de publicación en el D.O.F) | 187 |
| CONCLUSIONES | 202 |
| ANEXOS | |
| 1. Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se adiciona el Título Tercero al Libro Tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles que regula las acciones y procedimientos colectivos. | 218 |
| 2. Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, en materia de acciones colectivas. | 225 |
| 3. Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, para que en los términos del apartado A del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se remita al Ejecutivo para su publicación correspondiente. | 233 |
| 4. Cuadro Comparativo: iniciativa presentada por el Dip. Jaime Cárdenas Gracia y minuta aprobada por el Congreso de la Unión (pendiente de publicación en el D.O.F) | 249 |
| BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA | 261 |

INTRODUCCIÓN

La investigación que realizaré parte de los siguientes cuestionamientos: ¿Son suficientes las garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para tutelar los derechos e intereses difusos y colectivos?; si la respuesta es negativa: ¿resulta necesario implementar mecanismos jurídicos para la tutela de estos derechos e intereses? En caso afirmativo, ¿qué elementos debería contener una reforma que permita una eficiente tutela de los mismos? Por ello me he planteado la siguiente hipótesis de trabajo: Las garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son insuficientes para la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos y por tanto, es preciso incorporar instrumentos jurídicos que permitan una eficiente tutela de estos derechos e intereses.

De conformidad con lo anterior, el objetivo general será demostrar la insuficiencia de los mecanismos actualmente previstos en la Constitución Mexicana para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, así como fundamentar la necesidad de una reforma que los implemente en el plano constitucional y legislativo, señalando los aspectos sustantivos y procesales que debe contener. Y como objetivos específicos, plantearé los siguientes:

- Diferenciar los conceptos de derecho e interés difuso y colectivo;
- Precisar el concepto, elementos, naturaleza jurídica y fundamentos del derecho e interés difuso;
- Analizar la situación jurídica de los derechos e intereses difusos y colectivos en el derecho comparado;
- Determinar la situación jurídica que actualmente presentan los derechos e intereses difusos y colectivos en México desde una perspectiva constitucional, legislativa y jurisprudencial; y

- Plantear los aspectos sustantivos y procesales que debe contener una reforma a fin de tutelar los derechos e intereses difusos y colectivos en México.

Con miras a comprobar la verosimilitud de la hipótesis planteada, se utilizarán fuentes documentales, haciendo uso de los métodos analítico, sintético y comparado. La presente investigación tendrá un carácter descriptivo y analítico.

El primer capítulo contiene el marco conceptual de la investigación y en él se propone explicar los derechos e intereses difusos en el contexto constitucional, entendiendo, como veremos, que son desarrollo de una categoría más amplia: los derechos de la tercera generación. Ubicados éstos en el estado constitucional de derecho, analizaremos su desarrollo histórico y las diferentes posturas acerca de su naturaleza jurídica, de la cual se ha planteado que constituyen derechos humanos, con carácter fundamental e incluso, derechos subjetivos, si bien no hay uniformidad al respecto. Posteriormente se establecerá la relación que existe entre los derechos de la tercera generación y los derechos e intereses difusos, para continuar disgregando sobre la naturaleza, conceptualización, caracterización y fundamentación de éstos últimos, diferenciándolos claramente de los derechos e intereses colectivos y de los derechos individuales homogéneos. Así mismo, se explica que la fundamentación, principalmente de los derechos e intereses difusos, deriva ora de la teoría de la prevalencia del bien común y el interés general, ora del principio de solidaridad, o bien, de los conceptos de participación y responsabilidad social.

Finalmente y previo análisis del concepto de garantías y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se establecen las semejanzas y diferencias entre el proceso civil tradicional y el proceso colectivo para la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos, haciendo énfasis en aspectos como los principios que rigen cada uno de los procedimientos; los modos de terminar el conflicto en forma anticipada; la pretensión; las partes; la intervención de terceros y algunas hipótesis relacionadas; la demanda; los actos de aseguramiento; la carga, los medios y la valoración de la prueba; la sentencia y sus efectos; la congruencia de la sentencia;

la ejecución y liquidación de la sentencia; su impugnación; los gastos y costas judiciales; la prioridad del trámite y la interrupción de la prescripción.

El capítulo segundo aborda la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos en el derecho comparado, profundizando su estudio en las legislaciones de Brasil, Colombia y España, por ser algunas de las más representativas y con mayor avance en la materia. Por lo que refiere a Brasil, analizaré la tutela de estos derechos e intereses en la Constitución Brasileña de 1988, en la legislación secundaria y en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. En cuanto atañe a la tutela de estos derechos e intereses en Colombia, estudiaré su tratamiento jurídico en la Constitución Política de 1991, en la Ley 472 de 1998 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente, el capítulo aborda la tutela jurídica de los derechos e intereses difusos y colectivos en la Constitución Española de 1978, en la legislación y en la jurisprudencia constitucional.

Para terminar, el capítulo tercero, profundiza en la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos en México, planteando en primer lugar la deficiencia de los instrumentos de tutela actualmente previstos en la Constitución Política Mexicana, describiendo el objeto y alcances de cada uno de ellos, para abocarme, posteriormente, al estudio de los mecanismos legales de protección de los derechos e intereses difusos y colectivos en materia civil, agraria, ambiental y del consumidor. Hecho esto, se analizarán las tesis jurisprudenciales proferidas en México sobre derechos e intereses difusos y colectivos. Finalmente y previo estudio de la reforma constitucional al artículo 17 que introduce la acción colectiva para la tutela de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, así como el análisis de las diversas iniciativas de reglamentación del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, propuestas por los diputados Jaime Cárdenas Gracia y Javier Corral Jurado, del Partido del Trabajo y del Partido Acción Nacional, respectivamente, quien escribe presentará los lineamientos que debería contener, en México, la ley que implemente la acción colectiva a fin de tutelar en forma integral los derechos e intereses difusos y colectivos.

Es importante advertir que a la fecha de terminación de esta investigación se aprobó en el Congreso de la Unión (Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3249-

III, miércoles 27 de abril de 2011 -no publicada en el Diario Oficial de la Federación al 11 de mayo de 2011) una reforma a diversas disposiciones normativas, entre ellas, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código Civil Federal, a la Ley Federal de Competencia Económica, a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, finalmente, a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, con el fin de reglamentar las acciones colectivas. El dictamen aprobado en la Cámara de Senadores con 72 votos y en la Cámara de Diputados con 398, establece que la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos procederá en materias relacionadas con el medio ambiente, las relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados, los servicios financieros y, en materia de competencia económica, ésta última respecto de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas. Aún y cuando las reformas legislativas no se han publicado a la fecha de presentación de esta investigación, dada la importancia de las mismas y su inminente entrada en vigor, he estimado indispensable incorporar un apartado final en el capítulo tercero que contiene los aciertos y desaciertos de la reforma así como un cuadro comparativo que refleja con claridad sus principales características, mismo que podrá apreciarse en el Anexo 4 de este trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO
MARCO CONCEPTUAL

I. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

En los últimos tiempos se ha venido haciendo referencia al Estado Constitucional de Derecho en atención al desarrollo evolutivo del Estado. Hoy, Estado liberal de Derecho y Estado Social de Derecho más que oponerse, se complementan. Por tanto, resulta insuficiente hablar de la sujeción de todos los poderes públicos a la ley. Se pregona una sujeción irrestricta de quienes conforman la comunidad política a la Constitución, esto es, de ciudadanos y autoridades públicas. La Constitución no sólo organiza el poder del Estado sino que también limita la actuación de las autoridades. Prevalece sobre el orden jurídico en su conjunto. Como bien señala el jurista alemán Robert Alexy, la Constitución, en tanto orden fundamental y orden marco, establece “los asuntos fundamentales para la sociedad”¹. Por ello, el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por enarbolar la dignidad humana como premisa fundante, por consagrar la soberanía popular, la división de poderes, el Estado Social de Derecho con miras a la satisfacción de las demandas de justicia social; los derechos fundamentales y sus garantías, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial, así como la responsabilidad del Estado. En el Estado de Derecho, los derechos fundamentales dependían de la política legislativa; en el Estado Constitucional de Derecho, las garantías constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales tienen un mayor alcance, no sólo en razón de la

¹ Alexy, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre –diciembre de 2002, p. 22.

supremacía constitucional sino también en virtud de la rigidez de las constituciones.

De ahí que la previsión de derechos en los textos constitucionales constituye un elemento fundamental para la existencia del Estado Constitucional de Derecho, más no basta con la mera consagración de los mismos. Karel Vasak, al respecto, expone con claridad tres requisitos *sine qua non* para que los derechos humanos se conviertan en una realidad legal, a saber:

-debe existir una sociedad organizada en forma de Estado de *iure*, - dentro del Estado, los derechos humanos deben ejercitarse como un marco legal preestablecido, lo que no impide que pueda variar de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza de los derechos; - y, por último, debe proporcionarse a quienes estén en posición de ejercer los derechos humanos las garantías legales específicas y, en especial, los recursos necesarios para asegurarse de que tales derechos sean respetados².

Más aún, un marco legal para la protección de los derechos humanos debe considerar no sólo los derechos humanos de los demás sino también la vida del grupo considerada como entidad y la vida de la humanidad como conjunto³. Por esta razón, el Estado Constitucional y Social de Derecho también tiene a su cargo la protección de las futuras generaciones y en esa medida se encuentra obligado a asegurar las condiciones para la supervivencia de la especie misma a través de la protección del ambiente, el desarrollo sustentable, del patrimonio común de la humanidad, entre otros.

Agréguese además que la protección de los derechos de la tercera generación y de los derechos e intereses difusos y colectivos en el Estado Constitucional de Derecho constituye un mecanismo que fomenta la democracia participativa en el Estado y propicia la apertura de un derecho solidario. No perdamos de vista este enunciado pues será desarrollado más adelante.

² Vasak, Karel, "Los derechos humanos como realidad legal", en Vasak, Karel (coord.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, España, Serbal-Unesco, 1984, vol I., p. 27.

³ Salvador de Madariaga, citado por Vasak, Karel (coord.), *op. cit.* p. 32.

II. LOS DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

La primera reflexión que debemos hacernos y que se suscita con motivo del título dado al presente apartado implica que nos preguntemos por qué hablar de generaciones de derechos. Si bien suele pensarse que la clasificación de los derechos en generaciones indica una especie de graduación que los hace más o menos importantes, en este trabajo no se entenderá en dicho sentido. Por el contrario, no creemos que existan derechos más importantes que otros, y por tanto, todos los derechos gozan de la misma importancia y jerarquía. Por esta razón, hablaremos aquí de generaciones de derechos atendiendo a su proceso evolutivo y al valor otorgado a los mismos en determinados momentos históricos. Con esto en mente, abordemos el desarrollo histórico de estos derechos.

1. *Desarrollo Histórico*

Los derechos humanos tienen un carácter histórico y confluyen con el desarrollo de la sociedad. Es por ello que a la par del desarrollo social, los derechos humanos van creciendo en número y van comprendiendo nuevas esferas de la vida social y de la existencia del ser humano. “El concepto de Derechos Humanos es, en gran parte, producto de la historia y de la civilización humana y, como tal, está sujeto a cambio y evoluciones”⁴. Y es que los derechos surgen como reacción al absolutismo del poder, un poder que se manifiesta de diferentes formas, pero en todo caso absoluto. De ahí que suele afirmarse que los derechos siempre emergen como un contrapoder, un límite que vincula a los poderes que se erigen en absolutos. Así, los derechos de libertad surgen como reacción al absolutismo del poder, del poder del rey, del monarca, del Estado; los derechos económicos, sociales y culturales como reacción al poder patronal en las relaciones de trabajo; y, los derechos de la solidaridad como reacción al

⁴ Van Boven, Theodoor C., “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en Vasak, Karel (coord.), *op. cit.*, p. 87.

excesivo individualismo que acarrea el absolutismo del poder del capital, de la empresa.

Ahora bien, en todos los casos los derechos tienen una contracara, que es la obligación del estado de abstenerse de realizar ciertas conductas o de llevar a cabo ciertas prestaciones, en algunos derechos más que en otros, pero en todos se visualiza esta doble faceta, si bien tradicionalmente se tiende a asociar a los derechos de libertad con la obligación del Estado de abstenerse de atentar contra las libertades del individuo; los derechos políticos, con la obligación del Estado de posibilitar (por acción o abstención) la participación del individuo la estructuración del poder político de una sociedad; los derechos económicos, sociales y culturales, que demandan del Estado obligaciones de hacer para satisfacer las necesidades de los individuos; y así, los derechos de la tercera generación, que posibilitan la supervivencia de la especie misma.

Los derechos humanos son el mecanismo para contrarrestar el absolutismo del poder, primero del poder político, después, y en forma progresiva, del poder económico y financiero. Al respecto, señala el ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli:

La historia del Constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del S. XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las Constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos de Paz, al ambiente, a la información y similares, hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados⁵.

Pues bien, con los derechos de la tercera generación cambia el paradigma imperante: Ya no prevalece una concepción centrada en el individuo como ser aislado, sino como ser social que requiere de las condiciones y de los medios adecuados para lograr el pleno desarrollo de su personalidad no sólo a nivel individual sino también colectivo.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell *et al*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006, pp. 8, 43.

2. Los derechos de tercera generación como derechos humanos

Partamos de la idea de que la noción misma de derechos humanos ha sido objeto de múltiples debates y posturas filosóficas; un discurso aún abierto e inacabado. Sin entrar en la maraña en que se encuentra inserta su definición, entenderemos aquí los derechos humanos como demandas de abstención o de actuación que posibilitan al ser humano una vida digna. Hacen parte de la cultura universal y como tal deben ser reconocidos y amparados por la sociedad mundial. Constituyen, además, una limitación al ejercicio irracional y arbitrario del poder.

Por su parte, Jacques Maritain “reduce los derechos humanos al bien público y habla de bienestar para el mayor número”⁶.

La confluencia de todos los derechos y su eficacia es lo que posibilita una vida digna. Por eso los derechos de la tercera generación son auténticos derechos humanos, además, por cuanto son producto del consenso de la comunidad universal sobre determinados presupuestos éticos considerados muy valiosos, así por ejemplo, la paz, el desarrollo, la preservación de la cultura, etc. Y es que “la determinación de lo constitutivamente valioso del hombre tiene una dimensión relativa al tiempo y al espacio”⁷. Exigencias, demandas, necesidades, que son propias de cada época. Así, en 1789 la preocupación de la sociedad giraba en torno a la necesidad de liberarse del yugo de un poder absoluto. Ello motiva la revolución francesa y enarbola sus postulados de libertad, igualdad y fraternidad. Surgen las libertades fundamentales. En forma paralela, la necesidad de participar en el ejercicio y control del poder político da lugar al nacimiento de los derechos políticos. En 1917, las necesidades son otras: igualdad y mejora de las condiciones de vida. Surgen los derechos sociales, económicos y culturales. Hoy, ante el advenimiento de la globalización, la ciencia y la tecnología, el desarrollo

⁶ Jacques Maritain -1947-, citado por Szabo, Imre, “Fundamentos históricos de los Derechos Humanos y desarrollos posteriores”, en Vasak Karel (coord.), *op. cit.*, p. 57.

⁷ López Calera, Nicolás María, “Vivir en paz: paz y derechos humanos”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, año I, núm. 1, febrero - octubre de 1993, p. 175.

industrial y el comercio transnacional, las demandas son distintas: conservar nuestra especie, nuestra cultura, nuestro ambiente, así como la superación de las desigualdades cuya brecha cada vez es más honda. Surgen los derechos de la tercera generación que reflejan nuevos valores y redefinen el sistema axiológico imperante.

Con todo y lo anterior hay quienes piensan que los derechos de la tercera generación podrían constituir una regresión en la teoría de los derechos humanos y, por tanto, un retroceso del sistema democrático. Afirman que estos derechos, vistos en tanto límite a los derechos y libertades fundamentales, atentan contra derechos ya conquistados desde tiempos atrás⁸, postura con la cual disentimos en virtud de que los derechos humanos obedecen a procesos dinámicos y no estáticos, y van evolucionando de acuerdo a nuevas exigencias, demandas o valores que se hacen presentes en un momento histórico determinado; además, por cuanto no son absolutos y, como veremos, pueden encontrar como límites el bien común y el bienestar general⁹. Un claro ejemplo de limitación de derechos y libertades a favor de los derechos de la comunidad es el caso del Gobierno de Quebec, que “restringe el derecho de sus habitantes a enviar a sus hijos a escuelas angloparlantes y el derecho de sus grandes empresarios a dirigir sus empresas en otro idioma que el francés”¹⁰ en aras de salvaguardar su cultura y lengua francesa, considerados por el mismo gobierno, patrimonio común de la comunidad. Este caso denota la prevalencia, que en un momento determinado, se le dio al derecho a la cultura como patrimonio de la humanidad y como bien colectivo por encima del derecho a la educación y a la libertad de empresa. Vemos pues como esta tesis empieza a ser adoptada en diversos Estados nacionales.

⁸ En general, son los teóricos liberales quienes ven en estos derechos un retorno a posturas autoritarias. Al respecto, Ara Pinilla, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 122; Farrell, Martín D., “¿Hay derechos comunitarios?”, *Doxa*, España, Departamento de Filosofía de la Universidad de Alicante, 1995, núm. 17-18, pp. 80, 89.

⁹ Farrell, Martín D., *ibídem*, p. 80.

¹⁰ Charles Taylor, citado por Farrell, Martín D., *op. cit.*, p. 90.

Y es que, como señala López Calera, “la fundamentalidad de los derechos hace que el hombre tienda a su absolutización, pero por otro lado, su sociabilidad exige su limitación”¹¹.

En México la discusión sobre si los derechos de tercera generación son o no derechos humanos termina al modificarse la denominación que le da la Constitución al Título Primero del Capítulo I, el cual ya no se denominará “*De las garantías individuales*” sino “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*”¹². Y decimos que termina porque, derechos como el medio ambiente, la libre determinación de los pueblos, la superación de las desigualdades sociales, la ordenación de asentamientos humanos y demás derechos que pueden inferirse del artículo 27 constitucional, por citar algunos, quedan comprendidos bajo el manto protector de los Derechos Humanos. Ello, sin duda, tendrá un gran impacto en el ordenamiento jurídico mexicano.

Ahora bien, como veremos, al positivizarse en los ordenamientos jurídicos de cada nación, los derechos humanos adquieren el carácter de derechos fundamentales, pero éstos son procesos que se dan en forma paulatina.

3. Los derechos de tercera generación, ¿derechos fundamentales?

Sea lo primero señalar que no es clara la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Incluso llegan a equipararse los términos derechos fundamentales y libertades fundamentales¹³. Al respecto, no existe uniformidad en la doctrina acerca del criterio diferenciador. Por ello, sería conveniente preguntarnos, ¿a qué refiere la palabra fundamental?

Para algunos tratadistas afiliados a la concepción iusnaturalista, los derechos fundamentales adquieren el carácter de tal en tanto anteceden al Estado y son

¹¹ López Calera, Nicolás María, *op. cit.*, p. 175.

¹² El Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, fue publicado en el D.O.F. el 10 de junio de 2011.

¹³ Así por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 refiere en su preámbulo a las libertades fundamentales.

reconocidos por éste. Así por ejemplo Peter Häberle, para quien la palabra “fundamento” refiere “a lo pre-estatal, a lo pre-positivo, a lo que está antes del derecho secundario, justamente a lo “fundamental”¹⁴. En este sentido, considera que los derechos fundamentales abarcarían tan sólo los derechos humanos universales y los derechos del ciudadano, es decir, los derechos civiles y políticos¹⁵. Sin embargo, en otro de sus ensayos¹⁶, parece ampliar más esta noción, entendiendo que los derechos fundamentales no se circunscriben a las relaciones Individuo/Estado, esto es, “no son sólo derechos individuales subjetivos de cada uno y de los grupos” y que deben ser entendidos más bien como un sistema de valores. De ahí que, y en forma paralela a la concepción liberal de los derechos fundamentales, también pertenecerían a esta categoría relaciones de carácter objetivo como el derecho de asociación, el matrimonio, la familia, la libertad de enseñanza y los derechos medioambientales, por citar algunos.

Desde el mismo enfoque iusnaturalista pero con ciertas diferencias, Imre Szabo, para quien “los derechos humanos son derechos fundamentales por la propia razón de que existieron antes que el Estado, mientras que los derechos del ciudadano están subordinados y dependen de éste”¹⁷.

Otros, como Theodoor C. van Boven, fundados en la filosofía de algunos organismos e instrumentos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la OEA, así como en el artículo 3 de las Convenciones de Ginebra y 4 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se inclinan por considerar que el carácter fundamental de determinados derechos implica que no pueden ser desconocidos bajo ninguna circunstancia, y que básicamente están referidos a garantizar todas la libertades así como el debido proceso. De conformidad con ello, el autor enuncia los criterios distintivos entre los derechos

¹⁴ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM-IIJ, 2003, Serie Doctrina Jurídica núm. 47, p. 184.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 182, 184 y 186.

¹⁶ Häberle, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, año I, núm. 1, febrero - octubre de 1993, pp. 153-154.

¹⁷ Szabo, Imre, *op.cit.*, p. 43.

humanos de carácter fundamental frente a otros derechos humanos reconocidos en las cartas constitucionales y documentos internacionales. Así, los derechos humanos fundamentales se caracterizan por: a) son el fundamento de la comunidad internacional; b) los Estados, en tanto miembros de dichas organizaciones, se obligan a respetar estos derechos y se someten a su jurisdicción en caso de incumplimiento; c) tienen un carácter supra-positivo en tanto son vinculantes para los Estados; y d) mantienen su vigencia en todo tiempo y lugar, por tanto, no pueden ser desconocidos o derogados bajo ninguna circunstancia¹⁸.

Contrario a estas posturas se encuentran tratadistas como Guillermo Escobar Roca y Luigi Ferrajoli que, afiliados a la corriente positivista, entienden los derechos fundamentales como aquellos derechos humanos que han sido positivizados y elevados a rango constitucional. Así, Guillermo Escobar¹⁹ considera que los derechos fundamentales son todos los derechos humanos reconocidos en los textos constitucionales, con la salvedad hecha de España y Colombia, que reducen aquéllos a los derechos conquistados en la primera generación de los derechos humanos. Creemos que ésta noción amplia de los derechos fundamentales abarcaría entonces, tanto los derechos individuales, los sociales, económicos y culturales y los derechos de la solidaridad, así como los que en el futuro sean reconocidos en las constituciones de los Estados.

Luigi Ferrajoli, por su parte, señala que desde una perspectiva positivista los derechos fundamentales serían aquellos que son reconocidos por el derecho positivo de carácter nacional e internacional. Pero, ¿cuáles deben ser garantizados como fundamentales? Ferrajoli propone 3 criterios: a) el nexo entre derechos humanos y paz conforme al cual deben garantizarse “todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida, a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad...y los

¹⁸ Van Boven, Theodoor C., *op. cit.*, p. 85.

¹⁹ Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, España, Trama Editorial, 2005, p. 27.

derechos sociales²⁰; b) el nexo derechos e igualdad, con miras a garantizar la superación de las diferencias personales y materiales; y c) los derechos fundamentales como leyes del más débil. En este aspecto es importante considerar que

Históricamente, todos los derechos fundamentales, han sido establecidos, en las distintas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que en cada ocasión han roto el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión o discriminación: de los derechos de libertad a los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Siempre estos derechos han sido conquistados como limitaciones de correlativos poderes y defensa de sujetos más débiles contra la ley del más fuerte...²¹

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales están, de hecho, sustraídos a la esfera de la decisión política, lo que significa que constituyen precisamente un límite a la actividad del poder público, en sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial y, por supuesto, del poder privado. Al respecto señala: “siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir a los poderes de la mayoría, y por otro lado, al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable”²².

La tesis de Ferrajoli puede complementarse con la teoría de Robert Alexy sobre los derechos fundamentales. Para el iusfilósofo alemán en tanto “los derechos fundamentales tienen el carácter de principio y los principios son mandatos de optimización”²³; el papel de los derechos fundamentales ya no se limita a la relación Estado-Ciudadano, sino que permean todo el ordenamiento jurídico, imponiendo obligaciones tanto de hacer como de no hacer:

Entendidos como principios, desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. De este modo generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría a una eficacia horizontal o

²⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 19.

²² *Ibidem*, p. 24.

²³ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 13.

eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social y de organización y procedimiento, que exige una actuación positiva del Estado y que no se limitan –como los clásicos derechos de libertad- a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los principios de mayor jerarquía en todo el ordenamiento jurídico²⁴.

Ahora bien, analizadas las distintas posturas que intentan explicar el concepto de derecho fundamental, daremos nuestra propia definición: los derechos fundamentales no son más que los derechos humanos de carácter indisponible e inalienable y que, en tanto son producto de un consenso de la comunidad universal sobre lo constitutivamente valioso en un tiempo determinado, han sido reconocidos a todos los seres humanos en su carácter de tal, en forma universal y sin distingo alguno y, que al ser positivizados, adquieren la calidad de fundamentales, en la medida en que constituyen un elemento esencial del Estado.

Estando claro el concepto de derechos fundamentales, veamos ahora por qué los derechos de tercera generación ostentan esta calidad. La razón es simple: Los derechos de la tercera generación son derechos humanos positivizados con rango constitucional. Otro argumento a favor nos lo proporciona la teoría del jurista italiano Luigi Ferrajoli conforme a la cual podemos entender que los derechos de la tercera generación y/o difusos también constituirían leyes del más débil: la sociedad en conjunto contra el Estado, el capital, el mercado, las transnacionales; invocando la protección del patrimonio común, luchando contra el imperialismo económico y cultural. Y es que, creer que el mercado no deba tener más límite que el determinado por la oferta y la demanda, es soslayar los fundamentos y presupuestos de un Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente es de anticipar, con toda la resistencia que pueda haber, que los derechos de tercera generación no sólo son derechos fundamentales, sino que también constituyen auténticos derechos subjetivos que gozan de una mayor protección jurídica.

²⁴ *Ibidem*, p. 16.

4. Los derechos de tercera generación, ¿derechos subjetivos?

Nadie duda del carácter individualista que ha permeado a los derechos subjetivos. En sus inicios se habló de derechos subjetivos para aludir en forma única y exclusiva a los derechos de carácter individual, aquellos que fueron reivindicados con la revolución francesa y consolidados con la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, esto es, las libertades fundamentales y los derechos políticos. Posteriormente, problemas en las relaciones obrero patronales y la necesidad de satisfacer unas demandas de carácter social, dieron lugar a que en 1917 se hablara por primera vez de derechos económicos, sociales y culturales. México fue pionero en ofrecer respuestas a dichos demandas. Hoy, también se acepta que estos derechos son auténticos derechos subjetivos²⁵. Sin embargo, hoy día la evolución del desarrollo tecnológico hace cada vez más nugatorio los derechos del individuo. Surgen nuevas demandas y necesidades: un medio ambiente sano, un desarrollo sustentable, el respeto a la biodiversidad de la fauna y flora, la solidaridad entre los pueblos, la conservación de un espacio habitable, en últimas, la protección de la misma especie, necesidades que son individuales en cada uno de los seres humanos y que al ser sentidas por un amplio grupo de individuos se colectivizan. Es por ello que las nuevas necesidades del ser humano obligan a hablar de una función social de los derechos subjetivos que supere el individualismo.

Ya antes se hablaba de una interdependencia e interrelación entre los derechos y libertades civiles y políticos de un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, del otro²⁶. Hoy, se precisa entonces hablar de una interdependencia entre los derechos de tercera generación con respecto a las dos

²⁵ La ONU ha manifestado, con respecto a los derechos sociales, que con el tiempo podrían llegar a convertirse en derechos subjetivos y así ser exigibles -ONU E/CN 4/988 párrafo 75, 31 y 154. Para otros, no existe ningún obstáculo para considerar estos derechos como verdaderos derechos subjetivos. Sin embargo, también hay quienes se oponen a esta tesis. Es el caso de Ricardo Guastini. Véase citado en Ara Pinilla, Ignacio, *op. cit.*, p. 104.

²⁶ Véanse las resoluciones de la Asamblea General de la ONU números 421 (5) y 543 (VI), así como también la resolución 32/130.

generaciones de derechos ya conquistadas: sólo es posible disfrutar de una vida digna, del ejercicio de las diversas libertades, en un espacio que asegure y posibilite todas las condiciones para la supervivencia de la especie humana. Así por ejemplo, el derecho a la paz como situación social depende del reconocimiento, tutela y efectiva realización de todos los derechos humanos²⁷. A su vez, no basta con el derecho a la vida si el ser humano carece de los recursos necesarios para llevar una vida digna, como aire limpio, agua potable, alimentos sanos en cantidad suficiente, etc. Según el Pacto Mundial sobre Desarrollo Sostenible, “el propio derecho humano a la vida está en peligro si el desarrollo se proyecta sin dimensión medioambiental”²⁸. La resolución 45/94 de la Asamblea General de la Naciones Unidas prescribe: “cada uno tiene derecho a vivir en un medio adecuado para asegurar su salud y su bienestar”. También, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, define el desarrollo sostenible como “la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas propias”²⁹.

En este orden de ideas, valga traer a colación y a propósito de la interrelación e interdependencia de todos los derechos reconocidos en los textos constitucionales, el informe de la Asamblea General de la ONU conforme al cual se establece que:

no parece haber razones para pensar que los intereses del individuo y los de la colectividad hayan de estar necesariamente enfrentados. El respeto al derecho del individuo a buscar su propia realización, manifestado en el respeto de este derecho dentro de unos procedimientos colectivos de toma de decisiones que permitan la plena participación del individuo, contribuirá a reforzar, y no a debilitar los esfuerzos de la colectividad para buscar su

²⁷ López Calera, Nicolás María, *op. cit.*, pp. 169, 173.

²⁸ Mariño Menéndez, Fernando M., “El derecho internacional del medio ambiente y del desarrollo y la protección de los derechos humanos”, *Derechos y libertades...*, *op. cit.*, p. 293.

²⁹ Informe “Nuestro futuro común”, 1987. Consúltese en: <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>

derecho al desarrollo. Además, el derecho y la realización del individuo sólo podrán lograrse mediante la satisfacción previa de los requisitos colectivos³⁰.

Se hace pues imperioso trascender la esfera del individualismo para otorgarle a estos derechos de la tercera generación el carácter de auténticos derechos subjetivos, la potestad de exigir su cumplimiento no sólo del Estado sino también de los particulares que con su acción u omisión vulneren el patrimonio común de la humanidad. Recuérdese que el derecho subjetivo es una facultad, una potestad, una atribución conferida por una norma a un sujeto y que lo habilita para exigir de otro u otros la realización de una obligación de dar, hacer o no hacer. Esta noción, superada su carga ideológica de carácter individualista, es aplicable a los derechos de la tercera generación, aún y cuando el titular del derecho sea indeterminado como veremos más adelante.

Adviértase además que el Estado debe tener un papel activo en la efectiva protección de los derechos de la tercera generación y no limitar su actuación ante la demanda o pretensión subjetiva del ciudadano.

5. *¿Cuáles son los derechos de tercera generación?*

Como hemos visto, no ha existido uniformidad en torno a la naturaleza jurídica de los derechos de la tercera generación, pero en lo que sí parece haber un cierto consenso es en cuanto a la identificación de estos derechos. En este sentido, suele englobarse dentro de la categoría de los derechos de la tercera generación, el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente, a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad.

6. *Los derechos de tercera generación y los derechos e intereses difusos*

A lo largo de este trabajo hemos venido hablando de los derechos de la tercera generación y lo hemos hecho en virtud de su estrecha conexión con los

³⁰ Documento de la ONU E/CN. 4/1334, 1979, párrafo 85. (citado por van Boven, Theodoor C., "Criterios distintivos de los derechos humanos", en Vasak, Karel (coord.), *op. cit.*, p. 99).

derechos e intereses difusos. Relación que viene dada, en nuestro criterio, por un mismo fenómeno pero abordado desde diferentes ópticas: desde las perspectivas constitucional y procesal. Es opinión de quien escribe que, en el fondo, los derechos o intereses difusos no hacen más que concretar y materializar, en muy buena parte, los derechos de la tercera generación reconocidos en los textos constitucionales. Se trata entonces de un mismo fenómeno pero con dimensiones diferentes. Desde el punto de vista constitucional, se sientan las bases conforme a las cuales se regirán las relaciones entre el Estado y los individuos, se fijan los límites de injerencia del Estado frente a los ciudadanos, se confieren potestades y se establecen garantías. La previsión de los derechos de tercera generación en un texto constitucional resalta su importancia dentro de la comunidad política, hasta el grado de vincular a todas las autoridades y, consecuentemente, impedir su menoscabo en leyes secundarias.

En ambos casos, se faculta a la colectividad para reivindicar unos derechos que corresponden a todos los seres humanos por igual. Formulan unos derechos que se reconocen no en función de un sujeto individual sino de una colectividad, que propenden por el bien común, el interés general y el bienestar de todos los individuos. “No son los intereses de los miembros los que están en juego, sino los intereses de la comunidad”³¹.

Con todo y ello, hay quienes se oponen a la tesis que aquí se presenta. Así por ejemplo, el tratadista mexicano Héctor Fix-Zamudio sugiere no hacer extensiva la tutela de los derechos difusos a los derechos de tercera generación como el derecho a la paz, al desarrollo, a la alimentación, etc. Arguye que éstos carecen de concreción jurídica y corresponden más a los valores³².

³¹ McDonald, siguiendo muy de cerca las tesis hegelianas. Citado por Farrel, Martin D. *op. cit.*, p. 81.

³² Fix-Zamudio, Héctor, El papel del ombudsman en la protección de los intereses difusos”, *Tla-Malaua*, Puebla, Facultad de derecho y Ciencias Sociales de Puebla, año XIV, núm. 21-22, septiembre de 2005, pp. 7 y ss.

7. Los derechos de tercera generación y el conflicto de derechos

Los derechos de tercera generación y los derechos difusos y colectivos al ser aplicados pueden entrar en conflicto con otros derechos. Por esta razón, corresponderá al juez, y en todo caso al intérprete, ponderar, valorar en cada situación los derechos fundamentales enfrentados. Recordemos, siguiendo a Robert Alexy, que los derechos, al tener también el rango de principios, constituyen “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”³³. Es por ello que tratándose de colisión de derechos, por ejemplo, libertad vs. medio ambiente sano, deberá tenerse en cuenta la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas restrictivas, a efectos de evitar sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales, dando cabida en la medida de lo posible a la aplicación del Optimo de Pareto conforme al cual “una posición puede ser mejorada sin que otra empeore”³⁴.

La ponderación asegura un resultado racional, si no en todos, en la mayoría de los casos, toda vez que “las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario no son arbitrarias”, pues en todo caso, estará respaldado mediante la argumentación. Y es que, “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan”³⁵. Además, la trascendencia que deba darse a un derecho fundamental dependerá del caso concreto y de las implicaciones que pueda conllevar la ejecución o inejecución del medio elegido en los derechos en conflicto.

Finalmente valga resaltar la importancia de los derechos fundamentales -y de los derechos de tercera generación en cuanto gozan de dicho carácter- como pauta y derrotero de interpretación de las normas jurídicas. Derechos como la paz,

³³ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 26.

³⁴ *Ibidem*, p. 28.

³⁵ *Ibidem*, p. 55.

el desarrollo, la autodeterminación de los pueblos, la cultura, etc., han de fungir también como criterios de interpretación.

III. LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

1. *Precisiones conceptuales*

A. *¿Derechos o Intereses?*

Uno de los grandes debates en la doctrina es el que atañe a la caracterización jurídica de los derechos colectivos (*lato sensu*)³⁶. En algunos casos se refiere a ellos en forma exclusiva, o bien como derechos³⁷, o bien, como intereses, así como también es recurrente su uso en forma disyuntiva, como derechos e intereses. Muchos tratadistas se rehúsan a caracterizar como derechos difusos y colectivos los bienes jurídicos objeto del debate en razón de su inviabilidad para ser considerados como auténticos derechos subjetivos y aquí nos remitimos a los mismos argumentos que ostentan quienes niegan también el carácter de derechos subjetivos a los derechos de la tercera generación; por tanto, prefieren catalogarlos como intereses difusos y colectivos. Pero veamos, cual es el alcance de uno y otro.

Hablamos de derechos en el sentido de permisiones que han sido establecidas y/o reconocidas por una fuente normativa que determina su contenido y existencia, como la Constitución o la ley. Señala Tamayo y Salmorán que “cuando se confieren derechos se intenta producir una ventaja práctica sobre

³⁶ Los derechos colectivos entendidos en sentido amplio abarcan tanto los derechos colectivos *stricto sensu*, los difusos y los individuales homogéneos, los cuales conceptualizaremos más adelante.

³⁷ Antonio Gidi en su trabajo titulado “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, se inclina por utilizar la expresión derechos y no intereses, rechazando también su uso disyuntivo. Véase en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

una persona o clase de personas”³⁸. Es lo que sucede con los llamados “derechos” difusos. La Constitución o la ley reconocen el disfrute de unos bienes que pertenecen a todos por igual, que contribuyen al desarrollo de una vida digna y que facultan a cualquier miembro de la comunidad a exigir su cumplimiento en beneficio de la colectividad.

Hablamos de intereses, siguiendo a Carnelutti, porque esta expresión representa la posición del individuo favorable a la satisfacción de una necesidad³⁹. Las necesidades son siempre individuales pero cuando hablamos de necesidades colectivas lo hacemos para referirnos a aquellas “necesidades que son sentidas por todos los individuos pertenecientes a un grupo dado”⁴⁰. Los intereses, en cambio, pueden ser individuales o colectivos. La diferencia entre unos y otros radica en preguntarse “si la situación favorable para satisfacer ciertas necesidades puede determinarse respecto a un solo individuo o, por el contrario, a que únicamente quepa que se origine respecto a varios, a muchos o a todos los individuos”... Por tanto, existen intereses colectivos “cuando la satisfacción favorable a la satisfacción de una necesidad no puede determinarse sino respecto de varios individuos a la vez”⁴¹. La colectividad de los intereses en este sentido, puede ser más o menos amplia, según el número de personas a que se extienda, pudiendo entonces hablarse de tipos o clases de intereses colectivos, así por ejemplo, los intereses colectivos de la sociedad civil, del sindicato, del municipio, etc⁴².

La existencia de intereses colectivos denota que el ser humano es social por naturaleza y por tanto, no se concibe su vida en forma aislada. Según Carnelutti, “la existencia de intereses colectivos explica no sólo la formación de grupos sociales sino también su organización”⁴³.

³⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, Themis, 2009, Colección Teoría del Derecho, p. 107.

³⁹ Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de Niceto Alacá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, UTEHA Argentina, 1944, t. I, p. 12.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ *Ibidem*, p. 14.

Dado que las necesidades humanas son muchas y los bienes jurídicos escasos, existirá conflicto de intereses cuando “la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta”⁴⁴. El conflicto, así entendido, puede darse en torno a toda clase de intereses: individuales – individuales; individuales – colectivos, o colectivos – colectivos.

Además, valga recordar que la noción de interés pretendió explicar la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos. Como bien se recordará, el jurista alemán Rudolf von Ihering definió los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos. Ello surgió a raíz de la crítica a la teoría desarrollada por Windscheid⁴⁵, quien conceptualizó el derecho subjetivo como “poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico”, entendiendo por voluntad “la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado”, con lo cual vendría a equiparar derecho subjetivo con derecho objetivo. En Ihering, en cambio, los intereses jurídicamente protegidos corresponden a “los intereses medios, esto es, a los intereses generales y constantes en una sociedad, los que el orden jurídico toma en cuenta para protegerlos con independencia de los propósitos individuales”⁴⁶. Así, para Ihering, cuya filosofía es indudablemente positivista, los derechos subjetivos estarán determinados por los intereses que decida proteger el legislador.

Por lo que atañe a la posición de quien escribe, me he inclinado, como muchos otros tratadistas, por adoptar la expresión *derechos e intereses* colectivos (*lato sensu*) por cuanto en el fondo aluden a lo mismo: permisiones, facultades, potestades otorgadas y/o reconocidas, ventajas, o intereses protegidos por las normas jurídicas, que posibilitan la satisfacción de una necesidad que no puede determinarse sino respecto de varios individuos a la vez.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁵ Vallado Berrón, Fausto E., “El derecho subjetivo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm 19, julio-septiembre de 1955, pp. 130-131.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 131.

B. *¿Derechos e intereses colectivos y/o difusos?: Equivocidad en su denominación*

En la doctrina se habla indistintamente de derechos e intereses “colectivos” y “difusos” para hacer alusión a un mismo fenómeno, que *grosso modo* corresponde a la existencia de unos derechos cuyo titular no es un sujeto en particular sino un número plural de individuos. En algunos casos, se llegan a emplear ambas categorías (colectivos, difusos) como sinónimos, o bien, se utiliza una misma expresión con significados muy distintos. Esta falta de delimitación conceptual obedece en parte a procesos de positivización circundados por la indefinición y escaso desarrollo de estos derechos, lo que genera como consecuencia que en los diferentes Estados nacionales se incorporen en las legislaciones secundarias adoptando, ora bien, el nombre de derechos colectivos, ora bien el de difusos, e incluso, el genérico de derechos *trans* o *supra-individuales*.

Esta situación de vaguedad y ambigüedad, ha llevado a algunos tratadistas a diferenciar entre género y especie. Así, se ha señalado que los derechos e intereses supraindividuales son el género y que los derechos colectivos y difusos son la especie⁴⁷. Los derechos supra-individuales estarían definidos como aquéllos que trascienden la esfera individual del sujeto y afectan a un número plural de individuos, son indivisibles y no susceptibles de apropiación en la medida en que pertenecen a todos los individuos por igual. El género, entonces, está determinado en razón de la pluralidad de individuos titulares del derecho; y la especie, colectivos y difusos, en razón de la determinación o indeterminación de los sujetos titulares del derecho, respectivamente.

En conclusión, son derechos supra-individuales aquéllos que trascienden la esfera individual del sujeto y afectan a un número plural de individuos, sea éste determinado, caso en el cual reciben el nombre de derechos e intereses colectivos, o indeterminado, adoptando el nombre de derechos e intereses difusos.

⁴⁷ Al respecto, Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, España, Aranzadi, 1999, pp. 61 y ss.

Al respecto, valga traer a colación la definición de derechos e intereses supra-individuales que proporciona el tratadista Gutiérrez de Cabiedes:

El interés supra individual es una situación jurídica en que una comunidad de sujetos se encuentran – en idéntica posición respecto a un bien del que todos ellos disfrutan en forma simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y que se ven afectados de forma unitaria por un determinado acto que a todos perjudica. Es un interés que es de todos y de cada uno de ellos, en la misma medida y por el hecho de ser miembros del grupo genéricamente afectado...⁴⁸

C. Diferenciación entre derechos individuales, colectivos, difusos e individuales homogéneos

a. En cuanto a la diferenciación entre derechos individuales y supraindividuales

Como su nombre lo indica, los derechos individuales son aquellas facultades, atribuciones, prerrogativas que confieren las normas jurídicas a un sujeto para reclamar de otro u otros el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Son derechos que son susceptibles de apropiación individual y en los que sólo el individuo que acciona es quien recibe una satisfacción, por tanto, se basan en el interés propio. Son pues, los típicos derechos subjetivos entendidos en su versión más individualista. Por el contrario, los derechos supra-individuales, como hemos visto, son aquéllos que trascienden la esfera individual del sujeto y tienen como titulares a un número plural de individuos. Esta pluralidad de sujetos que disfrutan por igual de un mismo bien jurídico que no es susceptible de apropiación individual, es lo que permite un mismo tratamiento jurídico procesal, beneficiándose toda la colectividad de los efectos materiales del ejercicio de la acción y de la resolución jurisdiccional en caso de resultar estimatoria la pretensión.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 110.

b. En cuanto a la diferenciación entre derechos e intereses colectivos y difusos

En cuanto a la diferenciación entre derechos e intereses “colectivos” y “difusos” se han propuestos diversos criterios. Para Giannini, quien adopta un criterio subjetivo, la diferencia estriba en el portador. Así, los intereses colectivos tienen como portador o centro de referencia un ente exponencial de un grupo no ocasional (aquél que no tenga una duración efímera o contingente), que puede tener una variada naturaleza jurídica, pública o privada⁴⁹. Los intereses difusos, en cambio, carecerían de portador y no aparejan una situación jurídica subjetiva⁵⁰.

Mario Nigro, por su parte, propone como criterio diferenciador la unificación de los intereses: “Los intereses difusos son aquéllos que pertenecen por igual a una pluralidad de sujetos más o menos amplia y más o menos determinada o determinable, que puede ser o no unificada más o menos estrictamente, en una colectividad. En éste último caso son intereses colectivos”⁵¹. Podría afirmarse entonces –aunque el autor no lo exprese en estos términos- que entre derechos difusos y colectivos existe una relación de género y especie, siendo los derechos e intereses difusos el género y los colectivos, la especie⁵².

⁴⁹ Giannini, Massimo Severo, “La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno XXIX, serie II, núm 4, ottobre – dicembre, 1974, p. 551.

⁵⁰ Giannini, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Terza Edizione, Milano, Giuffrè, Volume Secondo, 1993, p. 82.

⁵¹ Nigro, Mario, *Giustizia Amministrativa*, Seconda Edizione, Bologna, il Mulino, 1979, p. 118.

⁵² El tratadista Miguel Sánchez Morón se inclina también por diferenciar ambos conceptos con base en las relaciones de género y especie. En este sentido, señala que el interés difuso es aquél que pertenece “a todos y a cada uno de los componentes de la pluralidad indeterminada” y que se diferencia claramente del interés personal y del interés propio de una comunidad organizada, así como también, del interés público y del interés general. El interés colectivo, será una especificación o sectorización del interés difuso en base a criterios subjetivos. “El interés colectivo no es sino el interés difuso de una colectividad menor”. Cfr. Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp.116 y 127.

Valga también comentar que Nigro describe tres posiciones que puede asumir el Derecho frente a la tutela de estos derechos e intereses: a) su reconocimiento en el plano objetivo, meramente formal; b) el ordenamiento reconoce a entes o sujetos potenciales de la colectividad cuando existe la titularidad de los intereses en su globalidad; c) cada uno de los intereses particulares es reconocido como susceptible de tutela por sí mismo y separadamente, entendido el interés particular como una fracción del interés global. Los dos últimos casos implican una subjetivización de la tutela de las colectividades o de los individuos particulares, reconociendo, en la segunda hipótesis, un interés legítimo de la colectividad o del ente potencial; y, en la tercera, un interés legítimo de cada componente de la serie y del grupo⁵³. En la primera hipótesis, en cambio, no se reconoce interés legítimo pues explica el autor que los intereses difusos no dan vida a intereses legítimos.

Otros como Vigoriti adoptan el criterio de la organización, conforme al cual para invocar un derecho colectivo se requiere necesariamente la existencia de una organización; *a contrario*, los titulares de los derechos difusos no se encuentran organizados ni ligados por vínculos jurídicos⁵⁴.

Vittorio Denti, en abierta oposición a sus antecesores, considera que la diferencia radica en el carácter corporativo de los colectivos, que serían intereses de categoría en contraste con los difusos, a los que asimila a los intereses públicos generales. Para el profesor de la Universidad de Pava, la noción de interés colectivo es ambigua, porque tiene una noción corporativa que inevitablemente suscita a que se recuerde la sutil distinción entre derechos de grupo e intereses generales. Es claro pues que para Denti, la identificación de los bienes de interés colectivo se contrapone con la identificación del interés público general. Agrega, además, que la noción de interés colectivo se precisa en los

⁵³ Nigro, Mario, *op. cit.*, pp. 118-119.

⁵⁴ Véase a Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo, *op. cit.*, p. 103.

límites de la acción administrativa, en las obligaciones que le son impuestas a la autoridad.⁵⁵

Por otro lado, Barrios de Angelis, quien atribuye la diferencia en atención a la determinación e indeterminación de los sujetos. Según dicha postura, son derechos colectivos aquellos cuyo titular es determinado o determinable y, son difusos, aquellos que se caracterizan por corresponder a sujetos de un grupo indeterminado, siendo imposible establecer límites precisos para la identificación de las personas que componen una colectividad⁵⁶.

Finalmente, valga traer a colación la tesis de Pellegrini según la cual la diferencia radica en la vinculación jurídica, de ahí que denomine derechos colectivos a aquéllos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato... y, por otro, derechos difusos a aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos alimentos...⁵⁷.

Por su parte, el Código Modelo de Procesos Colectivos⁵⁸ adopta otra postura: recoge en una misma categoría –difusos- los conceptos de derechos e intereses difusos y colectivos, veamos: son derechos difusos aquellos que gozan de una naturaleza supraindividual e indivisible y que tienen como destinatarios tanto un número indeterminado de personas que se encuentran ligadas por

⁵⁵ Denti, Vittorio, "Le azioni a tutela di interessi collettivi", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno XXIX, serie II, núm 4, ottobre – dicembre, 1974, p. 545.

⁵⁶ Barrios de Ángelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El Ombudsman. La defensa de los intereses difusos*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1983, p. 127.

⁵⁷ Pellegrini Grinover, Ada, "significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno LIV, Seconda Serie, núm 1, Gennaio –Marzo, 1999, p. 20.

⁵⁸ Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 8-28.

circunstancias de hecho (difusos propiamente tal) como aquellos que tienen como destinatarios un número determinado o determinable de personas reunidas bajo el manto de un grupo, categoría o clase vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica (colectivos propiamente tal).

Dicha posición parece considerar que no existen diferencias de carácter ontológico entre una y otra y, por tanto, no amerita una distinción de carácter conceptual y sustantivo. En consecuencia, el Código Modelo define los derechos difusos en función –además de su trans-individualidad e indivisibilidad- de un bien jurídico que pertenece a grupos sociales vinculados por circunstancias fácticas o por relaciones jurídicas, siendo el grupo o clase el elemento caracterizador. Así también lo ha percibido el tratadista y comentarista Elton Venturi.

En nuestro concepto, si bien existen semejanzas entre ambas categorías como su trans-individualidad e indivisibilidad, en el primer caso dado que trascienden la esfera personal (individual) del reclamante y por tanto, van más allá del mero reconocimiento de un interés o derecho subjetivo que afecta en forma personal y directa a una persona; y en el segundo, en la medida en que su disfrute pertenece a todos por igual; si bien ello es así, también lo es que existen diferencias “ontológicas” dado que las pretensiones en uno y otro caso difieren considerablemente. Me explico:

- a) Tratándose de derechos e intereses difusos, quien promueve la acción lo hace no con el fin de reivindicar derechos a favor de un grupo o clase sino de toda una colectividad en general que se ve afectada directa o indirectamente en el goce del derecho;
- b) En cuanto a los fines, quien promueve una acción en defensa de los derechos e intereses difusos lo hace en razón de la prevalencia del bien común, del interés y del bienestar general; en cambio, quien promueve una acción colectiva lo hace con el objeto de reivindicar derechos a favor de un grupo o clase determinado;
- c) Consecuentemente con lo anterior, en la primer hipótesis, no será viable una indemnización por daños ocasionados a quien promueva la acción, y en

todo caso, de causarse daños reparables a los derechos e intereses difusos ésta indemnización se destinaría a un fondo para la protección y difusión de dichos derechos; en la segunda hipótesis, sí es posible que se cause una indemnización a favor de un grupo; y

d) Finalmente, la acción para la protección de derechos e intereses difusos tiene como fin principal evitar la causación de un daño o impedir que siga causándose o, si fuere posible, volver las cosas a su estado anterior. En el segundo supuesto, la acción se dirige más bien a la reparación de un daño ocasionado a un grupo.

Por tanto, el hecho de que eventualmente ambas categorías –difusos, colectivos- pudieran recibir un mismo tratamiento procesal –en cuanto a la legitimación, a los efectos de la sentencia, v.g., no es óbice para desconocer sus diferencias en el plano sustantivo. Ello no implica tampoco que deba necesariamente trasladarse esta demarcación conceptual al plano legislativo porque, como bien nos recuerda Gutiérrez de Cabiedes, no corresponde al legislador el establecimiento de definiciones legales. Éstas son más bien resultado de un proceso de inducción y es principalmente a la doctrina la que corresponde efectuarlo, entre otras instancias⁵⁹.

A nuestro juicio, no parece muy acertada la posición del Código Modelo al dividir los derechos difusos en dos categorías: los difusos propiamente tal y los colectivos. Si bien tanto los derechos difusos como colectivos permiten al grupo preservar su identidad cultural, es preciso tener claras sus diferencias.

En conclusión: Por lo que respecta a la diferenciación entre derechos colectivos y difusos valga señalar que los derechos e intereses colectivos tienen como titular un grupo determinado o determinable de individuos que buscan reivindicar unos derechos que le están siendo conculcados al grupo en cuanto tal, y cuyas pretensiones están dirigidas a declarar la existencia de un derecho o a obtener la restitución o reparación de un daño. Los derechos e intereses difusos, en cambio, tienen como titular un número indeterminado de sujetos que se

⁵⁹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo, *op. cit.*, p. 21.

encuentran ligados entre sí por circunstancias de hecho, se fundamentan en el bien común y en el interés general, benefician a la colectividad en general y tienen por objeto evitar la causación de un perjuicio irremediable en el disfrute de unos bienes que nos pertenecen por igual a todos y en los que todos tenemos interés.

Como hemos visto, ambos tipos de derechos –difusos, colectivos- son indivisibles, por lo que las diferencias se visualizan principalmente desde el criterio subjetivo (titularidad del derecho material: sujetos indeterminados/determinados o determinables), objetivo (en cuanto al objeto: prevención-reparación/sólo reparación), teleológico (interés general, bien común, solidaridad/intereses de categoría), y de origen (circunstancias de hecho/vínculo jurídico).

Finalmente, valga agregar que en opinión del tratadista brasileño Antonio Gidi “la categoría de derechos colectivos no tiene utilidad práctica porque dependiendo del caso concreto, la situación puede ser encuadrada en el concepto de derechos difusos o en el de derechos individuales homogéneos”⁶⁰.

c. En cuanto a la diferenciación entre derechos supraindividuales e individuales homogéneos

Los derechos individuales homogéneos, también conocidos como derechos de grupo⁶¹, son aquéllos derechos de carácter individual que tienen un origen fáctico común. Se trata, en esencia, de una pluralidad de sujetos afectados en sus derechos individuales o subjetivos, que han sufrido un perjuicio originado en una misma causa. Motivos de índole procesal como la congruencia y la economía, justifican un mismo tratamiento jurídico. En definitiva, estos derechos surgirán ante la existencia de una pluralidad de sujetos, una identidad en la causa o hechos fácticos, una pluralidad de pretensiones y ante la unidad del sujeto obligado. A diferencia de los derechos supraindividuales, éstos pertenecen a cada sujeto en

⁶⁰ Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2da. ed., México, Porrúa, 2004, p. 35.

⁶¹ Así denominados por ejemplo, en Colombia, como veremos.

forma exclusiva, y en ningún caso, se fundamentan en el bien común o en el interés general. Por el contrario, su fin es exclusivamente restitutorio y preponderantemente de carácter económico.

2. *Fundamentación de los derechos e intereses difusos*

A. *La prevalencia del bien común y el interés general*

El derecho es un instrumento para organizar una sociedad y el ejercicio del poder implica sacrificios tanto para gobernantes como para gobernados. En este contexto se habla de bien común y de interés general.

Tradicionalmente se ha asociado el bien común y el interés general con los fines del Estado. También es común equiparar bien común e interés público. Suele expresarse que el ejercicio del poder debe estar dirigido a la consecución del bien común⁶². Mucho se ha comentado acerca del carácter indeterminado de tales vocablos toda vez que no dan lugar a una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un caso concreto⁶³. Se les tilda de no ser más que fórmulas vacías que encubren los intereses del poder. Como se aprecia, tales vocablos están inmersos en una carga ideológica bastante fuerte. No es tarea fácil dar contenido a dichos conceptos y su definición es bastante problemática.

Con todo y ello, tratadistas como García de Enterría, han tratado de desmitificar el carácter indeterminado que subyace al concepto de interés general. Una primera observación que habría que hacer es que se trata de un interés de tipo cualificado, no de cualquier interés. Su intención es claramente delimitadora por cuanto tiene como límite la proscripción del interés particular o de otros intereses generales no tutelados por la disposición. Constituye un límite a la

⁶² Así, Zorrilla Ruiz, Manuel María, "Aproximaciones al concepto de interés general", *Estudios de Deusto*, España, Universidad de Deusto, vol. 50/1, enero junio de 2002, p. 206.

⁶³ Véase a García de Enterría, Eduardo, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, España, Civitas, núm. 89, enero – marzo de 1996, pp. 69-89.

actuación de la autoridad, y en mi apreciación, también del particular. No es pues, una vía de escape a la arbitrariedad, a la discrecionalidad sin límite.

Se trata de conceptos con lo que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o de actuación perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que concretarse en el momento de la aplicación. La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación...⁶⁴

Aunado a lo anterior, el interés general está relacionado con la actitud servicial, en principio, de la administración, pero también, de la comunidad. Por lo demás, el interés general constituye, en caso de conflicto de derechos, un criterio de ponderación, con miras a preferir el mal menor.

Por lo que refiere al bien común, no es reciente la preocupación por contextualizarlo en tanto finalidad del Estado. Platón, al construir su teoría ideal del Estado, bajo el supuesto de cómo éste debe ser y no como en realidad era, se refirió entonces a la idea del bien. Consideraba que todos los seres humanos estaban unidos por un mismo interés: lograr el bien verdadero, y el Estado era el instrumento a través del cual los individuos podrían acceder a dicho bien. Por ello el Estado, señala Platón, subordina al individuo en interés del conjunto total, de la sociedad. Los filósofos, únicos aptos para gobernar, eran quienes al ser los poseedores del bien, debían instruir a los hombres para que accedieran a él. Aristóteles, por el contrario, construye su teoría del Estado a partir de la experiencia, de los hechos. En este contexto, visualiza al ser humano como un ser sociable por naturaleza, no existe el individuo aislado y por tanto se encuentra conminado, en razón de su naturaleza, a vivir en sociedad. El Estado es en Aristóteles una comunidad de individuos con miras a un bien: la felicidad. Existe, por tanto, una unidad de fin: vivir bien, vivir conforme a la virtud. En Aristóteles, el individuo renuncia a sus intereses en beneficio del interés del todo, pues el bien común es el bien de la ciudad. Los estoicos, por su parte, desde una postura iusnaturalista racionalista, también consideraron a la felicidad como el fin de la

⁶⁴ *Idem.*

vida humana, entendida ésta como vivir armoniosamente, de acuerdo con la naturaleza. Para ellos existe, por naturaleza, una inclinación del ser humano a su propia conservación, así como también es consustancial a los individuos la existencia de relaciones de fraternidad entre ellos. La humanidad entera forma una comunidad y por lo tanto, todos los seres humanos que integran esa sociedad universal gozan de los mismos derechos.

Con todo, se considera a Santo Tomás como el forjador de la doctrina del bien común. Alineado también a las corrientes iusnaturalistas, considera al bien común como el orden y la armonía que debe reinar en el universo. También para él, la convivencia en sociedad es connatural al ser, más aún, es el único medio para que los individuos puedan lograr sus propios intereses. Para la filosofía aristotélica, el individuo carece de interés propio, su interés es el interés de la sociedad, el bien común; en Santo Tomás, el ser humano sí busca satisfacer sus intereses, pero subordinados al bien común. También el Estado subordina su interés al bien común. El bien común, pues, determina la acción política del Estado y del ciudadano. Constituye la causa final de todas las acciones y fundamento de las normas jurídicas.

Hegel, por su parte, siguiendo las tesis de sus antecesores, centra su atención en la comunidad como medio para posibilitar el pleno desarrollo de los individuos y su identidad.

Nótese cómo en la antigüedad se desarrolló una teoría del bien común partiendo del supuesto de una sociedad unificada en sus fines: todos los seres humanos al poseer las mismas inclinaciones tienen una finalidad común y esa es la razón para organizarse como comunidad política. Sin embargo, hay quienes sostienen que en una sociedad pluralista, donde confluyen un sinnúmero de intereses, donde no existe unidad de fines, el bien común no puede entenderse sino como ideal, como una aspiración, como un fin a alcanzar y desarrollar en la medida de lo posible, pero nunca, como hecho. El bien común, como categoría perteneciente a la ética, y que propende por una moralización de la gestión política, no es

visualizado más que como principio integrador de la sociedad⁶⁵. Por el contrario, Häberle⁶⁶, no duda en considerar que el bien común no sólo existe en una sociedad pluralista sino que además es indispensable. El bien común, según Häberle, constituye un límite al poder del Estado y un límite a los derechos fundamentales. El ius-filósofo alemán no es indiferente frente a la tensión existente entre el bien común como ideal y como realidad y considera que no es viable teorizar acerca del bien común como entidad abstracta sino inserta dentro de un determinado contexto cultural concreto. Así mismo, Zorrilla Ruiz⁶⁷ enmarca el bien común dentro de una sociedad pluralista, no estando reducido a la satisfacción de los servicios esenciales de una sociedad, de sus necesidades básicas. El bien común para el tratadista español, implica mucho más que eso: es indispensable para preservar la coexistencia. Por ello, para lograr el bien común se requiere la participación de todos los integrantes de la sociedad. He ahí la importancia de hablar, incluso, de solidaridad colectiva:

La Solidaridad colectiva es imprescindible en una doble dirección... Expresa la sensibilidad deontológica de las personas y grupos sociales que no escapan a la mala conciencia creada por la insensibilidad y el olvido del otro. Acelera y agranda la eficacia de las aventuras saludables y moralizadoras que se acometen para defender los intereses generales de la sociedad...⁶⁸

Por otra parte, los fines y las tareas del Estado se han multiplicado en el transcurso de los años. Ello responde a una evolución de la sociedad y del Estado que no es viable desconocer. El Estado, por tanto, no puede permanecer al margen de los procesos culturales y de las nuevas necesidades. Los derechos fundamentales ya no sólo constituyen límites al poder del Estado y a la actuación de las autoridades, sino también de los particulares; y reflejan los fines y las tareas del Estado. En ese sentido, se evidencia una tendencia hacia su normativización a

⁶⁵ Así por ejemplo, García Estébanez, Emilio, *El bien común y la moral política*, Barcelona, Editorial Herder, 1970, pp. 135 y ss.

⁶⁶ Häberle, Peter, *op.cit.*, pp. 243-245.

⁶⁷ Zorrilla Ruiz, Manuel María, *op.cit.*, pp. 207 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 215.

través de un catálogo de derechos consagrados en los textos constitucionales, que atienden a un creciente número de nuevas necesidades, como la conservación del patrimonio de la humanidad, el desarrollo sustentable, la protección de los bienes culturales, el medio ambiente, la protección del consumidor, entre otros⁶⁹.

B. *El principio de solidaridad*

Como el bien común y el interés general, el principio de solidaridad se ha erigido en fundamento tanto de los derechos de la tercera generación así como de los derechos e intereses difusos. Como hemos visto, la idea de la fraternidad estuvo presente no sólo en el pensamiento cristiano sino también en la filosofía estoica. Sin embargo, uno de los principales teóricos que desarrolló este principio fue Emilio Durkheim, quien consciente de la complejidad y dinamismo de la sociedad y de su permanente transformación, considera la división del trabajo como la principal fuente de la solidaridad social. Se trata de un concepto que pertenece eminentemente al orden moral pero que se ve reflejado en el derecho. De ahí que el sociólogo francés llegara a afirmar en su *Tratado de la División del Trabajo Social* que “la solidaridad es un hecho social que sólo podemos conocer por intermedio de sus efectos sociales”⁷⁰. El derecho, es pues, la manifestación sensible de la solidaridad social.

Ahora bien, la división del trabajo social en Durkheim no se circunscribe a la esfera de los intereses económicos, al mero intercambio de bienes y servicios, sino que va más allá: “La división del trabajo social tiene como función crear entre dos o más personas un sentimiento de solidaridad”⁷¹. Si bien, este destacado sociólogo francés visualiza las diversas formas en que se manifiesta la solidaridad social, específicamente a través del derecho represivo y de la sanción restitutiva,

⁶⁹ Häberle, Peter, *op. cit.*, pp. 247-253.

⁷⁰ Durkheim, Emilio, *De la división del trabajo social*, trad. de David Maldavski, Buenos Aires, Editorial Schapire, 1967, p. 63.

⁷¹ *Ibidem*, p. 55.

solidaridad que llama mecánica en un caso, y orgánica en el otro, no es el propósito de este trabajo profundizar en éstos tópicos. Bástenos con retomar algunas de sus ideas en aras de poder establecer nexos entre el principio de solidaridad y los derechos de la tercera generación y/o difusos.

Los derechos de la tercera generación y los derechos e intereses difusos recogen nuevas aspiraciones, nuevos valores que trascienden la esfera individual. La sociedad empieza a tomar conciencia de sí misma y las voluntades de los individuos giran en torno a múltiples fines comunes. Los individuos cooperan para realizar una función en el entramado social donde no sólo se persigue el bienestar de todos los integrantes de la comunidad sino también el propio de cada sujeto. A propósito, señala Imre Szabo que, “la vida humana comprende un número creciente de elementos que hacen necesario que el individuo colabore con sus iguales”⁷².

Ada Pellegrini sostiene, en el mismo sentido, que los derechos de la tercera generación derivan de intereses sociales y emergen como auténticos derechos, conduciendo a la reestructuración de conceptos jurídicos acordes a una nueva realidad⁷³, lo que pone en evidencia la imperiosa necesidad del reconocer estos derechos en el plano sustantivo y procesal a efecto de proveer una adecuada tutela.

La solidaridad, muchas veces empleada como herramienta retórica, deja de estar presente solo en el discurso filosófico, para tomar forma positiva en instrumentos jurídicos que hoy en día vinculan a casi todos los Estados nacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en su artículo 1 que todos los seres humanos deben tratarse unos a otros con espíritu de hermandad. En el ámbito nacional, la Constitución Mexicana que data de 1917, se refiere en forma somera a la solidaridad a propósito de la educación, al establecer en el artículo 3 inciso segundo, que ésta deberá fomentar en el ser humano una conciencia de solidaridad internacional. También la Constitución española alude a la solidaridad o fraternidad definiéndola en su preámbulo “como

⁷² Szabo, Imre, *op. cit.*, p. 46.

⁷³ Pellegrini Grinover, Ada, *op. cit.*, p. 18.

el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra”⁷⁴.

Finalmente, es de comentarse que la solidaridad viene a desempeñar una función social en el ejercicio de los derechos subjetivos.

C. La participación ciudadana y la responsabilidad social

Partamos de la siguiente premisa: La participación es un instrumento de ordenación de nuevas realidades sociales⁷⁵. El surgimiento de intereses sociales, claramente diferenciados de los intereses públicos y privados, es una prueba de ello. Así, los intereses sociales, en cuanto son comunes a un conjunto de personas, ponen en evidencia su configuración política. Algunos tratadistas⁷⁶ se han preguntado si la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos a través de acciones judiciales está íntimamente relacionada con la participación pública y si se trata de una participación a elección del poder, es decir, si viene impuesta por la autoridad, o del poder de la elección, esto es, si es facultativa para los individuos de una comunidad política.

Para Ada Pellegrini es claro que de estos derechos surgen nuevas formas de gestión de la cosa pública. “Una gestión participativa como instrumento de racionalización del poder, que instaura un nuevo tipo de descentralización, no solo limitada al plano estatal (político administrativa) sino al plano social, con tareas atribuidas a los cuerpos intermedios dotados de autonomía y funciones específicas”⁷⁷. El profesor italiano Vittorio Denti apoya esta consideración al sostener que la tutela de estos derechos e intereses está asociada con políticas de descentralización democrática que propician un nuevo tipo de relación entre el centro y la periferia⁷⁸.

⁷⁴ Preámbulo de la Constitución Española

⁷⁵ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ Denti, Vittorio, *op. cit.*, p. 537.

⁷⁷ Pellegrini Grinover, *op. cit.*, pp. 17- 18.

⁷⁸ Denti, Vittorio, *op. cit.*, p. 537.

Y es que la tutela de estos derechos e intereses en un sistema democrático amplía los márgenes de expresión del pluralismo y adquiere efectividad práctica a través de un derecho de participación⁷⁹. Por ello, algunos ordenamientos jurídicos han previsto la acción popular como instrumento que posibilita la participación y que a la par, propicia una tutela efectiva de los derechos e intereses difusos. Por medio de esta acción, se legitima a cualquier individuo para solicitar al órgano judicial la defensa de derechos e intereses difusos, bastando tan sólo para su procedencia que el actor tenga un mero interés de hecho.

Pero, anticipábamos, que hablar de derechos difusos y de participación ciudadana en la tutela de los mismos, es hablar también de deberes y de responsabilidad social. Reitera lo anterior el contenido del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al señalar que el ejercicio de todos los derechos conlleva un deber correlativo, un deber universal de respeto a la comunidad, porque sólo en ella puede el ser humano desarrollarse plenamente. No olvidemos que el individuo es social por naturaleza, y el vivir en sociedad no sólo le implica derechos sino también deberes. A este respecto, comenta Theodoor C. van Boven que no debe existir una separación tajante entre derechos del individuo y de la comunidad pues “después de todo, es en la comunidad donde el individuo puede desarrollar plenamente su personalidad, según se indica en el artículo 29, párrafo 1, de la Declaración Universal”⁸⁰.

Por otra parte, pero ligado a lo anterior, los derechos e intereses difusos pueden ser vistos como una limitación al ejercicio abusivo e irrestricto de los derechos y libertades. Al respecto, comenta Peter Häberle:

Pero, quizá, también surgen vinculaciones inesperadas: nuevos deberes fundamentales y límites a la libertad de los individuos a la vista de la solidaridad sobre el peculiar “planeta azul” Tierra, la cual nos obliga, de palabra y obra, a un ayuntamiento (la cuestión del medio ambiente, los problemas del tercer mundo). Aquí podría estar llamada a jugar un papel una

⁷⁹ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, pp.118, 123.

⁸⁰ Van Boven, Theodoor C., *op. cit.*, p. 94.

nueva ética de los derechos fundamentales, que requiere responsabilidad allí donde hoy, en su caso, rige demasiada (permissiva) libertad⁸¹.

El numeral 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que las limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades no sólo deberán estar contenidas en la ley sino que además deberán sustentarse y tener como único fin la necesidad de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Vemos como el bienestar general o el bien común pueden llegar a constituir límites a los derechos y libertades. Pero entendamos esto en su justo contexto: la declaración se emite posteriormente a la segunda guerra mundial, cuando el mundo ha sido testigo de la más aberrante vulneración a los derechos del ser humano y a su dignidad intrínseca y ante la necesidad de limitar el abuso del poder. Por eso no se escatima en lo que refiere a la declaración de derechos y libertades y en su énfasis preponderantemente individualista. Hoy en día, esta justificación cobra plena vigencia pero también advienen nuevos intereses, necesidades, que justifican también el surgimiento de otro tipo de derechos ya no de carácter individual sino solidario.

Para concluir digamos que los derechos de la tercera generación y los derechos e intereses difusos pueden verse también como deberes, en el sentido del deber de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad de conservar ese hábitat, ese espacio en el que nos desarrollamos, de propiciar un espacio pacífico y de cooperar para superar las desigualdades sociales.

3. Concepto de derecho e interés difuso

A continuación presento una propuesta de definición, la cual retoma las tesis de los tratadistas Vittorio Denti, Barrios de Angelis y Ada Pellegrini: Los derechos e intereses difusos son aquéllas facultades o prerrogativas que las normas conceden a un número indeterminado de individuos vinculados por una relación de

⁸¹ Häberle, Peter, "Recientes desarrollos sobre derechos...", *op. cit.*, p. 165.

hecho y que son promovidos en defensa del bien común, del interés general y del bienestar general de una colectividad o de la sociedad en general, frente a varios portadores de obligaciones.

4. Elementos de los derechos e intereses difusos

De la noción propuesta se desprenden los siguientes elementos:

- Desde el punto de vista subjetivo, la titularidad de los derechos difusos corresponde a un conjunto indeterminado de individuos ligados por circunstancias de hecho y no a una persona en particular o grupo determinado; de ahí que es la propia comunidad la que ejerce un poder, la detentadora de derechos.
- Desde el punto de vista objetivo, el bien jurídico que motiva el interés, trasciende los valores individuales y está impregnado de sentido social.
- El sujeto obligado, en principio, se encuentra indeterminado, pero será determinable una vez que ha acaecido la vulneración a los derechos e intereses difusos, pudiendo asumir la calidad de tal, tanto una persona de derecho público como de derecho privado.

5. Características de los derechos e intereses difusos

- Son indivisibles y supraindividuales.
- Constituyen verdaderos derechos humanos.
- Tienen como portadores a la población en general y a la pluralidad de colectividades que comparten los espacios comunes del interés general. El derecho difuso como bien jurídico pertenece a todos, a un grupo indeterminado de personas, a la comunidad entendida como un todo. A “una

comunidad amorfa, fluida, flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica⁸².

- Son bienes esenciales para la sociedad.
- Tienen como objeto la protección de un bien constitucionalmente protegido.
- Tutelan intereses generales de la sociedad y se fundamentan en el bien común y en el principio de solidaridad.
- Los derechos objeto de debate no son disponibles por involucrar el interés público.
- Demandan principalmente una tutela preventiva cuyo objeto es, valga la redundancia, la prevención del daño.
- Se vinculan al derecho público.

6. *¿Cuáles son los derechos e intereses difusos?*

En el presente apartado, se proporcionan algunos ejemplos de derechos difusos, sin pretender con ello proponer una enunciación exhaustiva y limitativa. Por tanto, la lista podrá ir ampliándose de acuerdo con el surgimiento de nuevas demandas y/o necesidades y en la medida en que éstas sean reconocidas por los ordenamientos jurídico-positivos. Recuérdese que los derechos difusos materializan y concretan en muy buena parte los derechos constitucionales de tercera generación, especialmente, el derecho a un medio ambiente sano, a la conservación del patrimonio común de la humanidad y al desarrollo.

A modo enunciativo, son derechos e intereses difusos: el acceso al agua como recurso agotable y escaso; la defensa del aire, de humedales; el derecho a un medio ambiente sano, al equilibrio ecológico, a la salubridad pública, al manejo y aprovechamiento racional del ecosistema; el derecho al paisaje urbano, a la repulsión de la contaminación visual; el manejo de desechos; la biodiversidad y los recursos forestales; el espacio público; la moralidad

⁸² Gidi, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos... op. cit.*, p. 32.

administrativa; los derechos de consumidores y usuarios; los asentamientos urbanos; el patrimonio artístico y cultural; la planificación económica; entre otros. También son derechos e intereses difusos los derechos de los grupos étnicos a su territorio, a los recursos naturales ubicados en sus territorios ancestrales y a su pervivencia cultural y ambiental.

IV. LAS GARANTÍAS Y EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Sea lo primero señalar que “garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”⁸³. Si bien, en el derecho romano no se utilizó este término, lo cierto es que preveía mecanismos para asegurar el cumplimiento de obligaciones. En cuanto a la etimología del término, éste tiene su origen en el derecho germánico, del alemán *waren* o *waeren*, del que deriva la expresión *warantare*⁸⁴.

En el Estado Constitucional, decíamos, es un elemento indispensable la garantía de los derechos fundamentales, esto es, la existencia de instrumentos a través de los cuales los ciudadanos puedan reclamar ante los jueces el cumplimiento y satisfacción de sus derechos constitucionales. Pero no basta con prever dichos instrumentos en los textos constitucionales; se requiere además las condiciones adecuadas para posibilitar su ejercicio. Más aún, resulta imperioso tomar conciencia del alcance de estos derechos como auténticos derechos humanos.

A través de las garantías construimos el instrumento para sujetar a los poderes públicos o privados al Derecho, mediante controles jurídicos, especialmente, jurisdiccionales⁸⁵. Ferrajoli clasifica las garantías en primarias y secundarias: las primarias, tutelan los derechos a través de enunciados normativos de carácter hipotético que contienen facultades, obligaciones o prohibiciones; las secundarias, al poner en marcha el aparato jurisdiccional a

⁸³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 32.

efecto de obtener una sanción o declarar una nulidad⁸⁶. El Estado Constitucional, por tanto, demanda órganos aplicadores de justicia, imparciales e independientes; procedimientos que permitan resolver con celeridad, en plazos breves y perentorios, con impulso procesal oficioso y a petición de parte, con plena aplicación de los principios de concentración, contradicción, publicidad, debido proceso y derecho de defensa; y con amplias posibilidades para el juez en el establecimiento de los hechos a efectos de hallar la verdad material. No debe olvidarse además que los mecanismos de tutela deben ser lo más accesibles para los ciudadanos porque la experiencia nos enseña que la mayoría de las veces están llenos de trabas que hacen nugatorio los derechos.

De ahí que una tutela efectiva de los derechos debe integrar instrumentos judiciales y no judiciales, así como programas y políticas a largo plazo. La mayoría de los países, por ejemplo, se prevén mecanismos de tutela en instancias no judiciales para la protección de derechos fundamentales, como es el caso de los comisionados o defensores del pueblo.

En cuanto atañe a los derechos de la tercera generación y/ o difusos, en México, sólo hasta el 29 de julio de 2010 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F) la reforma al artículo 17 constitucional que incorpora la obligación del legislador de expedir las leyes que regulen las acciones colectivas, a través de las cuales los jueces federales conocerán de hechos relacionados con la violación de los derechos constitucionales de la tercera generación a través de los llamados derechos e intereses difusos y colectivos. Y el 27 de abril de 2011 se aprobó, en el Congreso de la Unión, una reforma a diversas disposiciones normativas, entre ellas, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código Civil Federal, a la Ley Federal de Competencia Económica, a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, finalmente, a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, con el fin de reglamentar las acciones colectivas. La acción colectiva es pues el instrumento

⁸⁶ *Ibidem*, p. 33.

jurídico que permitirá la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses difusos y colectivos, y en general, de los derechos de la tercera generación.

Finalmente, es de señalarse que a partir de la reforma constitucional que modifica la denominación que le da la Constitución al Título Primero del Capítulo I, el cual ya no se denominará “*De las garantías individuales*” sino “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*”, “cualquier persona podrá hacer exigible y justiciable de manera directa todo el catálogo de derechos hasta ahora reconocidos”⁸⁷.

V. EL PROCESO CIVIL TRADICIONAL Y EL PROCESO COLECTIVO PARA LA TUTELA DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS (*LATO SENSU*)

Como bien se ha comentado, existe cierta uniformidad y tendencia a abarcar bajo la denominación de derechos e intereses colectivos (*lato sensu*) tanto los derechos e intereses difusos, colectivos en sentido estricto, así como los derechos individuales homogéneos. Bajo esta premisa, veremos las diferencias y similitudes que existen entre el proceso civil tradicional y los procesos colectivos.

1. *En cuanto a los principios que rigen cada uno de los procedimientos*⁸⁸

El procedimiento civil gracias al individualismo que lo ha caracterizado y que se explica en razón de la defensa de intereses preponderantemente de carácter privado, se rige por el principio dispositivo, conforme al cual los jueces sólo conocerán de la causa a petición de parte, pero una vez impetrada la solicitud que demanda la emisión de una declaración de certeza en las relaciones jurídicas de los particulares, el juez deberá impulsar de oficio el proceso. En ello se parecen el proceso civil y el proceso colectivo si bien en éste se debaten asuntos que

⁸⁷ El Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Derechos Humanos, fue publicado en el D.O.F. el 10 de junio de 2011.

⁸⁸ Cfr. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, 2 ed., Madrid, 1948, vol. I, pp. 54 y ss.

involucran el interés general, el interés público y la existencia de derechos, no privados, sino que pertenecen a toda una colectividad por igual y que implican la restricción en el ejercicio de ciertos derechos y libertades.

Como sabemos, no existen sistemas puros, de modo que cada régimen jurídico de acuerdo al interés que se tutele en el proceso, profundizará o atenuará el carácter dispositivo o inquisitivo que rija en las diferentes etapas procesales. Ello se reflejará, como veremos, en aspectos relativos a la ampliación de la demanda, al decreto y práctica de pruebas, a la congruencia de las sentencias, a las facultades del juez al resolver los recursos, entre otros.

En cuanto al principio de valoración de la prueba, valga comentar que aunque obsoleto, aún subsiste en muchos países el sistema de tarifa legal probatoria en los procesos civiles. Sin embargo, la trascendencia que reviste la protección de derechos colectivos, especialmente tratándose de derechos difusos y colectivos propiamente tal, impone la necesidad de superar el sistema de prueba tasada y adecuarse al sistema de valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Otros principios como la economía procesal, la eventualidad o preclusión, la inmediación, la concentración, la doble instancia, la buena fe y lealtad procesal, la razonabilidad y la proporcionalidad, permean el proceso civil tradicional y deberán aplicarse también a los procesos colectivos.

Por lo que refiere al principio de la congruencia que rige por regla general en los procesos civiles tradicionales y que obliga al juez a resolver conforme a las pretensiones y excepciones propuestas por demandante y demandado respectivamente, valdría la pena analizar si dicho principio es afín a la tutela que se pretende con los procesos colectivos y si no convendría en éstos autorizar en forma expresa y taxativa el fallo *extra* y *ultra petita* siempre que los hechos se encuentren probados. Profundizaremos en ello al estudiar la sentencia.

Finalmente, valga comentar que en todo tipo de procesos, incluyendo, los colectivos, deben regir los principios procesales del debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción.

2. En cuanto a los modos de terminar el conflicto en forma anticipada

En el proceso civil tradicional, las partes pueden poner fin al proceso antes de que se dicte sentencia de primera instancia, recurriendo a actos jurídicos bilaterales como la conciliación, la mediación, la transacción, o bien, unilaterales como el desistimiento del demandante o el allanamiento del demandado. Si bien la transacción, la conciliación y la mediación son mecanismos de autocomposición del conflicto, es preciso diferenciarlas. La transacción es un contrato que implica sacrificios recíprocos y, a través del cual, las partes por sí mismas y sin ayuda de un tercero, de común acuerdo, extinguen una obligación preexistente o previenen una controversia futura, en forma total o parcial y podrá versar sobre derechos de libre disposición de las partes. A diferencia de ésta, en la conciliación, las partes llegan a un acuerdo que pone fin al conflicto, mediante la ayuda de un tercero imparcial, que propone a las partes fórmulas de arreglo. Ese tercero imparcial es, por lo general, un órgano del Estado, especialmente de carácter jurisdiccional. Por su parte, Carnelutti, esboza la diferencia entre conciliación y mediación en razón de la finalidad que persigue una y otra, así, “la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa”⁸⁹.

Por otro lado, el allanamiento y el desistimiento también son formas autocompositivas. Gómez Lara define el allanamiento como “una conducta o acto procesal que implica el reconocimiento por el demandado o por quien resiste en el proceso, a las pretensiones de quien acciona”⁹⁰. El desistimiento, por su parte, es definido como “una renuncia procesal de derechos o pretensiones”⁹¹, pudiendo recaer sobre la acción, la demanda o la instancia. Carnelutti entiende acertadamente que más que desistir o allanarse a la pretensión, se allana o desiste del derecho que constituye la razón de la pretensión⁹².

⁸⁹ Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, p. 203.

⁹⁰ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 2 ed., México, UNAM, 1980, p. 37.

⁹¹ *Ibidem*, p. 35.

⁹² Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, p.199.

Finalmente, sería importante reconsiderar aquí la teoría esbozada por Carnelutti⁹³, según la cual “de las formas de autocomposición deben ser excluidas necesariamente todos los conflictos en que la voluntad de las partes no es trascendente”, así “donde no existe derecho subjetivo sino sólo interés protegido, no hay terreno propicio para la autocomposición”, noción que apareja toda una concepción individualista del litigio y del proceso, llamada a menguar su impacto conforme a la aparición de los derechos colectivos (*lato sensu*).

Con esto en mente, veamos si estos mecanismos de autocomposición son viables en los procesos colectivos. Antes que nada debe establecerse la necesidad de diferenciar si se tutelan derechos difusos y colectivos –en *stricto sensu*- o derechos individuales homogéneos. En el primer caso, creemos que la transacción en cuanto tal no resulta acorde con la naturaleza de los derechos tutelados, en razón de su carácter supraindividual y su indisponibilidad, puesto que no son susceptibles de apropiación individual. Más propio parece aplicar a la tutela de estos derechos la mediación o la conciliación. En caso de aceptarse estos mecanismos en la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos, téngase en cuenta que el papel del tercero, sea el juez u otro sujeto autorizado por las partes disponga o no de conocimientos técnicos sobre el bien jurídico en litigio, es el de *proponer*, no imponer ni intentar, fórmulas de arreglo.

Las partes pues, pueden llegar a un acuerdo en forma extrajudicial o incluso, dentro del proceso, mientras no se haya dictado sentencia, y éste deberá ser aprobado por el juez siempre que no adolezca de algún vicio y bajo condición de tutelar efectivamente el derecho en debate. Con todo y ello, quedan preguntas sin resolver: ¿podrá alguno de los sujetos legitimados e intervinientes, v.g., el Ministerio Público, oponerse al acuerdo? En tal caso, ¿dicha objeción vincula al juez? En tal situación, optamos por considerar que podrán manifestar su oposición fundando y motivando debidamente, pero en todo caso será el juez quien valore y resuelva, motivadamente, si admite o no el acuerdo conciliatorio. Por supuesto que debe existir un control del contenido del acuerdo por parte de juez, mismo que tiene como límites la Constitución, el orden jurídico en su conjunto, los principios

⁹³ *Ibidem*, p. 198.

esenciales del estado democrático y social de derecho, así como la adecuada protección de los derechos en cuestión.

El acuerdo, aprobado por el juez, será homologado en sentencia y prestará mérito ejecutivo. En caso de no llegarse a un acuerdo, el juez dará apertura al periodo probatorio.

Algunos autores⁹⁴ proponen incorporar en la tutela de derechos colectivos una especie de requerimiento que hace la autoridad al sujeto vulnerador del derecho difuso y/o colectivo para que ajuste su conducta a la norma jurídica o bien, para que cese la actividad vulneradora del derecho. Como forma de autocomposición, parece una buena alternativa que eventualmente permitiría evitar que los conflictos lleguen a la esfera jurisdiccional. ¿En qué momento podrá hacerse uso de tal prerrogativa? antes de la demanda y durante todo el proceso hasta antes de que el juez profiera sentencia de primera instancia. Valga aclarar que en ningún caso se entenderá como requisito de procedibilidad para demandar, puesto que ello implicaría crear trabas para la debida tutela del derecho y el acceso a la justicia.

Ahora bien, en cuanto al desistimiento, consideramos que resulta improcedente en la tutela de derechos difusos y colectivos toda vez que es incompatible con la naturaleza de estos derechos e intereses. *Contrario sensu*, el allanamiento del demandado a las pretensiones del actor será admisible en todo proceso siempre que el juez no observe la existencia de algún vicio en el consentimiento.

Pero, decíamos al principio de este apartado, que el tratamiento de las formas autocompositivas es distinto según se trate de tutelar, de un lado, derechos difusos y colectivos, y del otro, derechos individuales homogéneos, hipótesis en la cual sí consideramos viable la aplicación de todo tipo de mecanismos autocompositivos toda vez que se trata de derechos particulares, de carácter privado y que son disponibles por las partes.

⁹⁴ Ver Artículo 3, párrafo 5 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

3. En cuanto a la pretensión

Sea lo primero señalar que el concepto de pretensión desarrollado por Carnelutti, entendiendo por tal, la “exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio”⁹⁵, resulta inadecuado hablando de procesos colectivos. Por ello, proponemos más bien que ésta sea definida como la exigencia de subordinación del interés privado al interés de la colectividad (o interés colectivo).

Por lo que refiere a los tipos de pretensiones, sabemos que en el proceso civil tradicional pueden incoarse pretensiones declarativas puras, declarativas de condena y constitutivas. Por medio de la pretensión declarativa pura, el demandante solicita al juez que dé certeza jurídica acerca de la existencia de un derecho o relación jurídica. Chiovenda lo explica del siguiente modo: “... el interesado solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento ni de pedir que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva”⁹⁶. De tal conceptualización se deriva, por exclusión, el objeto de la pretensión constitutiva y de la declarativa de condena. Así, a través de la pretensión constitutiva, el actor busca que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva; mientras que por medio de la pretensión declarativa de condena se trata de imponer al demandado alguna responsabilidad derivada de la violación del orden jurídico, del incumplimiento de una norma, de una obligación o de la causación de un hecho que produce un daño que busca ser reparado o en su caso, indemnizado⁹⁷.

La misma regla ha de aplicarse en los procesos colectivos tanto para la tutela de derechos difusos y colectivos como para el amparo de derechos individuales homogéneos.

⁹⁵ Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁶ Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de José Casáis y Santalo, Madrid, 1925, t. I, pp. 77 y ss y 185 y ss.

⁹⁷ Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

4. *En cuanto a las partes*

En cuanto al concepto de parte se refiere, es de interés recordar que son posiciones que se ocupan dentro del proceso ya sea como actor u opositor, demandante o demandado. “Demandante es quien formula la demanda personalmente o por conducto de un apoderado o representante; demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda o frente a quien se formulan”⁹⁸. En los procesos colectivos que tutelén derechos difusos y colectivos, la posición procesal de parte demandante podrá ser ocupada por cualquiera de los sujetos legitimados, y estará determinada según la regulación que se prevea al efecto, así por ejemplo, podrán actuar como tal, el Ministerio Público, las organizaciones no gubernamentales, los entes públicos que tengan a su cargo la guarda del derecho tutelado, e incluso, cualquier ciudadano en interés de la colectividad y de los derechos de ésta, figura que ha sido conocida como acción popular.

En cuanto a la posición procesal de demandado, en los procesos colectivos de tutela de derechos difusos y colectivos, ésta será ocupada por la persona física o jurídica, pública o privada, que vulnere con su acción u omisión los derechos referidos.

Ahora bien, una parte puede estar compuesta por varios sujetos, en cuyo caso se hablará de pluralidad de partes, dando lugar a figuras como el litisconsorcio, ya sea éste necesario o facultativo. Sin embargo, téngase presente que hablar de pluralidad de partes no sólo es hablar de litisconsorcio, pues aquél es el género y éste la especie⁹⁹. El tratadista italiano, Piero Calamandrei, nos explica la diferencia entre uno u otro tipo de litisconsorcio:

En el litisconsorcio necesario la relación sustancial controvertida es sólo una, y una sólo la acción; pero como la relación sustancial es única para varios sujetos, en forma que las modificaciones de ella, para ser eficaces, tienen

⁹⁸ Echandía, Devis, *Teoría General del Proceso*, 3 ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2002, p.310.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 316.

que operar conjuntamente en relación con todos ellos, la ley exige en que al proceso en que hay que decidir de esa única relación, sean llamados necesariamente todos los sujetos de ella, a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos...En cambio en el litisconsorcio facultativo, a la pluralidad de las partes corresponde una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas y una pluralidad de acciones acumuladas en el mismo proceso. La acumulación no está aquí impuesta por la unicidad de la relación controvertida ni por la naturaleza inescindible de la legitimación, sino que está aconsejada por razones de oportunidad inferida de la conexión que vincula entre sí a las distintas causas acumuladas”¹⁰⁰

De ahí que nos preguntemos, ¿es viable que se presente la hipótesis de pluralidad de partes en los procesos colectivos? Tratándose de la tutela de derechos individuales homogéneos no queda duda, siendo el litisconsorcio facultativo el de mayor aplicación. En procesos de tutela de derechos e intereses difusos y colectivos, podrá presentarse el litisconsorcio pasivo, necesario y facultativo, pero su configuración activa resulta tanto problemática. Al incoar la acción alguno de los sujetos legitimados, la participación de otro legitimado, creemos será como tercero interviniente para coadyuvar las pretensiones del actor y no como litisconsorte facultativo.

A. *El Ministerio Público como parte*

La atribución conferida al Ministerio Público para obrar como parte demandante en el proceso civil y colectivo tiene como objeto suplir o controlar, en interés de la justicia, la iniciativa de las partes principales. Su actuación no se reduce a exponer una opinión acerca de la *questio juris* sino que conserva todos los poderes y atribuciones que se conceden a la parte, esto es, ejercer el derecho de acción y poner en conocimiento del juez la demanda, alegar hechos y solicitar la práctica de pruebas, entre otras. Así, el Ministerio Público ejerce el derecho acción con el fin de vigilar el cumplimiento de la norma, como garante de la legalidad, del interés público, y no para asumir o ayudar, las pretensiones u

¹⁰⁰ Calamandrei, Piero, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 178.

oposiciones de demandante y demandado. Señala el ilustre profesor italiano, Piero Calamandrei, que el Ministerio público actúa “para promover la observancia de los concretos preceptos del derecho objetivo, sin cuidarse directamente de los intereses sustanciales que en él encuentran tutela”¹⁰¹.

B. *El ciudadano como parte*

A propósito de la acción popular, el tratadista Devis Echandía considera que “en el caso de las acciones públicas, toda persona tiene derecho a intervenir, puesto que podría obrar como demandante, y entonces ocuparía la posición de litisconsorte en éste. Puede hablarse de un interés público en estos casos”.¹⁰²

5. *En cuanto a la intervención de terceros y algunas hipótesis relacionadas*

En el proceso civil tradicional se distinguen varias clases de terceros. Por un lado, los terceros que son afectados por la relación sustancial: el llamamiento en garantía, el llamamiento en evicción y la denuncia del pleito; por el otro, los terceristas o intervinientes *ad excluendum* –excluyentes- y *ad adiuvandum* –o coadyuvantes-. En los procesos colectivos que tutelan derechos difusos y colectivos se discute la existencia de este tipo de terceros o intervinientes, especialmente por lo que refiere a los terceros coadyuvantes.

A. *Los amigos de la Corte como intervinientes*

Si bien, a primera vista pudiera parecer que la intervención del *amicus curiae* se asimila a la intervención adhesiva o por coadyuvancia, sin embargo, tal similitud no deja de ser más que una mera apariencia, veamos por qué: El coadyuvante si bien es un extraño al proceso y por tanto no reclama un derecho propio para que sobre él se emita una decisión, tiene un interés personal en la suerte del proceso,

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 218.

¹⁰² Echandía, Devis, *op. cit.*, p. 334.

que puede ser patrimonial, moral o familiar y que se funda en la existencia de una relación jurídica entre el tercero y una de las partes¹⁰³. Chiovenda, nos explica que el interés del coadyuvante no necesariamente es de derecho, sino que podrá ser también de hecho¹⁰⁴. Por su parte, el llamado amigo de la corte “amicus curiae”, si bien interviene para apoyar las pretensiones o excepciones debatidas en el proceso, no lo hace en virtud de la existencia de una relación jurídica con alguna de las partes, sino “con el único objetivo de aportar un criterio jurídico a favor de la justicia... engloba a los terceros ajenos a un litigio, que voluntariamente ofrecen su opinión frente a algún punto de derecho u otros aspectos relacionados, para colaborar con el Tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso”¹⁰⁵.

Creemos que la intervención de terceros, en calidad de amigos de la corte, en procesos que tutelen derechos difusos y colectivos no se explica en razón del litisconsorcio facultativo, pero podría explicarse en virtud de la coadyuvancia, si se entiende que éstos poseen un interés de hecho en la causa. Con todo y ello, parece preferible referirnos a los amigos de la corte como interesados en el resultado del proceso, y no propiamente como terceros ajenos a la relación sustancial.

B. *El Ministerio Público como interviniente*

Como bien lo explica Calamandrei “el ministerio público interviniente está instituido para suplir, en el curso del proceso ya iniciado, la deficiente o colusiva actividad instructora de las otras partes”¹⁰⁶. Preciso entonces es que nos preguntemos, ¿interviene en forma necesaria o facultativa; vinculada o

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 333-337.

¹⁰⁴ Chiovenda, José, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁵ Baquerizo Minuche, Jorge, “El amicus curiae. Una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas”, *Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, consultada 31 de enero de 2011, en:

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=27

¹⁰⁶ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 223.

discrecional? El tratadista en comento es de la opinión de que la intervención del Ministerio Público en el proceso puede ser necesaria o facultativa dependiendo de la regulación que se prevea al efecto, así por ejemplo, será necesaria, si la norma detalla una serie de supuestos en los cuales el Ministerio Público no debe dejar de intervenir, so causa de nulidad; y a *contrario sensu*, será facultativa si se encuentran de por medio intereses públicos que debe salvaguardar, pudiendo, más no debiendo, intervenir en la causa. En cuanto al carácter discrecional o vinculado de su intervención, opina Calamandrei que ésta debe ser vinculada “en el sentido de que su poder de accionar o de intervenir es también un deber, al cual, cuando se verifican en concreto los hechos previstos por la ley, no puede él sustraerse por motivos de oportunidad”¹⁰⁷. Dependerá entonces del legislador determinar si, en los procesos colectivos, la intervención del Ministerio Público será discrecional u obligatoria. Es de la opinión de quien escribe, que es preciso diferenciar según se trate de tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, o derechos individuales homogéneos, aplicando al primer supuesto, el criterio vinculado de la intervención del Ministerio Público; y en el segundo supuesto, el carácter discrecional de su intervención.

C. Las asociaciones sindicales y otros legitimados como intervinientes

Interesante resulta la hipótesis planteada por Calamandrei¹⁰⁸ acerca de la intervención de las asociaciones sindicales en el proceso. En este caso, la asociación sindical interviene en litigios laborales con el objeto de tutelar sus respectivos intereses de categoría, que pueden o no coincidir con el interés individual de cada una de las partes. Explica el tratadista italiano que en dicho supuesto, las asociaciones sindicales no intervienen en el proceso ni por coadyuvancia, porque aunque pueden intervenir para apoyar las pretensiones de alguna de las partes, no siempre es el caso, pues podrán hacerlo para apoyar las razones de la categoría, que no necesariamente coinciden con las de la parte; ni

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 228.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 184-186.

como litisconsortes facultativos, pues no introducen una nueva causa ni pretenden que la sentencia extienda sus efectos sobre los intereses de la categoría, limitando su intervención al hecho de “hacer conocer al juez la valoración que ellas hacen de la controversia desde el punto de vista del interés de categoría”¹⁰⁹; pero tampoco son parte, por lo cual en el sistema jurídico italiano, la participación de estos entes en el proceso sería más bien atípica doctrinariamente, pero típica desde el punto de vista legal, toda vez que se encuentra prevista en la norma. Creemos que tal intervención constituyó, en su momento, un intento por tutelar, de forma incipiente, derechos colectivos e intereses de categoría.

6. *En cuanto a la demanda*

Los procesos civiles tradicionales incorporan requisitos sin los cuales la demanda no podría ser admitida por el juez y que en términos generales aluden a la capacidad de las partes, la representación, la enunciación de la *causa petendi*, las pretensiones invocadas, las pruebas allegadas por las partes y la solicitud de práctica de las mismas, así como la indicación del domicilio para recibir notificaciones. Y es que no debe olvidarse que el juez al emitir el auto de admisión o inadmisión de la demanda realiza un primer control de los presupuestos procesales de la acción. Nada dice sobre la demanda el Código Modelo de Procesos Colectivos. Por ello, no sólo resulta importante regular expresamente lo que atañe a la demanda sino también recordar que a efecto de amparar eficazmente los derechos protegidos por medio de las acciones colectivas es imperioso flexibilizar los mecanismos de acceso a la justicia a modo de impedir que se generen trabas por medio de rigurosos requisitos que imposibiliten el ejercicio de la acción.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 185.

En cuanto a la ampliación de la demanda, los procesos civiles tradicionales regularmente establecen términos de preclusión¹¹⁰. Sin embargo, valdría la pena considerar reglas especiales para la ampliación del *petitum* en los procesos colectivos que tutelen derechos e intereses difusos y colectivos en razón del desconocimiento que puedan tener las partes acerca de la dimensión del daño o de sus efectos posteriores, pues no debe olvidarse que se encuentran en juego, no derechos particulares, sino derechos de colectividades determinadas o indeterminadas. Podría considerarse en estos casos que el demandante pueda ampliar la pretensión hasta antes del periodo de alegaciones. Pero, ¿podrá el juez de oficio ampliar las pretensiones cuando los derechos vulnerados sean difusos y colectivos? Creemos que sí, siempre y cuando la *causa petendi* aparezca probada en el proceso. Ésta previsión alteraría también la regla general de la congruencia en las sentencias, en cuyo caso, el juez podrá fallar *ultra* y *extra petita*.

Es de advertir que lo recién señalado respecto de la ampliación del *petitum* y la excepción a la congruencia de las sentencias no resulta procedente para la tutela de derechos individuales homogéneos pues como ya se ha comentado, en estos procesos se ventilan asuntos de carácter exclusivamente privado pero que justifican su resolución conjunta por razones de justicia y economía procesal.

7. En cuanto a los actos de aseguramiento

El proceso civil tradicional apela a diversos instrumentos que permiten “impedir que se modifique la situación existente o, por el contrario, producir un cambio en ella en forma provisional¹¹¹. Son las llamadas medidas cautelares o precautorias, que se encuentran determinadas por el peligro y la urgencia, consistentes en embargos, secuestros, en la denuncia de obra nueva u obra ruinosa, o en el establecimiento de garantías o fianzas responsivas de daños y

¹¹⁰ Recuérdese que la preclusión es “la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por una ley para el ejercicio de esa facultad en el juicio o en una fase del juicio”. Chiovenda, Giuseppe, *op. cit.*, p. 385.

¹¹¹ Echandía, Devis, *op. cit.*, p. 166.

perjuicios, por citar algunas. Estas medidas “responden a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico”¹¹². Proceden después de presentada la demanda pero antes de su notificación al demandado, o bien durante el curso del proceso. De ser revocadas o modificadas, el actor deberá responder por los daños ocasionados, a menos, de que otorgue fianza o garantía¹¹³.

Su aplicación en los procesos colectivos no difiere sustancialmente, si bien deberán adecuarse a la naturaleza de los derechos tutelados por los procesos colectivos, pudiendo en esta clase de procesos decretarse medidas específicas tendientes a la prevención del daño, a la cesación del hecho dañoso o a su reparación.

Valga también aquí comentar que el Código Modelo de Procesos Colectivos incorpora la denominada “tutela jurisdiccional anticipada” que se justifica en razón de la demora o retardo en la producción de la sentencia definitiva y en los peligros que ello conlleva para el bien jurídico tutelado, pudiendo el juez anticipar, total o parcialmente, la tutela pretendida, siempre que exista prueba irrefutable que genere la convicción de verosimilitud en lo pretendido por la parte actora. El tratadista Brasileño Sergio Cruz Arenhart¹¹⁴ explica que no se anticipa la declaración de certeza que se genera con la sentencia, sino los efectos materiales de una eventual sentencia estimatoria de la pretensión, de ahí que lo que caracterice a las anticipaciones de tutela es la satisfactividad de lo pretendido por el actor, lo que no equivale a definitividad, cualidad que sólo la otorga la sentencia que ha producido efectos de cosa juzgada. Como se observa, esta institución que procede en cualquier etapa del proceso, difiere sustancialmente de las medidas cautelares. Si bien resulta innovadora esta figura procesal, creemos que implica prejudicialidad, lo que la torna, a nuestro juicio, en inconveniente. No debe

¹¹² Chiovenda, Giuseppe, *op. cit.*, p. 282.

¹¹³ Chiovenda, se inclina en este caso por considerar que los daños ocasionados por la modificación o revocación de la medida provisional generan responsabilidad objetiva. *Idem*.

¹¹⁴ Cruz Arenhart, Sergio, “comentario”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

olvidarse que el juez es un tercero imparcial, y en sus decisiones declara certeza acerca de hechos o de derechos y no juicios de mera probabilidad.

8. En cuanto a la carga de la prueba, los medios de prueba y su valoración

Anteriormente, en los procesos civiles tradicionales se acostumbraba el uso del sistema de la tarifa legal probatoria. Hoy en día, como se ha comentado, tal sistema resulta obsoleto y se ha impuesto el sistema de la sana crítica, a través del cual el juez tiene amplia potestad para valorar la prueba, recurriendo incluso a las reglas de la lógica y de la experiencia. También, los medios de prueba han ido cambiando con el avance de la ciencia y de la tecnología, siendo de recibo en los procesos civiles el uso de todos los medios de prueba (legales) que permitan generar la convicción del juez. Sin duda, los procesos colectivos también deberán regirse por dichas previsiones.

Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba, la regla general en el proceso civil tradicional señala que quien alega debe probar. En los procesos colectivos se ha sugerido que la carga de la prueba se imponga a la parte que posea conocimientos técnicos, científicos o informaciones sobre los hechos, o tenga mayor facilidad para su demostración.¹¹⁵ El tratadista mexicano Alberto Benítez se inclina por considerar que una regla como la sugerida debe ser adecuadamente reglamentada a efecto de prevenir un desbalance que implique una ruptura con el principio de la igualdad procesal de las partes¹¹⁶.

9. En cuanto a la sentencia y sus efectos

Que la sentencia produce efectos de cosa juzgada significa que la declaración de certeza que emite el juez adquiere el carácter de inmutable y

¹¹⁵ Es la posición adoptada por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Véase el artículo 12 de la obra citada.

¹¹⁶ *Confr.* Benítez, Alberto, "comentario", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *op. cit.*, p. 202.

definitiva, ofreciendo seguridad jurídica. La segunda característica es consecuencia de la primera. La inmutabilidad significa que la sentencia no podrá ser reformada, con lo cual devine su definitividad. La cosa juzgada abarca tanto sentencias estimatorias como desestimatorias y los límites para determinarla son de carácter subjetivo y objetivo, veamos: identidad de partes, demandante, demandado, intervinientes; identidad de objeto, entendido como el derecho reconocido, modificado o declarado; e identidad de *causa petendi*, es decir, identidad en los hechos jurídicos que soportan la pretensión.

Antonio Gidi explica que en el derecho procesal ordinario la cosa juzgada vale *pro et contra*, es decir, con independencia del resultado del proceso. Sin embargo, de acuerdo con su propuesta, la cosa juzgada en los procesos colectivos tendría una diferente repercusión de acuerdo con el resultado práctico obtenido en la demanda, de modo que:

si el juicio fuere de procedencia, favorable a la pretensión de la colectividad, la inmutabilidad de su comando se extendería para todos los interesados; si el juicio, al contrario, fuese desfavorable a los intereses de la colectividad, la referida inmutabilidad no se extendería, no pudiendo perjudicar a quien no estuvo presente en el proceso¹¹⁷.

La regla general entonces, es que en los procesos civiles tradicionales la sentencia produce efectos de cosa juzgada relativos, esto es, sólo produce efectos entre las partes e intervinientes en el proceso. En procesos colectivos que tutelén derechos difusos y colectivos en *stricto sensu*, la regla general se altera, y en consecuencia, la sentencia producirá efectos *erga omnes*, esto es, contra todo el mundo. En contraste, tratándose de la tutela de derechos individuales homogéneos, la sentencia declarativa producirá efectos *erga omnes*, pero la liquidación y ejecución, efectos relativos. Importante es considerar que las excepciones al efecto relativo de la cosa juzgada deben estar previstas por la ley

¹¹⁷ Gidi, Antonio, "Cosa Juzgada en acciones colectivas", en Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, *op. cit.*, p. 265.

en forma expresa y taxativa, señalando claramente su procedencia en los procesos colectivos.

Por otro lado, en los procesos civiles tradicionales se ha entendido que cuando una sentencia es desestimada por insuficiencia de pruebas, ésta no produce efectos de cosa juzgada, fenómeno que también ha sido conocido por algunos procesalistas como cosa juzgada en sentido formal, por oposición a la cosa juzgada material¹¹⁸. El Código Modelo de Procesos Colectivos recoge este criterio, aplicando lo que también se conoce en la doctrina procesal como cosa juzgada *secundum eventum probationis*, según la cual, podrán las mismas partes, con las mismas pretensiones y la misma *causa petendi*, incoar nueva acción, si y sólo si, existe prueba sobreviniente capaz de modificar el fondo de la controversia, dejando claro que no ha de tratarse de cualquier prueba, sino de aquélla que sea capaz de modificar la decisión¹¹⁹.

Finalmente, valga comentar que la sentencia, en todo tipo de procesos, deberá estar motivada y fundamentada.

¹¹⁸ Devis Echandía, *op. cit.*, p. Sin embargo, para Osvaldo Alfredo Gozaíni “no se trata de señalar que en tales casos haya cosa juzgada formal, sino que la cosa juzgada colectiva no puede perjudicar a los intereses del grupo por haber sido renuentes o inexpertos en la práctica probatoria...”. *Cfr.* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “comentario”, en Gidi Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *op. cit.*, p. 357. Ahora bien, en cuanto al concepto de cosa juzgada formal y material, existen diversas posturas. Así, para Giuseppe Chiovenda, la cosa juzgada formal no es más que la operancia del fenómeno de la preclusión de las impugnaciones, valga decir, cuando al sentencia ha quedado en firme y es, por tanto, inmutable; en cambio, la cosa juzgada material está referida a la obligatoriedad de la sentencia hacia el futuro: “la afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los juicios futuros, de una voluntad concreta de la ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes”. Véase, Chiovenda, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 386-387. En igual sentido, Carnelutti, para quien la cosa juzgada material está representada por la imperatividad de la sentencia, y la cosa juzgada formal por su inmutabilidad, traducida en la prohibición del juez de volver a decidir el litigio ya decidido, o en otras palabras, “es el efecto de la preclusión del derecho a provocar el cambio de la decisión, o sea, a impugnarla”. Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, pp. 351-352.

¹¹⁹ Véase el artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica así como el comentario de Freddie Didier Jr. *Cfr.* Gidi Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *op. cit.*, pp. 343-345.

10. *En cuanto a la congruencia de la sentencia*

En los procesos civiles tradicionales, la regla general es la congruencia, lo que significa que debe haber identidad entre lo resuelto en la sentencia y lo pedido por las partes (pretensiones y excepciones de mérito). Sólo excepcionalmente, el legislador autoriza los fallos *extra* y *ultra petita*. A través del fallo *extra petita*, el juez concede algo distinto de lo pedido (cualitativamente); en cambio, por medio de fallo *ultra petita* el juez concede más de lo pedido (cuantitativamente).

En los procesos colectivos que tutelen derechos difusos y colectivos, creemos que el legislador debe conferir al juez, en forma expresa, facultades para alejarse de lo pedido por las partes siempre que el derecho esté probado. Esta regla no aplicaría para procesos que tutelen derechos individuales homogéneos.

Con ésta fórmula se evidenciaría una fuerte tendencia del sistema inquisitivo en cuanto atañe a los poderes del juez para alejarse o no de las pretensiones y excepciones de demandante y demandado, respectivamente.

11. *En cuanto a la ejecución de la sentencia*

Sea lo primero señalar que la ejecución es definida, en términos generales, como la aplicación de la responsabilidad, la cual viene declarada en la condena¹²⁰. Chiovenda entiende por ejecución forzosa “la actuación práctica, por parte de los órganos jurisdiccionales, de una voluntad concreta de la ley que garantice a alguno un bien de la vida y que resulta de una declaración”¹²¹. De ahí la relación existente entre pretensión declarativa de condena, sentencia de condena y ejecución.

En los procesos colectivos de tutela de derechos difusos y colectivos en *stricto sensu*, debe preferirse el cumplimiento de la obligación en naturaleza, a través de obligaciones de dar, hacer o no hacer, pudiendo recurrirse incluso al cumplimiento por analogía, facultando a un tercero para que en obligaciones de

¹²⁰ Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, p. 164.

¹²¹ Chiovenda, Giuseppe, *op. cit.*, p. 292.

hacer, realice el hecho a costa del demandado. Sólo subsidiariamente, deberá el actor pedir el cumplimiento de la obligación en equivalencia solicitando la indemnización o reparación de los perjuicios emergentes y lucrocesantes que con su acción u omisión hubiere ocasionado el demandado. Y es que no debe olvidarse que el fin principal de la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos es de carácter preventivo y no resarcitorio.

En cuanto a lo que refiere a mecanismos de coacción psicológica como las multas coercitivas y las llamadas *astrentes* –multas sucesivas-, que constituyen medios de apremio sobre el obligado para que ejecute el hecho convenido o determinado, y que se encuentran vigentes aún en los procesos civiles tradicionales de algunos países, creemos que constituyen un rezago del cumplimiento de la obligación ejerciendo fuerza sobre la persona del obligado y por tanto, un instrumento que atenta contra los principios que han de regir el procedimiento actual; en consecuencia, nos parece poco apropiado su incorporación en los procesos colectivos, ya sea que tutelen derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos¹²².

12. En cuanto a la liquidación de la sentencia

Los procesos civiles tradicionales contienen reglas para proceder a la liquidación de la sentencia. Cuando aparece comprobada la responsabilidad, los hechos y la causación de un daño, pero no es posible fijar el importe de la cantidad líquida en la sentencia, el juez emitirá una declaración de condena en abstracto. En tales casos, el interesado deberá iniciar la liquidación ante el mismo juez en aras de obtener, en los casos de cumplimiento por equivalencia, el señalamiento de cantidad líquida, cierta, expresa y exigible; y en las hipótesis de

¹²² El Código Modelo de Procesos Colectivos recomienda su incorporación en el artículo 6. El comentarista Cruz Arenhart, cuestiona el vacío que deja la disposición al no prever quién es el destinatario de la multa coercitiva, proponiendo adoptar el criterio seguido en la legislación Brasileña, conforme al cual ésta debe estar destinada al Fondo para la Defensa de Derechos Difusos. *Confr.* Cruz Arenhart, Sergio, “comentario”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *op. cit.*, p. 148.

condena de obligaciones de hacer o no hacer, la especificación en forma expresa de la conducta a realizar u omitir, en tiempo, modo, y lugar. Ahora bien, para proceder a liquidar la sentencia se establecen plazos cuyo vencimiento genera la prescripción del derecho reconocido *in genere*. Podrá solicitar la liquidación, la parte que ha vencido en el juicio.

En términos generales, proceden las mismas reglas para liquidar la sentencia en los procesos colectivos, variando solo el supuesto de los legitimados para solicitar la liquidación, que en principio sólo correspondería al sujeto que ejerció el derecho de acción y actuó como parte demandante, siendo también posible, que en ausencia de éste, puedan los otros sujetos legitimados que han participado en el proceso hacer valer este derecho. Así, el Ministerio Público como parte o como tercero que actúa en representación de la legalidad y los demás, en razón del interés público y general que rodea la tutela de los derechos difusos y colectivos.

13. *En cuanto a la impugnación. Los recursos y sus efectos*

En todo proceso debe regir el principio de la impugnación, previendo al efecto, la doble instancia. Contra la inconformidad del fallo dictado en primera instancia, procede el recurso de apelación que, por regla general, produce efectos suspensivos, lo cual significa que se suspende la ejecución de la sentencia en tanto el superior jerárquico resuelve el recurso.

Sin embargo, creemos que en los procesos colectivos debe regir la regla conforme a la cual la interposición del recurso producirá efectos devolutivos, con el fin de que la sentencia se ejecute, no obstante ésta se hubiere impugnado. En estos casos, la excepción vendría dada por la concesión del recurso con efecto suspensivo, siempre y cuando se alegue y funde la existencia de lesión grave y de difícil reparación con la ejecución inmediata de la sentencia. En este aspecto, algunos teóricos, en aras de garantizar la responsabilidad del ejecutante frente a los perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la sentencia de llegar a ser revocada, sugieren, de un lado, la posibilidad de que el supuesto configure una

causal de responsabilidad objetiva¹²³, o del otro y en sentido opuesto, la exigencia de probar la configuración de una responsabilidad subjetiva, de modo que sólo probándose la existencia de dolo o culpa, el ejecutante deba responder por los daños que se ocasionen al ejecutado si la sentencia es modificada en segunda instancia. Otros, por su parte, recomiendan la necesidad de que en todo caso el ejecutante ofrezca garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios que ocasione la ejecución del fallo, siendo una opción viable a nuestro juicio, pero que podría constituir una traba más para la debida tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos. Corresponderá pues al legislador sopesar los diversos intereses en conflicto.

Reste sólo comentar que en cuanto a las facultades del juez de segunda instancia, la regla general vigente en el proceso civil tradicional es la improcedencia de la *reformatio in pejus* que, como bien señala el procesalista Devis Echandía, “es un rezago del antiguo concepto del proceso civil como contienda privada y de interés particular. De ahí que la tendencia en los procesos civiles, y por supuesto, de aplicación en los procesos colectivos, sea la de facultar al superior jerárquico para revisar la sentencia en su totalidad pudiendo modificar a favor o en disfavor la resolución recurrida, “y su decisión comprenderá a las partes no recurrentes”.¹²⁴

14. En cuanto a los gastos y costas judiciales

En los procesos civiles tradicionales se acostumbra a que la parte vencida sea condenada en costas y honorarios, rubros que son destinados a la parte vencedora en el proceso. Ello también resulta procedente en los procesos colectivos, con algunas variaciones. Suele proponerse, en aras de no alterar la

¹²³ Gomes Júnior, Luiz Manoel, “comentario”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *op. cit.*, p. 226, quien se inclina por considerar que el Código Modelo ha adoptado el criterio de la responsabilidad objetiva en el supuesto de que la ejecución ocasione daños al ejecutado mientras pende el recurso de apelación en efecto devolutivo. Por tanto, el autor considera más propio exigir la responsabilidad subjetiva en dicha hipótesis.

¹²⁴ Echandía, Devis, *op. cit.*, p. 512.

igualdad procesal, que sólo se condene en gastos y costas judiciales a la parte vencida o vencedora que hubiere obrado de mala fe comprobada. En todo caso, resulta también acorde con la naturaleza de los derechos tutelados –difusos y colectivos- que la condena en costas, de resultar procedente, se destine al fondo para la protección de los derechos colectivos; no así la de honorarios y expensas puesto que derivan de gastos incurridos por las partes en las diligencias judiciales o en la práctica de pruebas.

Por otro lado, resulta interesante incorporar a los procesos colectivos, alguna previsión normativa contentiva de incentivos y gratificaciones para el actor cuya pretensión ha resultado estimatoria. En caso tal, éstos deberán determinarse con base en criterios objetivos. Por supuesto, una disposición como la recomendada no tiene asidero en los procesos civiles tradicionales donde se discuten derechos de contenido privado.

15. En cuanto a la prioridad del trámite

Los procesos colectivos, en razón de la naturaleza de los derechos que tutelan, especialmente si son difusos y colectivos, deberán recibir trámite prioritario, lo cual se justifica en tanto se discute en el proceso el reconocimiento de unos derechos que pertenecen a la sociedad en conjunto y de su importancia para la conservación de la misma especie. Más aún, hay quienes se preguntan acerca de la viabilidad de la creación de tribunales especializados, lo que, sin duda, dependerá de factores presupuestales, de la organización del sistema judicial y, principalmente, de la cultura de cada sistema jurídico.

16. En cuanto a la interrupción de la prescripción

La regla general que aplica en los procesos civiles tradicionales y que también ha de regir en los procesos colectivos es la ficción según la cual la prescripción se interrumpe con la notificación del auto admisorio de la demanda pero retrotrae sus efectos a la fecha de presentación de la misma.

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN BRASIL,
COLOMBIA Y ESPAÑA

I. LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN BRASIL

La protección de los derechos e intereses difusos en Brasil, como en la generalidad de los países del continente americano, estuvo fuertemente influenciada por los estudios que los italianos abordaron sobre el tema. Sin embargo, es de comentar que Brasil es pionero en Latinoamérica en cuanto se refiere a la protección y tutela jurídica de estos derechos e intereses.

1. Los derechos e intereses difusos y colectivos. Su tutela jurídica en la Constitución Brasileña de 1988

El preámbulo de la Constitución Brasileña de 1988 instituye un Estado democrático que tiene como fines garantizar el ejercicio de los derechos sociales e individuales así como el bienestar de sus ciudadanos. Reconoce la existencia de una sociedad fraterna y pluralista y, por ello, determina que uno de los objetivos fundamentales del Estado Federado radica en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, así como la reducción de las desigualdades sociales. Enarbola la dignidad humana como principio fundamental del Estado Brasileño y regula sus relaciones con los demás Estados con base en la prevalencia de los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos, la defensa de la paz y la cooperación entre los pueblos para lograr el progreso de la humanidad. Debe resaltarse, además, que en Brasil los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos y que sean aprobados conforme a la ley, gozan del rango de enmienda constitucional.

La Constitución reconoce en su artículo 255 el derecho de todos sus habitantes a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y el deber correlativo, no solo de los órganos del poder público sino también de las colectividades, de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras¹²⁵.

De igual modo, la Constitución no sólo reconoce el derecho al patrimonio histórico y cultural sino que también lo define¹²⁶. Entiende por tal los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, que son portadores de identidad, así como las formas de expresión; las formas de vida; las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; las obras, objetos, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artístico-culturales; los conjuntos urbanos y los sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.

En cuanto a la tutela de estos derechos, la Constitución Federal de Brasil establece varios mecanismos: Uno de ellos es el *mandado de segurança* previsto en el artículo 5. A través de él se protegen todos los derechos que no estén amparados por medio del *habeas corpus* o del *habeas data* frente a la ilegalidad o abuso del poder público¹²⁷. Así mismo prevé el *mandado de segurança coletivo*, instrumento que puede ser impetrado por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y por organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas que tengan por lo menos 1 año de constitución, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados¹²⁸.

¹²⁵ El Artículo. 225 de la Constitución dispone: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

¹²⁶ Así, el artículo 216 constitucional.

¹²⁷ El artículo 5, fracción LXIX, de la Constitución, establece: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

¹²⁸ Artículo 5, Fracción XII de la Constitución.

Ahora bien, con respecto a la protección de los derechos e intereses difusos propiamente tal, la fracción XXXII de dicho artículo señala que, el Estado promoverá por medio de ley la defensa del consumidor. A su vez, la fracción LXXIII regula la *acción popular* para la defensa del patrimonio público, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural.

LXXIII -qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Por otra parte, la Constitución dispone de otra garantía en caso de que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Se trata del *mandado de injunção*.

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Reste sólo comentar que estos derechos y garantías se encuentran ubicados sistemáticamente en el título correspondiente a los derechos y garantías fundamentales.

2. Los derechos e intereses difusos y su tutela jurídica en la legislación brasileña

La Ley 7.347 del 24 de julio de 1985, de Acción Civil Pública, tuvo inicialmente como fines la protección del medio ambiente, los derechos del consumidor, los derechos de valor artístico, estético, turístico y de paisaje, y en general, la tutela de todos los derechos e interese difusos y colectivos. En el 2001 se incluyó la protección del orden urbanístico. Con la entrada en vigor de la Ley 8.078 del 11 de septiembre de 1990 o Código de Protección y Defensa del Consumidor, se deroga de la Ley de Acción Civil Pública el apartado

correspondiente a la protección de los derechos difusos y colectivos en general, toda vez que dicha cláusula es recogida en este nuevo ordenamiento, al establecer que las reglas allí previstas no solo regulan los derechos de los consumidores y usuarios sino también cualquier otra controversia que involucre la protección de los derechos difusos y colectivos (artículos 110 y 117 del Código del Consumidor)¹²⁹.

A. La acción civil pública

a. Objeto

La Acción Civil Pública tiene por objeto la reparación de los daños ocasionados a los derechos difusos tutelados en la ley así como ordenar el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer. Posee además un carácter preventivo, y ello se hace palpable al posibilitar el ejercicio de la acción con el fin de evitar daños a los derechos difusos (artículos 3 y 4 de la ley).

b. Sujetos legitimados

De conformidad con la ley, están legitimados para el ejercicio de la acción civil pública, ya sea que se ejerza en forma principal o cautelar, los siguientes:

- El Ministerio Público
- La Defensoría Pública
- La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios
- Las entidades públicas, fundaciones o sociedades de economía mixta.

¹²⁹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

- Las asociaciones legalmente constituidas, con no menos de 1 año y que tengan entre sus finalidades la protección del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el orden económico, la libre competencia y el patrimonio estético, histórico, turístico y paisajístico. Sin embargo, el requisito de pre-constitución podrá ser obviado por el juez, siempre que se manifieste la existencia de un interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o bien, por la relevancia del bien jurídico protegido.

En cuanto refiere a la legitimación del Ministerio Público, su atribución viene conferida por la Constitución misma, la cual dispone que a este órgano le corresponde promover acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos (artículo 129, fracción II). La Ley también es clara en señalar que el Ministerio Público no interviene en el proceso como parte, sino en defensa de la ley, del interés general y de la legalidad del sistema jurídico. Con todo y ello, Antonio Gidi se inclina por considerar que la actuación de este ente debe estar justificada por la relevancia social con el fin de evitar la protección de intereses genuinamente privados bajo el velo de la acción colectiva¹³⁰.

Finalmente, es preciso resaltar que de acuerdo con la ley y la doctrina dominante, no existe en Brasil control judicial de la representación adecuada cuando la acción es promovida por las asociaciones. Sin embargo, el tratadista brasileño Antonio Gidi opina que “aunque no exista previsión legal expresa, el juez no sólo puede, sino que tiene el deber de evaluar la adecuada representación de los intereses del grupo en juicio”. Además, arguye:

Si –el juez- detecta la eventual inadecuación del representante, deberá, en cualquier momento del proceso, proporcionar plazo y oportunidad para que el autor inadecuado sea substituido por otro adecuado. En caso contrario, el caso debe ser extinto sin juzgamiento del mérito. Si inadvertidamente el juez

¹³⁰ Gidi, Antonio, “Legitimación para demandar en las acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, op. cit., p. 116.

alcanza el mérito de la causa, la sentencia colectiva no hará cosa juzgada material y la misma acción colectiva podrá ser nuevamente iniciada por cualquier legitimado¹³¹.

c. Desistimiento

No procede el desistimiento, toda vez que si una de las partes promoventes desistiera o abandonara el ejercicio de la acción, el Ministerio Público o cualquier otro sujeto legitimado asumirá la titularidad del proceso.

d. Procedimiento previo para el ejercicio de la acción

El actor y/o el Ministerio Público deberán recabar la información necesaria tendiente a obtener el pleno convencimiento acerca de la afectación a los derechos e intereses difusos. El Ministerio Público podrá, además, solicitar información a las entidades públicas o privadas y, en caso de que sea ésta de carácter reservado o de aquéllas en que la ley impone el sigilo, deberá indicarlo al juez para que éste las solicite. Si agotadas las diligencias previas, el Ministerio Público se encuentra convencido de la existencia de una lesión a los derechos difusos y tiene los fundamentos para demostrarlo, promoverá la acción.

e. La sentencia y sus efectos

Por regla general, la sentencia surte efectos de cosa juzgada *erga omnes*, salvo cuando ésta resulta desestimatoria por insuficiencia de pruebas, caso en el cual, cualquier legitimado podrá promover nuevamente la acción con idéntico fundamento pero allegando al proceso nuevas evidencias (artículo 16 de la ley). El promovente tiene 60 días para ejecutar la sentencia si fuere estimatoria y, en caso de no hacerlo en el plazo legal, el Ministerio Público o cualquiera de los sujetos legitimados podrá exigir la ejecución de la sentencia.

¹³¹ Gidi, Antonio, "La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo", en *Ibidem*, p. 150.

f. El fondo para la protección de los derechos e intereses difusos

La ley prevé la existencia de un fondo. Cuando en la sentencia se condene al pago de una indemnización o suma de dinero por los daños causados a los derechos e intereses difusos, ésta se destinará a un fondo cuyos recursos se aplicarán a la reconstitución de los bienes lesionados y en el que participan, necesariamente, el ministerio público y representantes de las comunidades (artículo 13).

B. *El Código de Protección y Defensa del Consumidor*

a. La diferenciación entre derechos e intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos

Como decíamos en el primer capítulo, Brasil, aunque influenciado por la doctrina italiana, fue el primer país en adoptar un criterio diferenciador de los diferentes derechos e intereses colectivos y de plasmarlo en su legislación ordinaria, dando con ello fin a la incertidumbre y ambigüedad que había circundado la noción misma de los derechos e intereses difusos y colectivos. Así, unos y otros se ven diferenciados en razón de dos factores: 1) la determinación e indeterminación de los titulares del derecho: en el primer caso, la titularidad corresponde a una colectividad indeterminada; en el segundo, a una colectividad determinada o determinable; y 2) la relación jurídica que pueda existir entre los titulares y el bien jurídico; de modo que tratándose de derechos e intereses difusos, existe una relación de hecho entre los titulares¹³²; y tratándose de

¹³² Para Antonio Gidi las circunstancias de hecho devienen de una conducta ilícita por parte de quien se encuentra obligado a respetar el derecho difuso. En mi opinión, aquéllas pueden provenir tanto de una conducta lícita como ilícita, porque podrán existir supuestos en los que la conducta se encuentre plenamente ajusta a derecho pero aún así vulnera el derecho e interés difuso. Véase a Gidi, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, op. cit., p. 34.

derechos e intereses colectivos, los titulares se encuentran vinculados por una relación jurídica. Por su parte, se asemejan en cuanto a su tras-individualidad y su indivisibilidad. Al respecto, el artículo 81 señala:

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Como se aprecia, también el legislador brasileño incluyó una tercera categoría de derechos protegidos, los llamados derechos individuales homogéneos que, como vimos, son aquéllos que posee un determinado número de personas que han sufrido un daño o perjuicio originado en una causa común, y que demandan una tutela conjunta a efecto de dar plena aplicación a los principios probatorios, de economía procesal y congruencia en las sentencias. En estos casos, la acción a incoar adopta la denominación de acción colectiva.

b. La acción

El artículo 83 del Código del Consumidor no establece una acción en particular para la defensa de los derechos e intereses protegidos por dicha normatividad, sino que, por el contrario, señala que serán admisibles todas las acciones “capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela”.

c. El objeto

El objeto de la acción es, en términos generales, el mismo que ya se ha descrito al estudiar la acción civil pública.

d. Los sujetos legitimados

En cuanto a los sujetos legitimados para la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos de los consumidores, valga comentar que son esencialmente los mismos que prevé la Ley de Acción Civil Pública y que desarrollamos con anterioridad, salvo el caso del Defensor del Pueblo, y con la particularidad de que tratándose de las entidades públicas, éstas deben estar destinadas específicamente a la protección de los derechos e intereses amparados por el Código del Consumidor.

e. La sentencia y sus efectos

Los efectos de la sentencia varían según se trate de la protección de derechos e intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos. Dado que nuestro estudio se limita a la tutela de los dos primeros, señalaremos los efectos de la sentencia en dichas hipótesis. En el primero caso –tutela de derechos e intereses difusos-, la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada produce, por regla general, efectos *erga omnes*, salvo si la pretensión fue desestimada por insuficiencia de pruebas, supuesto en el que cualquier legitimado podrá promover nueva acción valiéndose de los mismos fundamentos pero aportando nueva evidencia. En el segundo supuesto –tutela de derechos e intereses colectivos-, la sentencia tendrá efectos *ultra partes*, limitados al grupo, categoría o clase, siendo también procedente la excepción a la cosa juzgada cuando la pretensión es desestimatoria por insuficiencia de pruebas.

3. *Los derechos e intereses difusos y colectivos en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal*

El Supremo Tribunal Federal, al conocer del recurso extraordinario de la inconstitucionalidad de una norma que prescribe la exigencia de diploma de curso superior para el ejercicio del periodismo, considera que ésta es vulneratoria del

derecho constitucional de la libertad de expresión y de información, toda vez que la ley sólo puede restringir estos derechos en hipótesis excepcionales. Con motivo de dicho asunto, el Supremo Tribunal Federal reitera su jurisprudencia acerca de la procedencia de la acción civil pública así como de la legitimación del Ministerio Público para interponer ésta acción con la finalidad de proteger los intereses difusos y colectivos en los términos establecidos en los artículos 127 y 129 fracción III de la Constitución Federal. Entiende el Tribunal que constituyen derechos difusos los derechos fundamentales de toda sociedad a la plena libertad de expresión y de información¹³³.

En otras tesis, el Tribunal Federal ha reiterado también la competencia del Ministerio Público para promover acción civil pública en defensa del patrimonio público, mismo que constituye un auténtico interés difuso, y cuya competencia no riñe con la facultad del propio ente público para invocar la defensa de su propio patrimonio, caso en el cual el Ministerio Público deberá intervenir como procurador de la ley¹³⁴. El Ministerio Público, de acuerdo con el Tribunal, también está

¹³³ Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário, RE 511961 / SP - São Paulo, Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 17/06/2009, DJe-213, divulg 12-11-2009, public 13-11-2009, Ement Vol-02382-04, pp.00692: "...2. *Legitimidade ativa do Ministério Público para propositura da ação civil pública.* O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. 3. *Cabimento da ação civil pública.* A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF. 4..."

¹³⁴ Primeira Turma, RE 234439, Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 30/04/2002, DJ 14-06-2002, pp. 00148, Ement Vol-02073-05, pp.00847. Véase también: Primeira Turma, RE 248202, Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 30/04/2002, DJ 28-06-2002, pp. 00126, Ement Vol-02075-

legitimado para promover ação civil pública para a proteção do patrimônio social, el medio ambiente y de otros derechos e intereses difusos y colectivos¹³⁵.

Ahora bien, en cuanto refiere a la noción de derechos e intereses difusos, el Tribunal Federal ha considerado que son aquéllos que pertenecen concomitantemente a todos y cada uno de los miembros de la sociedad y, por tanto, constituyen bienes no individualizables o de naturaleza divisible¹³⁶. En otra tesis, también aseveró que los intereses difusos son aquellos que abarcan un número indeterminado de personas unidas por las mismas circunstancias de hecho, siendo la indeterminación de los titulares su característica fundamental, y que, por el contrario, son derechos colectivos aquéllos pertenecientes a grupos, categorías o clases de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, teniendo como característica, la determinación de los sujetos. Señaló, además, que los derechos individuales homogéneos constituyen una especie de los derechos colectivos¹³⁷.

07, pp. 01335; Tribunal Pleno, RE 208790, Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 27/09/2000, DJ 15-12-2000, pp. 00105, Ement Vol-02016-04, pp. 00865, RTJ Vol-00176-02, pp. 00957.

¹³⁵ Segunda Turma, AI 718547 AgR, Relator: Min. Eros Grau, julgado em 30/09/2008, DJe-211, Divulg 06-11-2008, Public 07-11-2008, Ement Vol-02340-13, pp. 02803. Véase también: Segunda Turma, RE 367432 AgR, Relator: Min. Eros Grau, julgado em 20/04/2010, DJe-086, Divulg 13-05-2010, Public 14-05-2010, Ement Vol-02401-04, pp. 00750.

¹³⁶ Tribunal Pleno, RE 213631, Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 09/12/1999, DJ 07-04-2000, pp. 00069, Ement Vol-01986-02, pp. 00263, RTJ Vol-00173-01, pp. 00288.

¹³⁷ Tribunal Pleno, RE 163231, Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 pp. 00055, Ement Vol-02037-04 pp. 00737: "...3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais

Finalmente, el Tribunal Federal nos aclara que debe diferenciarse claramente entre Acción Civil Pública y acción penal condenatoria toda vez que la primera constituye un instrumento de tutela judicial de derechos e intereses metaindividuales y no debe ser confundida en sus objetivos (Ley núm. 7.347/85) con la acción penal condenatoria, que tiene como finalidad demostrar la responsabilidad penal de un infractor por su participación en hechos delictuosos; en consecuencia, no existe litispendencia o prejudicialidad entre dichas acciones¹³⁸.

II. LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN COLOMBIA

1. *Los derechos e intereses difusos y colectivos. Su tutela jurídica en la Constitución Política de 1991*

El referente normativo constitucional que regula los derechos e intereses difusos en Colombia es el artículo 88, que no sólo establece una lista enunciativa de los mismos sino también su garantía, esto es, el instrumento jurídico que permite hacer exigibles estos derechos ante tribunales competentes.

para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque su a concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade...”.

¹³⁸ Primeira Turma, HC 72506, Relator: Min. Celso De Mello, julgado em 23/05/1995, DJ 18-09-1998, pp. 00002, Ement Vol-01923-01, pp. 00053, RTJ Vol-00167-01, pp. 00166.

Gran relevancia tiene la siguiente precisión: los derechos e intereses difusos son regulados conjuntamente con los denominados derechos colectivos, toda vez que ni la Constitución ni la ley diferencian entre ambas figuras. Al respecto, ha comentado la Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999:

Cabe anotar, la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común¹³⁹.

Con todo y ello, nos remitimos a las observaciones hechas en el capítulo anterior sobre la necesidad de diferenciar ambos tipos de derechos e intereses.

A. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la Constitución

Decíamos que el artículo 88 constitucional establece una lista enunciativa de los derechos e intereses difusos y colectivos. Conforme al precepto, ostentan dicho carácter los derechos e intereses relacionados con el patrimonio, el espacio público, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en la ley.

B. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos

La disposición constitucional antes citada establece que los derechos e intereses difusos serán garantizados a través de las acciones populares. Es la Ley 472 de 1998 –de carácter ordinario- la encargada de reglamentar los presupuestos procesales de la acción. Cuestiones como la jurisdicción y la competencia, la legitimación, los principios que rigen el procedimiento, los requisitos de la

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, Magistrada Ponente Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

demanda, su admisión, notificación y traslado a las partes, la coadyuvancia y las medidas cautelares, el pacto de cumplimiento, el periodo probatorio, la sentencia y sus efectos, los recursos, los incentivos ante la promoción de estas acciones así como las medidas coercitivas en caso incumplimiento del fallo, son desarrolladas en la ley.

Otro aspecto relacionado con la tutela de estos derechos e intereses atañe a la previsión de la responsabilidad civil objetiva que pueda ocasionarse por el daño inferido a los derechos e intereses difusos y colectivos.

2. Los derechos e intereses difusos y colectivos. Su tutela jurídica en la Ley 472 de 1998

Antes de continuar se impone hacer una acotación importante. La Constitución y la Ley 472 de 1998 también regulan las acciones de grupo, que corresponden a los que hemos definido en el primer capítulo como derechos individuales homogéneos. El artículo 3 de la ley define las acciones de grupo como aquéllas 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. Debe quedar claro que estas acciones no garantizan derechos constitucionales y sus fines son esencialmente de carácter restitutorio y, si bien, el daño se ocasiona a un número plural de personas y tiene como origen una misma causa, no obstante ello, los efectos de la sentencia se radican en cada una de las personas individualmente consideradas. Así lo ha sostenido la Corte en sentencia C-1062 de 2000:

El propósito es el de obtener la reparación por un daño subjetivo, individualmente considerado, causado por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares. Se insiste en este punto sobre la naturaleza indemnizatoria que evidencian las mismas, la cual configura una de sus características esenciales, así como en el contenido subjetivo o individual de carácter económico que las sustenta.

Con lo anterior, pretendemos proporcionar elementos que permitan al lector diferenciar claramente las acciones de grupo de las acciones populares en Colombia para la protección de derechos e intereses difusos y colectivos; por tanto, no se profundizará en las características de esta institución.

Volviendo a nuestro tema, es importante resaltar que la doctrina Colombiana no ha sido ajena a los desarrollos que ha tenido la institución de los derechos e intereses difusos en otras latitudes, y coincide en afirmar el carácter indivisible y supraindividual de estos derechos.

A. ¿Cuáles son los derechos e intereses difusos y colectivos?

El artículo 4 de la Ley 472 de 1998 amplía, también en términos enunciativos, la lista de derechos e intereses difusos y colectivos, a saber:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente, son derechos e intereses difusos y colectivos los definidos como tal en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Recuérdese que en Colombia los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Congreso prevalecen en el orden interno.

B. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos

a. Las acciones populares

Definidas por el artículo 2 de la ley como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos, tienen como fin evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses difusos y colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

b. Caducidad de la acción

La acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés difuso y colectivo.

c. Principios que regulan el procedimiento

El procedimiento a través del cual se tutelan los derechos e intereses difusos y colectivos se rige de conformidad con los principios constitucionales y, especialmente, por la prevalencia del derecho sustancial, la publicidad, economía, celeridad y eficacia. El Juez deberá velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

La ley establece además que el juez conocerá en forma preferente de estas acciones, excepto cuando se trate del *habeas corpus* para la protección del derecho a la libertad personal, de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales y de la acción de cumplimiento para hacer efectiva la plena observancia de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.

d. Sujetos legitimados

Están legitimados para interponer la acción popular en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, los siguientes:

1. Toda persona natural (física) o jurídica.
2. Las Organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses difusos no se haya originado con su acción u omisión.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Por su parte, la acción popular podrá dirigirse contra una persona natural (física) o jurídica de derecho privado, o bien contra una autoridad pública. El desconocimiento de los sujetos responsables no impide el ejercicio de la acción ni implica el rechazo de la demanda; en tales casos corresponderá al juez determinarlos.

e. Objeto de la acción

La acción popular se ejerce contra toda actuación u omisión que constituya una amenaza, vulnere o haya vulnerado el derecho o interés difuso y colectivo.

f. Jurisdicción

La jurisdicción que conozca de las acciones populares dependerá de la naturaleza pública o privada del sujeto responsable por la vulneración de los derechos e intereses difusos y colectivos. Así, corresponderá a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

g. La demanda

i. Podrá presentarse en forma personal por él o los interesados, así como también podrá acudir ante el Personero Distrital o Municipal, o a la Defensoría del Pueblo para que colaboren en la elaboración de la demanda o petición, así como en los eventos de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir.

ii. Requisitos de la demanda

El artículo 18 de la Ley 472 de 1998 establece los requisitos que debe contener la demanda para la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos:

- a) La indicación del derecho e interés difuso o colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;

- c) La enunciación de las pretensiones;
- d) La indicación de la persona natural (física) o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;
- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

h. Procedimiento

Una vez presentada la demanda el juez decidirá sobre su admisión. Se inadmitirá ante la ausencia de algún requisito, caso en el cual el demandante dispone de un término de 3 días para subsanarlo y, de no hacerlo, la demanda será rechazada. Si la demanda es admitida, se notifica personalmente el auto admisorio al demandado y se corre traslado por el término de 10 días para la contestación. A los miembros de la comunidad se les informa en los medios de comunicación masiva con el fin de que coadyuven en el proceso. En todos los casos se notificará al Ministerio Público, quien podrá intervenir como parte en la defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos en aquellos procesos que considere conveniente. El demandado podrá solicitar la práctica de pruebas en la contestación de la demanda.

El juez, antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, podrá decretar la práctica de medidas cautelares con el fin de prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado a los derechos e intereses difusos y colectivos. En particular, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;

- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al “Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos” los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.

Sin embargo, las partes y los interesados podrán oponerse a la práctica de medidas cautelares fundamentando que, o bien éstas ocasionan mayores perjuicios al derecho e interés difuso o colectivos que se pretende proteger; que causa perjuicios ciertos e inminentes al interés público; o bien, que genera perjuicios al demandado de una gravedad tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable. En estos casos, corresponde la carga de la prueba al interesado.

Vencido el término de traslado de la demanda, el juez cita a audiencia de Pacto de Cumplimiento, en la cual las partes podrán llegar a un acuerdo en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses difusos y colectivos, y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, si fuere posible. Si el juez no encontrare vicios de ilegalidad en el acuerdo, aprobará el pacto, conservando la competencia para su ejecución, pudiendo, asimismo, designar a una persona natural (física) o jurídica como auditor, que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto. El pacto, así aprobado, hace tránsito a cosa juzgada “salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones de carácter técnico que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto, evento en el cual la sentencia hace tránsito a cosa juzgada relativa”¹⁴⁰.

De no llegarse a un acuerdo en la audiencia de Pacto de Cumplimiento, se abre el periodo probatorio por un término de 20 días, prorrogables por veinte (20) días más, en el cual se practicarán las pruebas solicitadas por la partes siempre que fueren conducentes y pertinentes, así como las decretadas por el juez de

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-215-99, *Ibidem*.

oficio. Rigen los principios probatorios de inmediación y contradicción. En principio, la carga de la prueba corresponde al demandante, pero en caso de necesidad, el juez podrá ordenar que determinadas pruebas se practiquen con cargo al “Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos”.

Vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por un término de 5 días, al cabo de los cuales se dictará sentencia en un plazo no mayor de 20 días.

i. La sentencia y sus efectos

La sentencia estimatoria deberá contener en forma precisa una orden de hacer o de no hacer y podrá condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho e interés difuso o colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. Así mismo, fijará el monto del incentivo para el actor popular. Finalmente, el juez señalará los plazos dentro de los cuales deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y culminar su ejecución.

La sentencia hace tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general “salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior”¹⁴¹.

j. Los incentivos

La ley fija un incentivo al demandante o promovente de acciones populares cuando éste fuere persona natural (física) o jurídica de derecho privado, incentivo que tiene un valor de entre 10 y 150 salarios mínimos. Por el contrario, cuando el

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-622-07 de 14 de agosto de 2007. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

actor es una entidad pública, el incentivo se destina al “Fondo de Defensa de Intereses Colectivos”.

3. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional, atendiendo al carácter social, democrático y solidario del Estado Colombiano, fundamentado en el respeto a la dignidad humana y comprometido con la plena observancia de los derechos humanos, ha reiterado que las acciones populares tienen por naturaleza la protección de auténticos derechos humanos, derechos que surgen a la par del desarrollo tecnológico, industrial y comercial y cuya vulneración apareja perjuicios, no ya a un sujeto determinado, sino a una pluralidad más o menos extensa de individuos. En sentencia C-255 de 1999, la Corte ha señalado que:

La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.

...

La constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos.¹⁴²

A su vez, la Corte ha enfatizado en la finalidad pública que se persigue con el ejercicio de las acciones populares, toda vez que éstas no amparan derechos e intereses subjetivos, sino que tienen como fin proteger a la comunidad salvaguardando sus derechos e intereses difusos y colectivos. A propósito, comenta:

De esta forma quedó materializada la preocupación del Constituyente por superar el individualismo propio de los derechos subjetivos, amparando otros

¹⁴² Sentencia C-215 de 1999, *op. cit.*

derechos -los de carácter colectivo- cuyo desconocimiento también afecta al individuo tomado en su dimensión social, esto es, como parte de una comunidad en donde alcanza su pleno desarrollo¹⁴³.

La Corte Constitucional en sentencia C-377 de 2002 esgrime las principales características de los derechos e intereses difusos y colectivos y de su tutela jurídica en Colombia, a saber:

- Son derechos de solidaridad,
- No son excluyentes,
- Pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional,
- Generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno,
- Tienen un carácter eminentemente preventivo ya que exigen una labor anticipada de protección y, por ende, una acción pronta de la justicia para evitar su vulneración u obtener, en su caso, el restablecimiento,
- Superan la tradicional división entre derecho público y derecho privado.
- Fomentan la participación ciudadana,
- Son de amplio espectro en la medida en que no pueden considerarse como un sistema cerrado a la evolución social y política, y
- Tienen un carácter conflictivo en tanto implican transformaciones a la libertad de mercado.

III. LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN ESPAÑA

1. *Su tutela jurídica en la Constitución Española de 1978*

En España, la Constitución de 1978, en sus artículos 40, 45, 46 y 51 tutela los derechos e intereses difusos y colectivos a través de la protección al medio

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C 377-02 de 14 de mayo de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

ambiente, la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España, la defensa de consumidores y usuarios y el derecho al desarrollo. Llama la atención la ubicación de estos derechos toda vez que se encuentran plasmados en el capítulo referente a los principios rectores de la política social y económica, y no en el capítulo segundo de los derechos y libertades. Más que derechos, constituyen pues obligaciones de los poderes públicos; obligaciones de:

- Promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica.
- Velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
- Garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.
- Garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

El artículo 45 numeral 1 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sin distinción alguno a disfrutar de un medio ambiente adecuado para su desarrollo, así como el deber de conservarlo. Así mismo, el artículo 51 reconoce y protege el derecho de consumidores y usuarios, y dispone que será garantizado mediante procedimientos eficaces.

Por lo que refiere a la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos en España, es importante resaltar que la Constitución contempla una cláusula general de tutela jurisdiccional de derechos e intereses. En efecto, el artículo 24.1 prescribe que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de

los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. A su vez, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, del 1 de julio¹⁴⁴, establece que dicha tutela no sólo se predica de derechos e intereses legítimos de carácter individual sino que los jueces también podrán amparar derechos e intereses colectivos, reafirmando la previsión constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva. Señala, además, que para la defensa de derechos e intereses colectivos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

Como se aprecia, la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo abarca derechos subjetivos sino también intereses legítimos, individuales o colectivos, bastando entonces con acreditar la existencia de “una mera utilidad o ganancia que puede obtener quien ejercita la acción”¹⁴⁵.

2. Su tutela jurídica en la legislación

En el plano legislativo, la tutela de derechos difusos y colectivos se encuentra prevista en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios –Ley 26/1984-, y se regula también por las directivas comunitarias. Es importante considerar que la legislación española se ha preocupado por adecuar su normatividad al contenido de las Directivas aprobadas por la Comunidad Europea en torno a la protección de los consumidores y usuarios, especialmente en materias como los contratos de adhesión, los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la actividad publicitaria ilícita, las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o el crédito al consumo, entre otras, previendo al

¹⁴⁴ <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords>

¹⁴⁵ Silguero, Joaquín, “Las acciones colectivas de grupo en España”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003, p. 338.

efecto la acción de cesación¹⁴⁶. En dicho sentido, la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo, ha sido adoptada por el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre de 2002.

Valga comentar que en España no existe un proceso especial para la tutela de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, por tanto, se aplican las reglas del proceso declarativo, ya sea mediante juicio ordinario, o bien, por medio de juicio verbal, conforme a las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Aunado a lo anterior, y como ya se ha comentado, el legislador consagra como garantía para la defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios en sus diversas manifestaciones, la acción de cesación.

Con todo y ello es preciso señalar que la tutela de derechos e intereses colectivos y difusos en España es bastante deficiente pues aunado a la dispersión normativa y a los múltiples vacíos y lagunas de la ley, las disposiciones previstas en la LEC están constreñidas a la defensa de consumidores y usuarios y no parece que su aplicación sea extensiva a otros derechos e intereses colectivos, salvo el caso relacionado con los contratos de adhesión¹⁴⁷. Cuestiones relacionadas con los criterios para determinar la representatividad de una

¹⁴⁶ La Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, que contemplaba la acción de cesación en los casos de violación de derechos difusos y colectivos de los consumidores y usuarios por publicidad de medicamentos de uso humano, estuvo vigente hasta el 28 de julio de 2006. Actualmente, derogada. Así mismo, la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva, y que contemplaba la acción de cesación en los casos de violación de derechos difusos y colectivos de los consumidores y usuarios por actividad de Radiodifusión Televisiva estuvo vigente hasta el 1 de mayo de 2010. Actualmente derogada. Por otro lado, la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, también preveía en el artículo 13 la acción de cesación contra las conductas contrarias a dicha ley que lesionaran los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, pero estuvo vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, por lo que se encuentra derogada.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 347.

asociación, la concurrencia entre varios legitimados o entre varias asociaciones, la posibilidad de utilizar mecanismos de autocomposición de conflictos, el costo de las notificaciones y la publicidad de la demanda, son algunos de los tópicos sin regular.

A. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos: los derechos de usuarios y consumidores

La Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia claramente entre derechos e intereses colectivos propiamente tal y derechos e intereses difusos, adoptando el criterio de la determinación o indeterminación de los titulares del derecho. En la primera hipótesis, son titulares de los derechos colectivos un grupo de consumidores o usuarios, determinados o determinables, que han sido perjudicados por un hecho dañoso; en la segunda hipótesis, son titulares de los derechos difusos una pluralidad de consumidores o usuarios que es indeterminada o de difícil determinación, y que han sido perjudicados por un hecho dañoso. Es importante tener clara esta diferencia porque tiene incidencia en la regulación de la legitimación procesal.

a. La acción de cesación

La Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios –Ley 26/1984- prevé la acción de cesación. A través de ella el actor podrá obtener una condena judicial en contra del proveedor de servicios, la orden de cesar un comportamiento lesivo y la prohibición de utilizar o recomendar cláusulas abusivas, así como la prohibición de reiteración futura de dichos comportamientos. A su vez, podrá obtener el pago de la indemnización por los perjuicios causados.

Artículo 10 ter

...

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de

dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

b. Sujetos legitimados

En España, de conformidad con la LEC están legitimadas para la defensa de los derechos e intereses *difusos* de consumidores y usuarios “exclusivamente” las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, que, conforme a la Ley, sean representativas¹⁴⁸. Así, las asociaciones de consumidores y usuarios podrán defender en juicio los derechos e intereses generales de los consumidores y usuarios. En cambio, para interponer acción de cesación en defensa de los derechos e intereses *colectivos* de consumidores y usuarios (cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables¹⁴⁹) están legitimadas las asociaciones de consumidores y usuarios; las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos; y los propios grupos de afectados.

Así mismo, están legitimados para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea¹⁵⁰. La intervención del Ministerio Fiscal es discrecional y está limitada por la existencia de un interés social.

A su vez, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios –Ley 26/1984- faculta también al Instituto Nacional del Consumo y a los órganos o

¹⁴⁸ Señala el tratadista Joaquín Silguero que “esta exigencia se justifica en la adecuada gestión del interés colectivo y en la propia sustitución procesal de los afectados, pero no es objeto de mayor concreción en la LEC”. *Ibidem*, p. 351.

¹⁴⁹ Joaquín Silguero advierte que al hablarse de “perjudicados por un hecho dañoso” la ley no se limita a la necesaria existencia de una pretensión condenatoria referente al deber de indemnizar. *Ibidem*, p. 349.

¹⁵⁰ LEC, Artículos 6, numeral 1, fracc. 8, y artículo 11 numerales 3 y 4.

entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores, así como a las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” (artículo 10 ter numeral 3).

El legislador prevé, además de los ya señalados, otros supuestos de legitimación en materias específicas, así por ejemplo, cuando los derechos difusos o colectivos tienen relación con las condiciones generales de la contratación, se legitima a los colegios profesionales legalmente constituidos, a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, y a las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros¹⁵¹; o cuando la vulneración de estos derechos e intereses se ocasionan con motivo de publicidad ilícita, también en estos casos estarán legitimados los titulares de un derecho o de un interés legítimo¹⁵².

En cuanto al sujeto vulnerador del derecho, la Ley 26/1984 establece que la acción de cesación se dirigirá contra las conductas de empresarios o profesionales que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

c. Jurisdicción

En España es la jurisdicción civil la que conoce de la vulneración de los derechos e intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios.

¹⁵¹ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

¹⁵² Véanse los artículos 32 y 33 de Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. (Vigente) reformados por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Anótese que si bien la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE nº 274, 15-Nov-1988) se encuentra vigente, el título IV referente a la acción de cesación, fue derogado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

d. La demanda, requisitos y notificaciones

De conformidad con el artículo 437 de la LEC, la demanda en los juicios verbales debe contener los siguientes requisitos: consignar los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o domicilios en que pueden ser citados, así como fijar con precisión las pretensiones, mismas que podrán ser declarativas o de condena¹⁵³ (art. 221 LEC).

En los casos de defensa de derechos colectivos en *stricto sensu*, el demandante deberá notificar en forma personal a todos los interesados la presentación de la demanda (si bien, la norma dispone que deberá comunicárseles el propósito de demandar, es claro que afectos de lograr la comparecencia al proceso, la demanda deberá haberse presentado en el juzgado competente y notificarse aún cuando no haya sido admitida¹⁵⁴). Una vez efectuadas las notificaciones en la forma prevista, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieren precluido.

En cambio, tratándose de derechos difusos, la notificación a los miembros de la colectividad (indeterminada o de difícil determinación) se efectuará a través de una publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. Entre tanto, se suspenderá el curso del proceso por un plazo que no exceda de 2 meses, mismo que será determinado atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades para determinar y localizar a los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la

¹⁵³ Joaquín Silguero señala como ejemplos de una pretensión declarativo en los juicios de defensa de derechos de usuarios y consumidores la declaración de un acto de competencia desleal, de la nulidad o caducidad de una marca o el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación; contrario sensu, serán pretensiones de condena, la cesión o rectificación de publicidad ilícita, la cesación o prohibición de actos de competencia desleal, por citar algunos. Joaquín Silguero, *op. cit.*, p. 357.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 364-365.

“personación” individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses por medio de la acción ejecutiva (artículo 15 LEC). La suspensión no afectará en ningún caso la procedencia de las medidas cautelares.

Por su parte, en los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación, se exceptúa el deber de notificar en los términos aquí señalados.

e. Procedimiento

Como hemos comentado, la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se tramita en proceso declarativo verbal (artículo 250, apartado 1, numeral 12 de la LEC). En contraste, se tramitan en juicio ordinario, en razón de la materia y con independencia de la cuantía, las demandas que versen sobre competencia desleal, defensa de la competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no recaigan exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. Así mismo, corresponde tramitar en juicio ordinario las acciones relativas a condiciones generales de contratación. No obstante, en este último supuesto y en materia de publicidad, se aplicará el juicio verbal cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

f. La sentencia, sus efectos y su ejecución¹⁵⁵

Las sentencias que resuelvan pretensiones relacionadas con la vulneración de derechos e intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios (incluyendo las derivadas de la acción de cesación), se sujetan a las reglas siguientes:

¹⁵⁵ Artículo 221 y 519 de la LEC.

a) Si la sentencia es condenatoria de una obligación de dar, hacer o no hacer cosa específica o genérica, deberá determinar individualmente los consumidores y usuarios beneficiados por la condena. Si no es posible identificar a los perjudicados, 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. “De esta forma, la acción de resarcimiento de daños se estaría ejercitando a modo de acción declarativa y el resarcimiento a nivel individual”¹⁵⁶. Es lo que en derecho procesal se ha denominado *condena en abstracto*. En este caso, los interesados solicitarán al juez de ejecución que sean reconocidos como beneficiarios de la condena, y éste, con audiencia del condenado, resolverá si reúnen las características y requisitos establecidos en la sentencia. Con dicho auto, los interesados podrán promover la acción ejecutiva. De este modo, se busca garantizar al máximo los derechos e intereses de los miembros del grupo que no comparecieron en la fase declarativa”¹⁵⁷.

b) Si la sentencia es declarativa (sea que la declaración devenga como presupuesto de condena, o como pretensión principal o única) y se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

c) Si hubieren intervenido en el proceso consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

En cuanto refiere a la publicidad de la sentencia, la ley establece que sólo si el Tribunal lo considera procedente se publicará la sentencia en forma total o parcial, a costa del demandado; o cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, podrá publicarse una declaración rectificadora.

La sentencia debe ser congruente, esto es, resolver las pretensiones invocadas en la demanda y en la contestación. Produce efectos de cosa juzgada material, lo cual excluye la posibilidad de iniciar un nuevo proceso con el mismo

¹⁵⁶ Joaquín Silguero, *op. cit.*, p. 367.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 368-369.

objeto, las mismas partes y los mismos hechos. Los efectos de la sentencia se extienden a las partes del proceso, a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos difusos y colectivos, que comparecen al proceso por medio de los sujetos legitimados (asociaciones de consumidores o usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea). Con ello, la LEC no hace más que extender los efectos de la sentencia a todos los miembros del grupo, sean favorables o adversos a sus pretensiones. Sin embargo, a juicio de Joaquín Silguero, “la extensión de la cosa juzgada no puede alcanzar al consumidor y usuario que no ha hecho uso de la facultad de beneficiarse de la condena obtenida mediante el ejercicio de la acción en nombre del grupo”¹⁵⁸.

3. Los derechos e intereses difusos y colectivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo

Sobre el concepto de derechos e intereses difusos, el Tribunal Constitucional de España ha reiterado el carácter indeterminado de los titulares de los mismos. Así puede apreciarse en la sentencia emitida por la Sala Segunda al conocer del recurso de amparo contra una sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la cual se condena a un notario como cómplice de un delito continuado de estafa. Se preguntarán, ¿qué tiene esto que ver con los derechos e intereses difusos? Pues bien, en la sentencia de casación se argumentó que los notarios deben velar por salvaguardar los intereses difusos y colectivos de la comunidad, máxime cuando “al notario le consta que tales títulos obligacionales van a ser ofertados al público en general”, pues en algunos trámites notariales como en el instrumento público objeto de estudio “no se encuentran presentes todos los afectados por el negocio jurídico, como ocurre en otras autorizaciones notariales, sino que la emisión va dirigida precisamente a una colectividad indeterminada”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 361-362.

¹⁵⁹ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 328/2006, de 20 de noviembre.

También el Pleno del Tribunal Supremo, en sentencia proferida el 31 de mayo de 2006 (Rec. Ordinario 38/2004), manifestó que:

f) Otro de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional.

Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos -reconocidos por el art. 7 de la LOPJ , como aptos también para generar un título legitimador- se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos.

A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/81 de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido)¹⁶⁰.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en sentencia del día nueve de junio de dos mil, retoma la jurisprudencia que ha emitido sobre el interés legítimo y su aplicación a los derechos colectivos y difusos:

...Basta con recordar que este Tribunal Supremo ha definido el interés legítimo (así, entre otras, en su sentencia de 1 de julio de 1985) como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un beneficio o un servicio inmediato; o que en la sentencia de 14 de julio de 1988 , al aceptar uno de los fundamentos de la apelada, reconoció que para que exista el

¹⁶⁰ Sentencia proferida por la III Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo a 31 de mayo de 2006. <http://sentencias.juridicas.com/index.php>

interés basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja.

Siendo oportuno, también recordar que nuestra jurisprudencia, si bien no reconoce la legitimación fundada en el mero interés por la legalidad, o en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal (S. 12.4.1991), sí ha ido reconociendo como incluíbles en el concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y, asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos y los difusos. Y recordar, en fin, que en relación a estos últimos se acepta como posible la modalidad del ejercicio individual y no sólo colectivo, justificada por el hecho de que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso está en ocasiones defendiendo su propio círculo vital afectado, al proyectarse aquel interés sobre su esfera personal¹⁶¹.

En cuanto a la legitimación activa, entendida de antaño con un criterio amplio y anti-formalista, de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

En concordancia con lo expuesto no puede dejar de recordarse que este Tribunal... ha reconocido expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecte los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FFJJ 4 y 5; y 219/2005, de 12 de septiembre, FFJJ 2 y 3)¹⁶².

¹⁶¹ Citada en la sentencia proferida por la III Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo a 26 de junio de 2007. <http://sentencias.juridicas.com/index.php>

¹⁶² Tribunal Constitucional, Sala Primera. Sentencia 217/2007, de 8 de octubre de 2007. En esta sentencia, la Sala Primera del Tribunal Constitucional concede el recurso de amparo a “Óvalo Asociación de Consumidores y Usuarios”, en el entendido de que se ha vulnerado su “derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al proceso, del que es instrumento el derecho a la asistencia jurídica gratuita”.

Arguye el máximo Tribunal –Constitucional- que las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente inscritas y registradas están legitimadas tanto para ejercitar acciones colectivas como individuales y, en ambos casos, gozan del derecho a la asistencia jurídica gratuita “cuando esas acciones en defensa de los derechos e intereses de sus asociados guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, sin que vengan obligadas a acreditar que el asociado, cuyos derechos o intereses defienden, carece de suficientes medios económicos propios para litigar”.

En cuanto a los derechos e intereses difusos propiamente, el Tribunal Constitucional, a propósito del derecho a un medio ambiente sano, conoce del recurso de inconstitucionalidad contra una disposición normativa que vulnera la Constitución. Si bien, el punto central del debate gira en torno a la distribución de competencias, vale la pena citar uno de los principales argumentos del actor, toda vez que el recurso se fundamenta en la existencia de un bien jurídico que, a juicio del actor, constituye un derecho difuso: “Resulta evidente que la redistribución de aguas sobrantes de cuencas excedentarias a que se refiere el precepto impugnado, no es, pese a su formulación, un derecho individual o personal sino, a lo sumo, un derecho colectivo o del conjunto de los habitantes de la Comunidad Valenciana”¹⁶³.

Finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce en sentencia el carácter preventivo de la protección de los derechos e intereses difusos dada su vinculación con el interés general:

...es cierto que la defensa del interés general y del derecho a un medio ambiente adecuado puede requerir la intervención del Estado, para evitar daños irreparables, pero ello ha de realizarse asegurando un adecuado equilibrio entre el respeto de las autonomías territoriales y la necesidad de evitar que éstas conduzcan a separaciones o compartimentaciones que desconozcan la propia unidad del sistema.¹⁶⁴

¹⁶³ Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 249/2007, de 13 de diciembre de 2007.

¹⁶⁴ STC 329/1993, de 12 de noviembre de 1993.

CAPÍTULO TERCERO
LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN MEXICO
Y SU TUTELA JURÍDICA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sea lo primero comentar que la defensa de una Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido para conservar la normativa constitucional y prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las disposiciones constitucionales tanto desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad política social, como material –real-, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas que establece la propia Carta. La protección de la Constitución, entonces, se integra por los factores políticos, económicos, sociales, que han sido recogidos por la norma constitucional para limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta, no sólo respecto de sus atribuciones sino también frente al respeto a los Derechos Humanos, pero además, por las garantías constitucionales, entendidas como los instrumentos jurídicos de naturaleza procesal dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder.

De ahí que, constituyen medios protectores de la Constitución, la división de poderes, la participación de los grupos sociales y de los partidos políticos, la regulación de los recursos económicos y financieros, los principios jurídicos de supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma constitucional. A su vez, son garantías constitucionales previstas en el ordenamiento constitucional mexicano, el juicio de amparo (art. 103 y 107), las controversias constitucionales (art. 105, fr. I), la acción abstracta de inconstitucionalidad (art. 105 fr. II), el

procedimiento de investigación a cargo de la Suprema Corte de Justicia (art. 97 p. 2º), el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales (art. 99 fr. V), el juicio de revisión constitucional electoral (art. 99 fr. IV), el juicio político (art. 110) y, finalmente, los organismos autónomos protectores de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del *ombudsman* (art. 102, apartado B).

Basta echar una mirada a los diversos instrumentos jurídicos de control y tutela de derechos para concluir que en México no existen garantías para la protección efectiva de los derechos e intereses difusos y colectivos. Veamos.

1. *Instrumentos de control y tutela de derechos en la Constitución Mexicana*

A. *El juicio de amparo*

Del acta de reformas de 1847 surge el juicio de amparo a nivel federal, el cual constituye un medio de defensa de la Constitución que tutela garantías individuales¹⁶⁵ o derechos fundamentales, que tiene por objeto evitar el abuso del poder y, en la medida de lo posible, restituir al quejoso en el goce de la garantía violada. Su fin es tutelar o proteger la Constitución y constreñir a las autoridades a que sus actos se ciñan a ella. Así, en el juicio de amparo, la acción se vincula con la pretensión de tutelar las garantías individuales¹⁶⁶ del gobernado, que se estima fueron conculcadas por un acto de autoridad.

Los fundamentos constitucionales del juicio de amparo son los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos; en el primero se enlistan los supuestos de procedencia; en el segundo, se da la pauta y desarrollo del juicio, así como sus principios fundamentales.

¹⁶⁵ A partir de la reforma aprobada por ambas Cámaras del Congreso de la Unión y por la mayoría de las Legislaturas Estatales a diversas disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos, el Capítulo I del Título Primero de la Constitución, ya no se denominará “*De las garantías individuales*” sino “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*”. El Decreto fue publicado en el D.O.F. el 10 de junio de 2011.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

El juicio de amparo siempre procede a instancia de parte agraviada, lo cual significa que en ningún caso procede oficiosamente, ya que resulta necesario el ejercicio de la acción constitucional del gobernado mediante la cual se ataque el acto de autoridad que considere lesivo de sus derechos. Es indispensable pues que alguien lo promueva, ya sea por sí mismo o por *interpósita* persona. Este principio devine de lo preceptuado en los artículos 107 fracción I constitucional y 4 de la Ley de Amparo.

Ahora bien, teniendo claro el objeto del juicio de amparo, veamos por qué resulta insuficiente para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos. En primer lugar, porque para que el juicio de amparo sea procedente requiere la configuración de un *agravio personal y directo*, el cual hace referencia a la existencia de un menoscabo u ofensa que recae y se concreta en una persona física o moral (jurídica) determinada y que, sin ser necesariamente patrimonial, sea apreciable objetivamente y consista en una afectación real, no subjetiva, cuya realización sea pasada, presente o inminente, y no simplemente eventual, aleatoria o hipotética.

En segundo lugar, porque exige la presencia de un interés jurídico. El *interés jurídico*, en lo general, es la pretensión que se encuentra reconocida por las normas de derecho, que tienden a satisfacer las necesidades fundamentales de los individuos y grupos sociales; está referido a la titularidad de los derechos afectados con el acto reclamado, de manera que sólo el sujeto de esos derechos puede interponer el juicio de garantías y no otra persona. Así, el interés jurídico es el cúmulo de los derechos reconocidos por la ley en beneficio de una persona determinada. Pero no basta el reconocimiento de derechos, sino que deben estar garantizados, esto es, habrá un interés jurídico cuando los derechos gozan de tutela jurídica, es decir, cuando existen preceptos legales que les otorgan los medios para lograr su defensa así como la reparación del perjuicio que les irroga su desconocimiento o violación. De este modo, por interés jurídico debe entenderse la existencia de un derecho tutelado, que al ser transgredido por la actuación de una autoridad, faculta a su titular para demandar ante el órgano constitucional el cese de esa violación, siendo, por tanto, ese derecho protegido

por el ordenamiento legal lo que constituye el interés jurídico que la Ley de Amparo toma en cuenta para la procedencia del juicio constitucional.

Contrario sensu, existirá falta de interés jurídico “cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico subjetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que éste tenga la capacidad, otorgada por dicho orden, para imponerse coercitivamente a otros sujetos”; o cuando el gobernado tiene un mero interés simple, que se da cuando la norma jurídica objetiva no establece a favor de la persona la facultad de exigir, sino que consigna solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, al ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada, en vista de que el ordenamiento jurídico no le otorga la facultad para exigir coactivamente su respeto¹⁶⁷.

En tercer lugar, porque las sentencias proferidas en los juicios de amparo sólo producen *efectos relativos*, esto es, frente a las partes. Así lo dispone el artículo 76 de la ley de amparo

Artículo 76.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

En cuarto lugar, porque el juicio de amparo se rige, en términos generales, por el principio dispositivo.

Otro aspecto que dificulta la tutela de los derechos difusos y colectivos a través del amparo, es el criterio sentado por jurisprudencia conforme al cual el interés jurídico debe estar plenamente probado¹⁶⁸.

Y es que si bien la Corte durante el siglo XIX sostuvo una concepción amplia de la legitimación en el juicio de amparo, decretando su procedencia para la protección

¹⁶⁷ Tesis Aislada, Séptima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, vol. 37, Primera Parte, 18 de enero de 1972, p. 25. (registro 233516)

¹⁶⁸ Así por ejemplo, véase la Tesis Aislada, Séptima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, 187-192 Primera Parte, p. 47 (registro 232283).

de intereses urbanísticos, estéticos e incluso de simple comodidad¹⁶⁹, el criterio varía en el año de 1972, cuando la Corte declara improcedente el amparo por considerar que los intereses urbanísticos, estéticos, sanitarios y de comodidad carecen de tutela jurídica¹⁷⁰. Así pues, durante el siglo XX y primera década del siglo XXI, la Suprema Corte y el Poder Judicial Federal condicionaron la procedencia del amparo al acreditamiento del interés jurídico, entendido ya como derecho subjetivo¹⁷¹.

Con todo y ello, hay evidencias de algunos casos aislados en los cuales la Corte, al conocer del amparo 1081/80 consideró que “sería ilógico sostener que quien vive en una colonia carece de interés en el aspecto urbano de la misma, y en las áreas verdes y zonas públicas, siendo así que tales cosas afectan individualmente el valor económico y estético del lugar en que escogieron vivir”¹⁷². Relacionado con lo anterior, en 1996, el ministro Góngora Pimentel emitió un voto particular contra la decisión mayoritaria de no ejercer la facultad de atracción para conocer del amparo en revisión 861/96. En dicho voto se manifestó la necesidad de atraer el asunto por implicar el estudio de la legitimación de una organización civil constituida para la defensa del medio ambiente, para impugnar un acto administrativo de carácter general emitido por la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca¹⁷³.

Como puede observarse, son varios los obstáculos que presenta el juicio de amparo como medio idóneo y eficaz para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos. No obstante lo anterior, hay quienes insisten en la viabilidad de reformar el juicio de amparo para cobijar en él, en forma eficaz, la protección de los derechos difusos y colectivos, cuando la afectación se derive de un acto de

¹⁶⁹ Primera Época del Semanario Judicial de la Federación. Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 105, 2002, pp. 41-42.

¹⁷⁰ Amparo en Revisión 2747/69 Alejandro Guajardo y otros (acumulados), 18 de enero de 1972, Unanimidad de 19 votos, Ponente: Abel Huitrón.

¹⁷¹ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷² Véase también, en el mismo sentido, el amparo 264/80.

¹⁷³ Véase en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos*, 2 ed., México, Porrúa, 2004, p. 43.

autoridad, tal como se hizo en su momento para tutelar los derechos colectivos de los ejidos y las comunidades indígenas. Abogan, por tanto, en la necesidad de transitar hacia un amparo colectivo, tomando como referente el *mandado de seguridad colectivo* brasileño o la acción de amparo colectiva prevista en la legislación argentina¹⁷⁴.

Y es que, como veremos, el juicio de amparo en materia social agraria constituyó en su momento un primer acercamiento para tutelar derechos e intereses colectivos, pero implicó también revertir algunos de los postulados del juicio de garantías.

Otro argumento para extender el juicio constitucional de garantías a la tutela de estos derechos e intereses, es la interpretación que ha venido haciendo la Corte acerca de la determinación del interés para la procedencia del juicio ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, estableciendo que basta con acreditar la existencia de un interés legítimo, siendo también procedente, por mayoría de razón, la admisibilidad de un interés jurídico. En efecto, al resolver la contradicción de tesis 69/2002, la Corte ha precisado la diferencia entre interés jurídico y legítimo, señalando que “mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados...”¹⁷⁵.

Finalmente, resulta de importancia comentar que el día 19 de marzo de 2009, los senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam y otros, presentaron una iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan algunos artículos de la Constitución relacionados con el juicio de amparo, dictamen que fue aprobado el 10 de diciembre de 2009 por el Pleno del

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. XIX-XX.

¹⁷⁵ Tesis 2 a./J. 141/2002, Novena Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, diciembre de 2002, p. 241 (registro 185377). Rubro: “Interés legítimo e interés jurídico. Ambos términos tienen diferente connotación en el juicio contencioso administrativo”.

Senado de la República y el 7 de diciembre de 2010 por Cámara de Diputados. La reforma, que ya es Ley de la República¹⁷⁶, se propone, entre otras:

- ampliar el objeto del juicio de amparo integrando a su ámbito de protección a los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano.
- introducir la figura del interés legítimo permitiendo que se constituya como quejoso en el amparo, aquella persona que resulte afectada por un acto que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o, no violentando directamente el derecho, se afecte la situación jurídica derivada del propio orden jurídico.
- otorgar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de emitir una declaración general en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca jurisprudencia por reiteración y se determine la inconstitucionalidad o la interpretación conforme de una norma general respecto a la Constitución.

Al modificarse el artículo 103 constitucional como lo establece el dictamen¹⁷⁷, los Tribunales de la Federación podrán conocer de controversias suscitadas por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano. Con ello, al otorgar el carácter de derechos humanos a todos los derechos reconocidos en la Constitución, el constituyente permitirá complementar la defensa judicial de los llamados derechos de tercera generación, entre los que resaltan los derechos e intereses difusos.

¹⁷⁶ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el D.O.F el 6 de junio de 2011.

¹⁷⁷ *Idem*.

Por otra parte, la reforma al artículo 107 constitucional que contiene las bases del juicio de amparo, si bien ratifica el principio de instancia de parte agraviada y la relatividad de los efectos de la sentencia, es de aplaudir la incorporación del concepto de interés legítimo, bien sea individual o colectivo, siendo entonces procedente el juicio constitucional por la vulneración de derechos reconocidos por la constitución cuando los actos reclamados afecten la esfera jurídica del interesado, ya sea de manera directa, o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Como se aprecia el legislador mexicano introduce una especie de amparo colectivo, lo que sin duda constituye un avance significativo en la materia. Es una lástima que la reforma sólo haya previsto la declaratoria general de inconstitucionalidad en los juicios de amparo contra leyes y siempre que se reúna una mayoría calificada de ocho votos y que no recaiga sobre normas generales en materia tributaria. La disposición en comento reza:

Artículo 107.

I.

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que versee la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria¹⁷⁸.

...

¹⁷⁸ *Idem.*

Sin embargo, es de la opinión de quien escribe que es preciso diseñar nuevos mecanismos jurídicos que permitan tutelar eficazmente los derechos e intereses difusos y colectivos, lo cual no podrá lograrse a través del amparo, institución que si bien surgió como instrumento para tutelar derechos individuales contra actos de autoridad y como control de constitucionalidad de leyes, su ámbito de aplicación se ha ido ensanchando, a tal grado de fungir como recurso de casación, amparar derechos agrarios y como juicio contencioso administrativo – aunque en estos dos últimos casos, cada vez ya menos.

B. *La acción de inconstitucionalidad*

Las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto la conservación de la regularidad constitucional de las normas generales que componen el ordenamiento jurídico con miras a declarar su invalidez, con efectos generales, si llegase a advertirse alguna contrariedad entre ellas y la Carta Magna. Ha sido explicada por constitucionalistas mexicanos como un mecanismo de contrapeso, de tal suerte que las minorías políticas puedan cuestionar las decisiones de las mayorías en el supuesto de que la decisión tomada por ésta contraríe el texto constitucional, y ello se fundamentó bajo el entendido de que el ejercicio del poder político conlleva el enfrentamiento de intereses diversos, que van a desencadenar procesos de validación de la creación de normas jurídicas¹⁷⁹. En este contexto, pudiera suceder que se forme una mayoría suficiente en alguno de los órganos legislativos arrojando como resultado la aprobación de una ley o decreto, decisión que no obstante contar con la anuencia de la mayoría, no garantiza su consonancia respecto del texto constitucional, de ahí que las minorías puedan impugnar, de manera directa y abstracta, la constitucionalidad de la ley¹⁸⁰. De este

¹⁷⁹ Cossio, José Ramón, "Comentarios", *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional*, 7 ed., México, LIX legislatura, t. XIX, pp. 599- 600.

¹⁸⁰ Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 112.

modo se justifica la legitimación conferida al 33 % de los integrantes de la Cámara de Diputados y de Senadores, de las legislaturas de los Estados o de la Asamblea del Distrito Federal; así como al Procurador General de la República, en tanto garante de la legalidad de orden jurídico.

A su vez, la reforma introducida al artículo 104 constitucional, en 1996, confirió legitimación a los partidos políticos para impugnar la contrariedad de normas electorales con la Constitución Federal siempre que se hubiesen promulgado con 90 días de anticipación. Finalmente, en el 2006, se legitima a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para impugnar leyes de carácter Federal, Estatal y del Distrito Federal, así como tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución. Asimismo atribuye legitimidad a los organismos protectores de derechos humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, y a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Por lo que refiere a los efectos de las sentencias proferidas en acción de inconstitucionalidad, la Constitución establece que sólo producirán efectos generales cuando se obtenga una mayoría calificada de 8 votos.

De lo visto se concluye que la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto tutelar la supremacía constitucional y no los derechos de los individuos o de la colectividad.

C. La controversia constitucional

En breves palabras, las controversias constitucionales tienen por objeto velar por la plena vigencia del Estado Federal y la división de poderes¹⁸¹. Si bien sus antecedentes se remontan a la Constitución de 1824, en la actualidad, este

¹⁸¹ Cossio Díaz, José Ramón, "Artículo 105 Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. II, pp. 973-975.

instrumento procesal que ha gozado de varias reformas, faculta a la Suprema Corte de Justicia para conocer de las controversias de carácter constitucional en razón de la invasión de las atribuciones y competencias que la Constitución le ha otorgado a la Federación, a los Estados, a los municipios, al Distrito Federal, al Congreso de la Unión o a cualquiera de sus cámaras. En razón de ello, el artículo 105 constitucional establece:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

- a).- La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b).- La Federación y un municipio;
- c).- El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d).- Un Estado y otro;
- e).- Un Estado y el Distrito Federal;
- f).- El Distrito Federal y un municipio;
- g).- Dos municipios de diversos Estados;
- h).- Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i).- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j).- Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k).- Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

En cuanto a los efectos de la sentencia, es de resaltar que éstos podrán ser generales o particulares, lo cual dependerá de la hipótesis en la que nos encontremos. Así, para que una sentencia emitida en una controversia constitucional tenga efectos generales requerirá que se reúnan dos requisitos *sine qua non*, a saber, a) que la controversia verse sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios, impugnadas por la Federación; de los municipios impugnadas por los Estados; entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sea como órganos federales o del Distrito Federal; entre dos

Poderes de un mismo Estado o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y b) que la resolución proferida por la Suprema Corte de Justicia hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones tendrán efectos relativos.

Como se aprecia, tampoco este instrumento de control permite la tutela de derechos colectivos y difusos, pues garantiza la protección de la división de poderes, indispensable en todo Estado que se repute de Derecho.

D. El juicio de revisión constitucional electoral

Esta garantía constitucional se encuentra prevista la fracción VI del artículo 41 y en la fracción IV del artículo 99, ambos de la Constitución Federal, y tiene por objeto, en términos generales, la impugnación de actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias surgidas durante ellos. Es procedente siempre que dichos actos se encuentren en firme; violen algún precepto de la Constitución; la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; y si la reparación solicitada es material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales, o es factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electorales.

Es competente para conocer de este juicio, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en forma uni-instancial, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como del Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal.¹⁸²

Si bien este instrumento de control constitucional se circunscribe a velar por la constitucionalidad de los actos electorales por medio de los cuales los

¹⁸² *La Defensa de la Constitución*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, t. 5, p. 82.

representantes del pueblo toman posesión de su cargo, quizá pudiera llegar a entenderse la viabilidad de configurar un derecho colectivo toda vez que la legitimación para la interposición del juicio recae en una colectividad determinada, como lo son, los partidos políticos, que invocan la contrariedad de algún acto de la autoridad electoral frente a la Constitución, velando por el derecho difuso a la legalidad del orden jurídico y la transparencia de los procesos electorales.

E. El juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano

Fundamentado en la segunda parte de la fracción VI del artículo 41, y en la fracción V del artículo 99 de la Constitución Política, constituye un instrumento procesal paralelo al juicio de amparo, que pueden promover los ciudadanos para impugnar actos de autoridades electorales que hayan resultado violatorios de sus derechos políticos. El amparo no procede en este caso porque los derechos político-electorales no son considerados garantías individuales, sino prerrogativas del ciudadano mexicano¹⁸³. Está facultado para conocer de este juicio el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a través de la Sala Superior, aunque también pueden conocer de él sus Salas Regionales y, previo a su promoción, se deben agotar las instancias que existan para lograr reparar el derecho político-electoral violado. Los fallos emitidos por este tribunal son definitivos e inatacables, pudiendo consistir sus efectos en invalidar el acto o la resolución combatidos, restituyendo al afectado en el goce del derecho político-electoral violado, sin que ello conlleve la inaplicación de la ley considerada inconstitucional en que se sustentó el acto.

Este medio de control constitucional tampoco se erige en instrumento que permita tutelar derechos difusos y colectivos, toda vez que sólo el ciudadano podrá interponerlo cuando sus derechos individuales a votar y ser votado, a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos han sido conculcados. No busca, por tanto, amparar el derecho difuso que posee cualquier

¹⁸³ *Ibidem*, p. 84.

individuo a solicitar que se conserve la legalidad del orden jurídico, sino la modificación y revocación del acto y, con ello, el restablecimiento del derecho, que constituye el fin principal de esta acción.

F. *La facultad de investigación de la Corte*

A través de este medio de control constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación “pone en evidencia una violación a la Constitución o a las leyes que de ella derivan; e, indirectamente, obliga a las autoridades competentes a investigar, perseguir y sancionar...; ese control sólo es entendible y justificable como excepción; solo es admisible ante la gravedad de los hechos y la inactividad de las autoridades responsables para conocer de ellos.”¹⁸⁴

La facultad *investigatoria* de la Corte se encuentra regulada actualmente en el párrafo segundo del artículo 97 constitucional. Su objeto se circunscribe pues a la potestad discrecional de la Corte para investigar hechos u omisiones que constituyan alguna violación a las mal llamadas garantías individuales¹⁸⁵, que no son otra cosa que los derechos fundamentales de las personas. Tiene, como ya se mencionó, un carácter discrecional pero, además, señalarse que las resoluciones emitidas en ejercicio de esta competencia no tienen carácter vinculante para las autoridades del poder público.

Eventualmente podría el constituyente, a través de este instrumento, facultar a la Corte para investigar violaciones a los derechos difusos y colectivos, sin embargo, no constituiría una tutela efectiva en razón de que sus resoluciones no se pueden ejecutar al carecer de poder coactivo. Así las cosas, lo único que lograría es frustrar más la tutela de estos derechos e intereses. Por ello, creemos que esta facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia está llamada a desaparecer en razón de su inutilidad.

¹⁸⁴ Arteaga Nava, Elisur, “La facultad Investigadora del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 1225.

¹⁸⁵ Véase el comentario a la nota 167.

G. *El juicio político*

El juicio político es un procedimiento que se sigue a los funcionarios públicos que han incurrido en actos arbitrarios, con abuso o exceso de poder, o bien, por manejo indebido de fondos o recursos federales, a fin de obtener su destitución e inhabilitación en el desempeño de otros cargos públicos, y que difiere de la responsabilidad penal en que puedan incurrir con ocasión de dichas acciones u omisiones¹⁸⁶. Así pues, el juicio político pretende fincar responsabilidad política u oficial a los servidores públicos cuando con su acción u omisión vulneren las garantías individuales, la división de poderes y la forma de gobierno, erigiéndose así en garantía de control constitucional¹⁸⁷.

En la Constitución Política vigente el juicio político se regula en los artículos del 108 al 110. Ahí se establece que procede contra funcionarios públicos del orden federal distintos del presidente, por los actos u omisiones que afecten intereses públicos fundamentales o su buen despacho, como es el caso del ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno o a la libertad del sufragio. En estos términos se ha consagrado en el artículo 7 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

De lo visto se colige que nada tiene que ver este instrumento constitucional con la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos.

H. *Organismos protectores de Derechos Humanos*

Si bien desde el año de 1600, en el Código Mendozino, es posible encontrar vestigios de disposiciones que limitan el poder de los gobernantes¹⁸⁸, no es hasta

¹⁸⁶ Castrillón y Luna, Víctor M., *La protección Constitucional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 198.

¹⁸⁷ González Oropeza, Manuel, "El juicio Político como medio de protección de la Constitución mexicana", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, pp. 1326-1327.

¹⁸⁸ Rojano Esquivel, José Carlos, "La Comisión de Derechos Humanos, un ente autónomo constitucional a redefinir", en Gámiz Parral, Máximo y Rivera Rodríguez, José Enrique (Coords),

el 13 de febrero de 1989 que se crea, dentro de la Secretaría de Gobernación, la Dirección General de Derechos Humanos¹⁸⁹. Sin embargo, en México sólo se constitucionaliza la figura del *ombudsman* a partir del Decreto Presidencial del 5 de junio de 1990, aún cuando éste generó, en su momento, múltiples polémicas dada la atribución conferida a la Comisión Nacional de Derechos Humanos - CNDH- para conocer de la actuación de los servidores públicos de carácter local e incluso de los demás poderes públicos, con lo cual se quebrantaba los principios del Pacto Federal y la división de poderes. Anótese además que la CNDH creada por dicho decreto surgió como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación¹⁹⁰. Todo ello llevó a que el 28 de enero de 1992 se publicara en el DOF la reforma al artículo 102 constitucional adicionando un apartado B por medio del cual se establece que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales crearían, cada uno en el ámbito de su competencia, organismos para la protección de los derechos humanos, de modo que la CNDH tuviera competencia para conocer de violaciones a los Derechos Humanos (D.H.) por actos u omisiones realizados por las autoridades federales y, en segunda instancia, de los recursos interpuestos contra las resoluciones que emitieran las comisiones estatales por la violación a los D.H. atribuidas a las autoridades locales¹⁹¹. Sin embargo, con la reforma del 92 se le da la naturaleza de órgano descentralizado, pero, no fue sino hasta la reforma constitucional del 13 de septiembre de 1999 que se le confiere la calidad de órgano autónomo al mismo nivel del Instituto Federal Electoral y del Banco de México.

Es cierto que la implantación de estos organismos autónomos en el ordenamiento constitucional mexicano constituye un instrumento de control del

Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2005, pp. 562-563.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Martínez Bullé Goyri, Víctor M., "El procedimiento ante los Organismos autónomos protectores de los Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 1455-1456. Véase también a Rojano Esquivel, José Carlos, *op. cit.*, pp. 562-563.

¹⁹¹ *Idem.*

poder público y de la administración pública a través de actos administrativos y no jurisdiccionales,¹⁹² que viene reforzar los sistemas de control constitucional y la supremacía de la Constitución, pero no debe dejarse de lado el hecho de que las resoluciones que emite este órgano no tienen carácter vinculante para las autoridades, por lo que sus pronunciamientos constituyen más bien una recomendación, que en ningún caso da lugar a su cumplimiento de forma coactiva por los órganos del Estado.

Por esta razón, no parece apropiado atribuir competencia a éstos órganos para resolver controversias que conlleven la violación de derechos e intereses difusos y colectivos, pero si pudiera pensarse en la posibilidad de legitimarlos para intervenir en forma vinculada, a la par con el Ministerio Público, en los procesos que tutelen estos derechos e intereses, o bien, como parte, con plenas facultades para incoar la acción ante los jueces o tribunales competentes e impulsar el proceso, concediéndoles además, todas las atribuciones procesales de que gozan las partes.

2. *¿Qué hay de los derechos e intereses difusos y colectivos?*

Por lo que refiere a los derechos e intereses difusos y colectivos, la Constitución mexicana de 1917, aunque de forma incipiente, reconoce su existencia a favor de todos los seres humanos. En este sentido, se reconoce el derecho de toda persona a la protección de la salud, así como al disfrute y goce de un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar (artículo 4). Aunque el texto constitucional se limite a reconocer el derecho de toda persona al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en dicha materia, debe entenderse también que constituye un derecho de todos los individuos la conservación y preservación de la cultura. A su vez, del artículo 27 constitucional se derivan varios derechos difusos relacionados con el derecho al desarrollo, la ordenación de asentamientos humanos, la preservación del equilibrio

¹⁹² Gil Rendón, Raimundo, "El Ombudsman y los Derechos Humanos", en Ferrer MacGregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pp. 1444, 1450-1451.

ecológico, el uso del agua y los recursos naturales, entre otros, enmarcando las políticas públicas con un fin preciso: evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en *perjuicio de la sociedad*. Resáltese aquí que el *telos* que emana del precepto no está determinado ya por el individualismo imperante durante todo el siglo XIX, sino que constituye un triunfo de los movimientos sociales de 1910 que ponen de manifiesto el abuso de los derechos individuales que conspiran contra los derechos de la sociedad en su conjunto.

Por lo que refiere a los derechos colectivos, el artículo 27 constitucional en su fracción VII reconoce los derechos de los núcleos de población, ejidales y comunales, sobre tierras, bosques y aguas, y reconoce su personalidad jurídica como sujetos de derecho susceptibles de acudir ante los tribunales para ser amparados en sus derechos. Veremos, más adelante, cómo los derechos ejidales y comunales de los grupos indígenas constituyen un antecedente en la protección de los derechos colectivos en México.

Ya el tratadista mexicano Héctor Fix-Zamudio explicaba que, “debido a la necesidad de superar los obstáculos del derecho procesal civil tradicional, inspirado en criterios liberales e individualistas, empezó a abrirse paso la necesidad de encontrar nuevas fórmulas procesales para tutelar los derechos de los grupos sociales más débiles de la sociedad”¹⁹³.

Así, la Ley Federal de Protección al Consumidor que creó la Procuraduría Federal de Defensa del Consumidor, constituye un antecedente para la protección de los derechos e intereses colectivos, pero aún está lejos de ser un órgano protector de derechos e intereses difusos pues ni siquiera admite la intervención de representantes de consumidores no identificados, limitándose tan sólo a proteger a los consumidores que reportan un perjuicio individual y, que siendo afectados, se encuentran legitimados para presentar sus inconformidades¹⁹⁴. Con

¹⁹³ Fix- Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3 ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 342.

¹⁹⁴ Fix- Zamudio, Héctor, “El papel del *ombudsman* en la protección de los intereses difusos”, *op. cit.*, pp. 5-23.

todo y ello, es de hacer notar que el 30 de noviembre de 2010, se reforma el mecanismo a través del cual los consumidores ponen en conocimiento de la autoridad encargada –PROFECO- la vulneración a sus derechos difusos y colectivos en materia del consumo. A partir de entonces, la queja o reclamación podrá presentarse en forma colectiva (“grupal”).

Recientemente, -el 29 de julio de 2010-, se publica en el DOF un decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 17 constitucional con el fin de prever instrumentos procesales para la debida tutela de los derechos e intereses colectivos, entendiendo por tal, los llamados colectivos en *sticto sensu*, los difusos y los derechos e intereses individuales homogéneos. En el Dictamen de la Cámara de Diputados se sostuvo que:

en México no existe un adecuado tratamiento procesal de los intereses y acciones colectivas, tan sólo en algunas materias existen un acercamiento (consumidores y agrario), en un proyecto de socialización en el ejercicio de la acción de amparo; pero de manera limitada, que muestran la insuficiencia del derecho procesal mexicano, al no conceder legitimidad activa a los sujetos agraviados, como es el caso, de los consumidores, y cuyos efectos puedan alcanzar a todos aunque no hubieren promovido la acción.

Veremos con más detalle, la reforma constitucional y los argumentos vertidos en ambas cámaras.

En consecuencia con lo anterior, el 27 de abril de 2011¹⁹⁵ se aprobó en el Congreso de la Unión una reforma a diversas disposiciones normativas, entre ellas, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código Civil Federal, a la Ley Federal de Competencia Económica, a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, finalmente, a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, con el fin de reglamentar las acciones colectivas. Con dicha reforma, y al menos formalmente, México deja de ser un país ajeno a la tutela de derechos e intereses difusos,

¹⁹⁵ Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3249-III, miércoles 27 de abril de 2011. No publicada en el Diario Oficial de la Federación al 11 de mayo de 2011.

colectivos e individuales homogéneos, garantizando el acceso a la justicia por la violación a los mismos en materias relacionadas con el medio ambiente, las relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados, los servicios financieros, y en materia de competencia económica, ésta última respecto de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS EN MATERIA CIVIL, AGRARIA, AMBIENTAL Y DEL CONSUMIDOR

1. La protección de derechos e intereses difusos y colectivos en materia civil

Hemos venido comentando que los derechos e intereses difusos son aquéllos que pertenecen a todos por igual y que, por tanto, no son susceptibles de apropiación individual, son indivisibles y supraindividuales. Y decíamos también que su tutela tiene principalmente fines preventivos y que se fundamentan en el bien común, el interés general y en el principio de solidaridad. Es por ello que el espacio público y los bienes de uso común constituyen un ejemplo de estos derechos e intereses difusos. Así, el artículo 768 del Código Civil Federal señala que por regla general todos los habitantes podrán aprovecharse de los bienes de uso común, los cuales son inalienables e imprescriptibles. Aunado lo anterior, el artículo 769 establece que quienes “estorben el aprovechamiento de los bienes de uso común, quedan sujetos a las penas correspondientes, a pagar los daños y perjuicios causados y a la pérdida de las obras que hubieren ejecutado”. Por esta razón, el legislador ha previsto mecanismos procesales tendientes a impedir que se obstaculice el disfrute, uso y goce de los bienes de uso común. Un claro ejemplo son los interdictos, que no sólo tienen por objeto recuperar o retener la posesión sino también evitar daños y perjuicios en bienes de uso común ocasionados con motivo de la construcción de una obra nueva o peligrosa. Cabe entonces distinguir los

interdictos de obra nueva y peligrosa y señalar su relación con las acciones tendientes a tutelar derechos e intereses difusos.

A. *El interdicto de obra nueva*

El interdicto de obra nueva tiene por objeto suspender la ejecución o conclusión de una obra que irroga perjuicios. Es una acción posesoria que sólo legitima al poseedor de un inmueble o de un derecho real sobre él. Sin embargo, tratándose de bienes comunes afectados por la construcción de una obra, también se encuentra legitimado el vecino del lugar. De ahí que nos preguntemos, ¿quién es el vecino del lugar? Las máximas de la experiencia nos llevarían a pensar que se trata de un sujeto que, en principio, se encuentra indeterminado, pero que es fácilmente determinable. He ahí, lo que a nuestro juicio, condensa la relación de esta figura con lo que hemos venido denominando derechos e intereses difusos, aunque en estricto sentido, se configura más bien la existencia de derechos colectivos tal y como han sido definidos en el primer capítulo de este trabajo.

Al poseedor de inmueble o derecho real sobre él compete el interdicto para suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra nueva se construye en bienes de uso común.

Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye.

Para los efectos de esta acción por obra nueva se entiende por tal no sólo la construcción de nueva planta, sino también, la que se realiza sobre edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta¹⁹⁶.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. La

¹⁹⁶ Éste es básicamente el contenido del articulado que prevalece en la mayoría de los Códigos de Procedimiento Civil –CPC- Estatales Así, el artículo 19 en los siguientes códigos procesales: *Aguascalientes*; *Colima*, *Chiapas*; *Chihuahua* concordado con art 247 sobre medidas precautorias; *Oaxaca*; *Querétaro*; *Sinaloa*; artículo 18 del CPC Estado de *Jalisco*; artículo 2.19 del CPC del Estado de *México*; artículo 649 del CPC del Estado de *Michoacán de Ocampo*; artículo 31 de CPC de *Sonora*, artículo 17 del CPC de *Veracruz*; artículo 31 del CPC del Estado de *Zacatecas*.

suspensión quedará sin efecto si el propietario de la obra nueva da, a su vez, contrafianza bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción, salvo que la restitución se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra o, con ésta, se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.¹⁹⁷

a. *La previsión de acciones populares en los interdictos de obra nueva*

Son pocos las entidades federativas que contemplan la acción popular en los interdictos de obra nueva tratándose de la afectación de bienes de uso común. De los 32 Estados de la República y del Distrito Federal, sólo los códigos de procedimiento civil de Campeche, Oaxaca y Yucatán contemplan esta figura jurídica.

Así, el artículo 641 del CPC del Estado de Campeche¹⁹⁸ señala que “cuando la obra nueva perjudica al común, produce acción popular que puede ejercitarse ante las autoridades administrativas”.

A su vez, el artículo 247 del CPC del Estado de Oaxaca¹⁹⁹ dispone que es procedente la acción popular y, por tanto, cualquier persona podrá interponer el

¹⁹⁷ Otras entidades de la República incluyeron en el articulado un párrafo cuarto relativo a la garantía que debe prestar el actor para responder por los daños y perjuicios que pueda ocasionar al demandado con el decreto de suspensión de la obra. A su vez, se establece la posibilidad para el demandado de dejar sin efecto la providencia de suspensión de la obra siempre que otorgue garantía suficiente, sea ésta, caución, fianza o cualquier otra admitida por el juez. Veamos: artículo 19 de los CPC de *Baja California*; *Baja California Sur*; *Distrito Federal*; *Durango*, *Hidalgo*; *Quintana Roo* (aunque en esta legislación el juez podrá ordenar la suspensión de la obra sin mediar garantía a cargo del actor); *San Luis Potosí*; art 685 CPC del Estado de *Coahuila*; artículo 578 del CPC del Estado de *Guerrero*; artículo 333 del CPC del Estado de *Nayarit*; artículo 546 del CPC del Estado de *Tabasco*.

¹⁹⁸ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Campeche -última reforma del 18 de octubre de 2010. A su vez, el artículo 645 *ibíd* establece que “El interdicto se entablará por medio de escrito en que se pida la suspensión de la nueva obra, y la demolición de lo ejecutado, así como la restitución de las cosas al estado que antes tenían; todo a costa del que ha ejecutado o está ejecutando la obra”.

¹⁹⁹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Oaxaca -última reforma del 21 de agosto de 2004. Concuérdese con el artículo 247 y 250-255 *ibídem* en lo relativo al procedimiento del interdicto.

interdicto solicitando la suspensión de la obra cuando ésta “perjudica al común o se ejecuta en camino, plaza o sitio públicos, pudiendo en estos casos ejercitarse la acción ante los tribunales comunes, o bien ante la autoridad municipal para que dicte una providencia gubernativa”.

Finalmente, los artículos 707 y 708 del CPC del Estado de Yucatán²⁰⁰ prevén que el interdicto de obra nueva procede cuando ésta se ejecuta en camino, plaza o sitio públicos, causando algún perjuicio al común o a un edificio contiguo, caso en el cual, es procedente la acción popular, bien ante los tribunales, o bien ante la autoridad municipal, con el objeto de impedir la continuación de ella y obtener, en su caso, la demolición. Esta normatividad es quizá la más exhaustiva, toda vez que contiene un capítulo dedicado al procedimiento que debe seguirse tratándose de la interposición del interdicto de obra nueva. De esta forma, dispone que: a) el interdicto deberá presentarse por escrito y el *petitum* radicará en la suspensión de la obra nueva y la demolición de lo ejecutado, así como la restitución de las cosas al estado que antes tenían; todo a costa del que ha ejecutado o está ejecutando la obra (artículo 709); b) deberán acompañarse a la solicitud las pruebas en que se funda (artículo 710); c) procederá la inspección ocular a cargo del actuario (art. 711); d) notificación del auto de suspensión y suspensión material de la obra; e) en caso de desobediencia procederá la demolición (art. 712); f) se prevé audiencia verbal (art. 713), g) práctica de pruebas (art. 714 y 715), h) periodo para alegar y dictar sentencia (art. 716), i) otros aspectos procesales.

B. *El interdicto de obra peligrosa*

Como en la hipótesis anterior, el interdicto de obra peligrosa compete, por regla general, al poseedor de un inmueble, pero en este caso el objeto de la acción es la prevención del daño que pueda ocasionarse en la propiedad poseída con motivo de la construcción de una obra peligrosa. La principal pretensión del actor va dirigida a obtener del juez providencia que decrete la adopción de

²⁰⁰ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Yucatán -última reforma del 28 de enero de 2010.

medidas urgentes tendientes a evitar los riesgos que pueda producir la obra, así como también, en su caso, la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso.

No obstante lo anterior, es importante precisar que no es una acción exclusiva del poseedor, toda vez que también se encuentran legitimados para ejercerla “quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra u objeto peligrosos”. También en este caso el sujeto se encuentra indeterminado, situación que permea la mayoría de las legislaciones procesales civiles de las Entidades Federativas de la República Mexicana, con excepción del Estado de Yucatán, cuya legislación procesal civil ha implementado fórmulas tendientes a combatir tal indeterminación, de manera que los sujetos puedan ser determinables e identificables. Así el artículo 722 del CPC del Estado de Yucatán²⁰¹ señala que pueden incoar el interdicto de obra peligrosa, primero, el dueño de alguna propiedad contigua que pueda resentirse o perderse por la ruina de la obra o por la caída del árbol u objeto. Nótese cómo la norma alude al propietario, al sujeto que tiene el derecho real de propiedad y no al poseedor como en las demás legislaciones estatales. Y segundo, “los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones de la construcción que amenaza ruina”. Por si fuera poco, el artículo 723 *ibídem*, explicita lo que ha de interpretarse por “necesidad”, señalando que por tal se entiende “la que a juicio del Juez, no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado el denunciante del ejercicio de algún derecho o sin que se le siga conocido perjuicio en sus intereses”. Lo anterior, tornaría al sujeto en determinable o de fácil determinación, lo cual vendría a configurar más que la existencia de derechos e intereses difusos, la posible configuración de derechos colectivos.

Por otra parte, resulta de interés mencionar las limitaciones que establecen los códigos procesales civiles de los Estados de Morelos y Tabasco. En el primer

²⁰¹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Yucatán -última reforma del 28 de enero de 2010-

caso²⁰², si bien se faculta para efectos de la interposición de los interdictos de obra nueva o de obra peligrosa a quien “se crea perjudicado en sus propiedades por una obra nueva o en virtud de que por la construcción exista peligro de dañar una propiedad contigua o se invada algún sitio de uso común” y procede con el fin de pedir “medidas urgentes para evitar los riesgos que puedan ofrecer el mal estado de un árbol, una construcción o cualquier objeto”; no obstante ello, señala que solo podrá pedir la providencia de medida precautoria quien tenga interés en evitar el daño porque sea en su perjuicio. Como se aprecia, volvemos aquí a atar la acción a la típica noción individualista de derecho subjetivo. El caso del Estado de Tabasco²⁰³ es similar, pues si bien legitima a quienes tengan derecho de paso por las inmediaciones de la obra u objeto peligroso para promover el interdicto, niega la posibilidad a estos sujetos para solicitar providencias precautorias por no estar contemplados dentro del artículo 198 que regula los supuestos de procedencia de dichas medidas, normatividad que señala en forma expresa que “podrá pedir la providencia quien tenga interés en evitar el daño porque sea en su perjuicio”.

Ya para finalizar, veamos los términos conforme a los cuales está regulado el interdicto de obra peligrosa en la legislación procesal civil:

El interdicto de obra peligrosa compete al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda sufrir daño por el peligro que

²⁰² Artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos -última reforma del 11 de octubre de 1993-

²⁰³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tabasco -última reforma del 8 de diciembre de 2009- Artículo 198.- Supuestos. Procederán las providencias cautelares sobre obra nueva o peligrosa y daño temido en los siguientes casos: I.- Cuando alguno se crea perjudicado en sus propiedades por una obra nueva o ya construida con anterioridad, las cuales, por su estructura y demás características, amenacen con dañar o afectar a las primeras; II.- Cuando el que tenga la posesión originaria o derivada de bienes o derechos sea amenazado grave e ilegalmente de despojo por parte de alguna persona o pruebe que ésta ha ejecutado o mandado ejecutar actos preparatorios que tiendan directamente a su des-posesión violenta o furtiva; III.- Cuando el poseedor a que se refiere la fracción anterior requiera evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de un árbol, una construcción o cualquier otro objeto; y IV.- Cuando se tema que alguna persona pretenda ejecutar un acto doloso e ilegal en perjuicio de la persona o bienes de alguien.

Podrá pedir la providencia quien tenga interés en evitar el daño porque sea en su perjuicio.

ofrezca una obra u objeto; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que pudieran resultar; obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra u objeto peligrosos²⁰⁴.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar desde luego y sin esperar la sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor²⁰⁵.

²⁰⁴ Éste es básicamente el contenido del articulado que prevalece en la mayoría de los Códigos de Procedimiento Civil –CPC- Estatales Así, el artículo 20 en los siguientes códigos procesales: *Aguascalientes*, conc. artículos 594-597 *Ibidem*; *Colima* -última reforma 9 de octubre 2010- conc. artículos 440 y 441 *Ibidem*; *Chiapas* -última reforma 12 sept 2007-; *Chihuahua* -última reforma del 2 oct 2010- conc. artículo 246 sobre medidas precautorias; *Oaxaca* -última reforma 21 de agosto de 2004- conc. artículo 430 *Ibidem*; *Querétaro* -última reforma 21 de octubre de 2009- conc. artículo 464 *Ibidem*; *Sinaloa* -última reforma 5 de junio de 2009-. Artículo 32 del CPC del Estado de *Sonora* -última reforma 5 de junio de 2009-; Artículo 650 CPC del Estado de *Michoacán de Ocampo* (a diferencia de las demás legislaciones, no incluye el árbol como objeto peligroso en forma expresa); artículo 19 del CPC del Estado de *Jalisco* -última reforma 30 de octubre de 2010-; artículo 2.22 del CPC del *Estado de México* -última reforma 6 de marzo de 2010- conc. artículo 2.96 *Ibidem*; artículo 18 del CPC del Estado de *Veracruz* -última reforma 17 de septiembre de 2010-; artículo 32 del CPC del Estado de *Zacatecas*.

²⁰⁵ Otras entidades de la República incluyeron en el articulado un párrafo relativo a la garantía –fianza en algunos casos, caución en otros- que debe prestar el actor para responder por los daños y perjuicios que pueda ocasionar al demandado con el decreto de suspensión de la obra. Veamos. El artículo 20 de los siguientes Códigos: *Baja California* -última reforma a 30 de abril de 2010- conc. artículo 434 *Ibidem*; *Baja California Sur* -última reforma 10 junio de 2010-; *Distrito Federal* –última reforma del 14 de mayo de 2010-; *Durango*-última reforma de diciembre de 2009-; *Hidalgo*-última reforma 3 julio de 2010- conc. artículo 24 *Ibidem*; *Quintana Roo* -última reforma 21 de octubre de 2009- (en este caso, a diferencia de los anteriores, el juez podrá ordenar suspender la obra o que el demandado realice obras indispensables para evitar daños al actor, salvo si el demandado otorga fianza); *San Luis Potosí* -última reforma 11 de julio de 2009-. El Artículo 686 del CPC para el Estado de *Coahuila de Zaragoza* -última reforma 12 mayo 2009-; artículo 579 del CPC del Estado de *Guerrero* -última reforma 10 junio de 2010-; artículo 243 del CPC del Estado de *Morelos* -última reforma 11 de octubre de 1993-; artículo 334 del CPC del Estado de *Nayarit*-última reforma 13 de octubre de 2010- conc. con artículo 335 *ibíd*; artículo 547 del CPC del Estado de *Tabasco*.

2. La protección de derechos e intereses colectivos en materia agraria

El amparo social agrario tiene como objeto tutelar los derechos colectivos de los ejidos y de las comunidades indígenas al uso, goce, disfrute, propiedad y posesión de tierras, aguas y montes. Son derechos colectivos pues sus titulares constituyen un número determinado o determinable de campesinos sujetos al régimen de reforma agraria y los bienes jurídicos –tierras, montes y aguas– pertenecen a todos ellos por igual, no siendo susceptibles de apropiación individual. Ignacio Burgoa define el amparo agrario ejidal o comunal como “el que promueven las comunidades agrarias como entidades socioeconómicas y jurídicas...”²⁰⁶. Por tanto, el quejoso es un ente colectivo que reclama ante el juez la privación, por parte de la autoridad, de la propiedad o de la posesión y disfrute de tierras, aguas, pastos y montes, pudiendo incluso, alegar actos de mera molestia²⁰⁷.

Esta institución tuvo su primer antecedente indirecto en el amparo colonial o real amparo, institución de derecho castellano que rigió en los territorios colonizados a través de la Legislación de Indias²⁰⁸. Después de la independencia y bajo la vigencia de la Constitución de 1857, se negó la tutela de los derechos colectivos de ejidos y comunidades, por lo cual resultó improcedente el amparo en razón de las previsiones contenidas en la Ley de desamortización de 1856 y en la jurisprudencia de la época que negó la personalidad jurídica a las corporaciones civiles (comunidades indígenas) para la interposición del juicio constitucional. Pasó poco más de medio siglo para que se restableciera la personalidad jurídica a los ejidos y comunidades indígenas para acudir a los tribunales en defensa de sus derechos colectivos, lo cual se logró por medio de la reforma agraria de 1915. Surge entonces el concepto de propiedad social o colectiva y con ello la procedencia del amparo previsto en el artículo 27, fracción IV, de la Constitución de 1917. Desde entonces, el amparo en materia agraria ha admitido dos

²⁰⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33 ed., México, Porrúa, 1997, p. 954.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 960.

²⁰⁸ Fix- Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 330.

modalidades, una, el amparo de la pequeña propiedad y, dos, el amparo social agrario o ejidal y comunal, que legitima para su interposición no sólo a las comunidades y poblaciones, sino también a los individuos en lo particular pertenecientes a ellos, esto es, a los comuneros y ejidatarios²⁰⁹. En 1936 se expide una nueva Ley de Amparo, que luego fue reformada en 1963 y en 1976. Esta última, con el objeto de regular en forma expresa, a través de un libro segundo, lo referente al amparo en materia agraria, que presenta las siguientes características²¹⁰:

a). Representación subsidiaria, lo que significa que si el juicio de amparo no ha sido interpuesto por los sujetos legitimados en lo principal, esto es, por los comisariados ejidales o de bienes comunales, podrá incoar la acción cualquiera de los miembros del comisariado o del Consejo de Vigilancia o, incluso, cualquier integrante de la comunidad. (Artículo 213, fracción II de la Ley de Amparo)

b). Reducción de formalidades de la demanda, así por ejemplo, las omisiones en que incurra el actor deberán ser subsanadas de oficio por el juez. El artículo 221 de la Ley de Amparo prevé que en caso de que el promovente no anexe a la demanda copias de la misma, el juez deberá admitirla y sacarlas de oficio.

c). Suplencia de la queja deficiente. En materia agraria, el juez de distrito que conozca del amparo deberá suplir la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, así como de los recursos que se interpongan. (Artículo 227 de la Ley de Amparo).

d). Caducidad de la acción. La Ley de Amparo prevé dos hipótesis, según si la acción es interpuesta por los entes colectivos contra actos que afecten al núcleo de población o, según si es promovida por los ejidatarios o comuneros contra actos que causen perjuicio a sus derechos individuales. Sólo en el primer supuesto no se contempla término de caducidad de la acción, pues la demanda podrá interponerse en cualquier tiempo (artículos 217 y 218 de la Ley de Amparo).

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 334.

²¹⁰ Ley de Amparo de 10 de enero de 1936, con reformas al 17 de junio de 2009. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Séptima Época, Tesis 190, Apéndice 1995, t. III, parte SCJN, Jurisprudencia administrativa, p. 135 (registro 391080).

Para el tratadista mexicano Ignacio Burgoa, la posibilidad de interponer el juicio de amparo en cualquier tiempo, atenta contra la seguridad jurídica que debe regir todas las relaciones jurídicas²¹¹.

e). Suspensión de oficio y de plano de los actos lesivos. Conforme a la Ley de Amparo, la suspensión de oficio es procedente cuando los actos reclamados tengan o puedan tener por consecuencia la privación total o parcial, temporal o definitiva de los bienes agrarios del núcleo de población quejoso o su substracción del régimen jurídico ejidal y deberá decretarse de plano en el mismo auto que admita la demanda. Aunado a lo anterior, la suspensión concedida a los núcleos de población, no exige al actor el otorgamiento de garantía alguna. Para el tratadista Héctor Fix-Zamudio esta previsión infringe los principios de las medidas precautorias y el régimen de suspensión previsto en el juicio de amparo, siendo, por tanto, una medida desproporcionada y extremadamente proteccionista. Agrega que no debe perderse de vista que las medidas cautelares son de carácter instrumental y debe resolverse sobre ellas según el principio *rebus sic stantibus*²¹².

f). Prohibición del desistimiento. Con la reforma de 1962 a la Ley de amparo, el desistimiento en los juicios de amparo en materia agraria estaba absolutamente proscrito. Esta situación cambió parcialmente con la reforma introducida en 1986, en la cual se admitió el desistimiento en los juicios agrarios siempre y cuando fuere aprobado por la Asamblea General del núcleo de población. Para el tratadista Ignacio Burgoa prohibir el desistimiento en el amparo agrario constituyó “un grave error que destruye en materia agraria, uno de los principios fundamentales del juicio de amparo, como es el de instancia de parte agraviada”²¹³, lo cual implicó adoptar, el principio de impulsión oficiosa del proceso.

A su vez, la Ley de Amparo dispuso que la inactividad procesal de las partes no constituye causal de sobreseimiento ni genera caducidad de la instancia en perjuicio del núcleo de población, adoptando, con ello, el sistema inquisitivo en la conducción e impulsión del proceso. Así mismo, se estableció que la no

²¹¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 968.

²¹² Fix- Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 346; Burgoa Orihuela, Ignacio, *Ibidem*, pp. 984-985.

²¹³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Ibidem*, p. 961.

interposición del juicio de amparo no constituiría una manifestación tácita del consentimiento de los actos de la autoridad, así como también, se previno que el consentimiento expreso de los actos no tendría validez salvo en el caso que fuere aprobado por la Asamblea General del respectivo ejido o comunidad (artículo 231 de la Ley de Amparo)²¹⁴.

g). Potestades del juez en materia probatoria. El juez que conozca del amparo está obligado a recabar de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos amparados por la ley agraria. (Artículo 225 de la Ley de Amparo). En este sentido, el artículo 226 de la ley citada, dispone que los jueces de distrito acordarán las diligencias que estimen necesarias para precisar los derechos agrarios de los núcleos de población o de los ejidatarios o comuneros en lo particular, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados²¹⁵. A juicio de Ignacio Burgoa, disposiciones como ésta no hacen más que atentar contra los principios procesales de igualdad de las partes e imparcialidad del juez, y adopta el principio inquisitivo contrariando el carácter dispositivo que rige el juicio de amparo²¹⁶.

h) Fallo *extra y ultra petita*. La Ley de Amparo faculta al juez de distrito para resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos reclamados, tal y como se hayan probado, aún cuando sean distintos de los invocados en la demanda, si en éste último caso es en beneficio de los núcleos de población o de los ejidatarios o comuneros en lo individual (artículo 225 de la Ley de Amparo). Para Burgoa Orihuela, esta disposición es “aberrativa” porque vulnera los principios procesales fundamentales del juicio de amparo, especialmente el relativo a la igualdad de las partes²¹⁷.

i). Obligaciones a cargo del Ministerio Público en materia agraria. Corresponde al Ministerio Público velar y verificar el debido cumplimiento de las

²¹⁴ Cfr. con el Artículo 107, Fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –CPEUM-, de 5 de febrero de 1917, con reformas al 29 de julio de 2010

²¹⁵ Cfr. con el Artículo 107, Fracción II, –CPEUM-.

²¹⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 975.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 964.

sentencias dictadas en favor de los núcleos de población ejidal o comunal (artículo 232 de la Ley de Amparo)

j). En cuanto a los medios de impugnación, procede el recurso de revisión y el de queja. El primero, dispone de un término perentorio; el segundo, por su parte, no establece término para su interposición, siendo procedente en cualquier tiempo, mientras no se haya cumplido debidamente la sentencia que concedió el amparo a favor del núcleo de población ejidal o comunal. (artículos 228 y 230 de la Ley de Amparo).

Ahora bien, con la implementación, desde 1992, de tribunales agrarios de carácter federal, el juicio de amparo en materia agraria cae en desuso²¹⁸. Veamos los caracteres esenciales del procedimiento previsto en la Ley Agraria del 26 de febrero de 1992²¹⁹:

a). Reitera que los núcleos de población ejidales o ejidos gozan de personalidad jurídica, tienen patrimonio propio y son propietarios de las tierras que les han sido dotadas o de las que hubieren adquirido por cualquier otro título.

b). Guarda silencio sobre la legitimación en la causa, aludiendo solamente a las partes del procedimiento agrario.

c). Guarda silencio sobre los efectos de la sentencia cuando el juicio es promovido por el ejido o la comunidad.

d). Establece de modo impropio el sistema de valoración probatoria de la sana crítica. Al señalar que el juez podrá apreciar las pruebas en conciencia, pareciera autorizar los fallos en equidad y no en derecho. En cualquier caso, el juez deberá fundar y motivar su resolución (artículo 189).

e). Posibilita los mecanismos de autocomposición de conflictos. Prevé al efecto una “audiencia de amigable composición”.

f). Dispone que las notificaciones se realizarán personalmente, por edictos y por estrados.

g). Regula la práctica de diligencias precautorias como mecanismo de protección de los núcleos de población. Señala que el decreto de suspensión

²¹⁸ Fix- Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 41.

²¹⁹ Última reforma del 17 de abril de 2008.

provisional del acto de autoridad se efectuará conforme a lo dispuesto en el Libro Primero, Título Segundo, Capítulo III de la Ley de Amparo.

h). Dispone la obligación del actor de otorgar garantías para la reparación del daño y su indemnización en caso de que la suspensión del acto ocasione perjuicios si la sentencia no fuere favorable para el quejoso. Para establecer el monto de las garantías, el Tribunal deberá valorar las condiciones socioeconómicas de los interesados.

i). Crea la Procuraduría General Agraria, a la cual compete, entre otras, asesorar y representar a las partes en los juicios agrarios.

j). En cuanto a las facultades del juez en materia probatoria, el juez deberá ceñirse al decreto y práctica de pruebas solicitadas por las partes. Por tanto, su potestad para solicitar y decretar pruebas de oficio es limitada.

k). Procede el recurso de revisión ante el Tribunal Superior Agrario contra las sentencias de los tribunales agrarios que conocen en primera instancia.

l). Aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles.

3. *La protección de derechos e intereses difusos en materia ambiental*²²⁰

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente reitera el derecho de toda persona al goce y disfrute de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, y garantiza la participación de todas las personas, en forma individual o colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente. Bajo este tenor, la legislación mexicana incorpora como garantía para la protección de los derechos e intereses difusos relacionados con el medio ambiente, la llamada denuncia popular, a través de la cual cualquier sujeto de derecho, persona física o jurídica²²¹, está facultada para

²²⁰ Consúltase la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente, última reforma a 28 de enero de 2011.

²²¹ Si bien la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente sólo menciona como entes legitimados para promover la denuncia popular a las personas naturales y jurídicas de derecho privado (grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades)

denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante la autoridad municipal, todo hecho, acción u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones legales relacionadas con la materia. El sujeto activo, por supuesto, será toda persona física o jurídica, de derecho público o privado. Nótese que no sólo la autoridad pública, sino también los particulares, por ejemplo, las multinacionales, vulneran los derechos difusos de la colectividad, evidenciándose un conflicto entre éstos y los derechos individuales subjetivos.

La ley se encuentra inserta en una política de reducción de formalidades en la presentación de la denuncia, a grado tal de admitirse vía telefónica, debiendo, en este caso, tan sólo ratificarse por escrito en forma posterior; o, incluso, la denuncia anónima argumentando razones de seguridad e interés particular. Baste agregar que como todo tipo de escrito, deberá estar fundamentado y sustentado en pruebas, lo cual es más que elemental, porque como dice el adagio popular: dame los hechos y te daré el derecho.

Como ya se ha mencionado, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o en su caso, la autoridad municipal, es la entidad competente para conocer de hechos, acciones u omisiones que vulneren los derechos e intereses difusos relacionados con el medio ambiente. Rige el procedimiento, los principios del debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción. El denunciante podrá en todo momento intervenir para aportar pruebas y elementos de convicción sobre la vulneración del medio ambiente, siendo también compatible con el procedimiento, una especie de *amicus curiae* de tipo administrativo, toda vez que la ley dispone que la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente podrá solicitar a las instituciones académicas, centros de investigación y organismos del sector público, social y privado, la elaboración de estudios, dictámenes o peritajes sobre cuestiones planteadas en las denuncias que le sean presentadas.

creemos que, por mayoría de razón, también se encuentran legitimados las entidades de derecho público, por cuanto compete a ellas, en términos generales, la satisfacción del interés general.

También durante el procedimiento, la Procuraduría podrá invitar a las partes a conciliar, siempre que los hechos no impliquen violaciones a la normatividad ambiental ni afecten cuestiones de orden público e interés social.

Digno de elogiar resulta la consagración de la responsabilidad objetiva por los daños ocasionados al medio ambiente, a los recursos naturales o la biodiversidad, siendo aplicable la legislación civil. El término de caducidad de la acción conforme a la cual se pretenda obtener la responsabilidad ambiental, es de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente.

Bien, hemos visto hasta aquí los aspectos favorables que contiene la ley en relación con la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos en materia ambiental, pero como no debemos considerar únicamente lo bueno, veamos ahora qué tiene de adverso la legislación ambiental. Lo que salta a primera vista es la naturaleza de las resoluciones que emite la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, que no pasan de ser meras recomendaciones, sin carácter vinculante para la autoridad o el particular infractor. Otro aspecto relevante y relacionado con lo anterior, tiene que ver con la naturaleza del órgano y de sus resoluciones. Me explico: en tanto autoridad administrativa que es la Procuraduría, sus resoluciones deberían gozar del mismo carácter, esto es, constituir actos administrativos que pudieran ser impugnables en sede administrativa. Sin embargo, frente a una resolución de tipo desestimatorio de los hechos, acciones u omisiones denunciados, el único recurso que le queda al denunciante, repito, en sede administrativa, es la posibilidad de emitir observaciones, sólo eso. Ya en la vía jurisdiccional, el interesado podrá, a favor de la comunidad y siempre que reúna los requisitos previstos en la recién aprobada reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles y otras disposiciones²²², ejercer el derecho de acción ante

²²² Al respecto, véase la Minuta con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, aprobada el 28 de abril de 2011 y que pasó al Ejecutivo Federal para los efectos constitucionales. A 17 de julio de 2011 está pendiente de publicación en el DOF.

los tribunales federales competentes solicitando la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses difusos y colectivos relacionados con el medio ambiente, claro está, una vez que hayan entrado en vigor las reformas que reglamentan la nueva fracción tercera del artículo 17 constitucional. Entre tanto, el interesado, pero especialmente la colectividad, estarán desprotegidos en la tutela jurisdiccional de tales derechos.

Otro aspecto que es de resaltar es que la denuncia popular no interrumpe los plazos preclusivos, de prescripción o de caducidad de la acción que corresponda a la tutela de estos derechos e intereses.

Finalmente, es preciso comentar que la legislación permite que la investigación a cargo de la Procuraduría termine anticipadamente por el desistimiento del denunciante, lo que a todas luces resulta inconveniente por involucrar intereses generales y derechos que pertenecen a colectividades determinadas o indeterminadas (y en general a la sociedad).

4. *La protección de derechos e intereses difusos y colectivos de los consumidores*²²³

A. Objeto de la Ley Federal de Protección al Consumidor

La Ley Federal de Protección al Consumidor—en adelante LFPC— tiene por objeto promover y proteger los derechos y cultura del consumidor así como procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

B. Ámbito material de aplicación

La LFPC regula los derechos de los consumidores a: 1). La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados

²²³ De conformidad con Ley Federal de Protección al Consumidor publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992. Última reforma del 28 de enero de 2011.

peligrosos o nocivos; 2). La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones; 3). La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como de los riesgos que representen; 4). La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos; 5). El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores; 6). El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos; 7). La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios; 8). La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados; 9). El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento; 10). La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas; y 11). Los derechos reconocidos en los tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario, así como aquéllos que se encuentren previstos en la legislación interna ordinaria, en reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes o que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

Como se nota, sólo ampara a los usuarios de una relación de consumo y, por tanto, no abarca a los usuarios de los servicios prestados por instituciones financieras o por las sociedades de información crediticia²²⁴.

²²⁴ Valga aquí comentar que la entidad encargada de proteger los derechos e intereses de los usuarios de los servicios financieros es la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros –CONDUSEF–, organismo público descentralizado que goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica para dictar sus resoluciones y

C. Órgano encargado de tutelar los derechos e intereses de consumidores y usuarios

La Procuraduría Federal del Consumidor –PROFECO- es la autoridad administrativa encargada de tutelar los derechos de los consumidores y usuarios. Es un órgano descentralizado de la administración pública que goza de personalidad jurídica y de patrimonio propio. En consecuencia, la acción que permite la defensa de los derechos de consumidores y usuarios no es de carácter judicial.

laudos, y facultades de autoridad para imponer las sanciones previstas en la Ley, consistentes en multas. Si bien tiene entre sus fines, promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los Usuarios frente a las Instituciones Financieras, dicha tutela parece estar circunscrita a la representación individual de los derechos de los usuarios, mismos que si pueden gozar de un carácter singular o plural. No obstante no existe procedimiento para atender las reclamaciones de colectividades indeterminadas por la violación de derechos e intereses difusos relacionados con los servicios financieros, con todo y ello, pudiera pensarse en una protección de los mismos a través de la facultad de la CONDUSEF para supervisar a las instituciones financieras, así como mediante políticas de prevención y corrección tendientes a eliminar irregularidades. Facultades relacionadas con la aplicación de medidas para propiciar la seguridad jurídica en las relaciones entre Instituciones Financieras y Usuarios; la emisión de recomendaciones a las autoridades federales y locales así como a las Instituciones Financieras; la divulgación al público sobre la situación de los servicios que prestan las Instituciones Financieras y sus niveles de atención, así como de aquellas Instituciones Financieras que presentan los niveles más altos de reclamaciones por parte de los Usuarios; la revisión y proposición de modificaciones a los contratos de adhesión y a los documentos que se utilicen para informar a los Usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados; el requerimiento a las Instituciones Financieras para que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los derechos de los Usuarios; la potestad de sancionar, modificar o detener, en su caso, campañas publicitarias que induzcan al engaño para el usuario; entre otros, nos hacen pensar en la viabilidad de una defensa de tipo discrecional de derechos e intereses difusos, en razón de que muchas de sus acciones gozan de un carácter preventivo - tienden a la prevención del daño ya sea, frente a sujetos singulares, o bien frente a colectividades determinadas e indeterminadas- y se orientan hacia la satisfacción del bienestar general.

D. La queja colectiva

El 30 de noviembre de 2010 se reformó el mecanismo a través del cual los consumidores ponen en conocimiento de la autoridad encargada –PROFECO- la vulneración a sus derechos difusos y colectivos. A partir de entonces la queja o reclamación podrá presentarse en forma individual o colectiva (“grupal”) y podrá darse a conocer a través de cualquier mecanismo idóneo (en forma escrita, oral, telefónica, electrónica) siempre que reúna los requisitos exigidos por la ley.

Tratándose de la queja colectiva, la disposición reformada (artículo 99) exige que para que ésta se procedente deberá acreditarse además la existencia de identidad de causa, acción, pretensiones y proveedor; la personalidad del o los representantes del grupo de quejosos; que la representación y gestión se realiza de manera gratuita, y que no están vinculadas con actividades de proselitismo político o electoral.

Aunado a lo anterior, se exige a las asociaciones u organizaciones de consumidores que presenten reclamaciones en representación de una colectividad determinada, que se encuentren legalmente constituidas y se acredite la personalidad de los representantes; que su objeto social sea el de la promoción y defensa de los intereses y derechos de los consumidores; que tengan como mínimo un año de haberse constituido; que los consumidores que participan en la queja grupal expresaron su voluntad para formar parte de la misma; que carezcan de conflicto de intereses respecto de la queja que se pretenda presentar, expresándolo en un escrito en el que, bajo protesta de decir verdad, se haga constar dicha circunstancia.

E. Alcances de la actuación de la PROFECO

La PROFECO además de representar al grupo de consumidores ante los tribunales competentes, funge como órgano conciliador o mediador entre consumidores y proveedores, facultado para emitir acta contentiva de acuerdo conciliatorio, con efectos inter partes y que presta mérito ejecutivo. Así también, se

erige en órgano de arbitramento con facultad para expedir laudos arbitrales sin necesidad de agotar previamente el procedimiento conciliatorio. Aunado a lo anterior, funge como órgano competente para imponer, motivada y fundadamente, sanciones administrativas ante la existencia de infracciones a la ley denunciadas por los consumidores, respetando en todo momento el debido proceso.

La PROFECO, entonces, está legitimada para ejercer ante los tribunales competentes “acciones de grupo” en representación de consumidores, para que dichos órganos, en su caso, dicten sentencia que declare que una o varias personas han realizado una conducta que ha ocasionado daños o perjuicios a los consumidores y, en consecuencia, proceda a la reparación por la vía incidental a los interesados que acrediten su calidad de perjudicados, o bien, mandamiento para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a consumidores o previsiblemente puedan ocasionarlos. Señala la ley que la Procuraduría, en representación de los consumidores afectados, podrá ejercer por la vía incidental la reclamación de los daños y perjuicios que correspondan, en base a la sentencia emitida por la autoridad judicial. En todo caso, la actuación de la Procuraduría ante los jueces dependerá de ciertos criterios como son la gravedad, el número de reclamaciones o denuncias que se hubieran presentado en contra del proveedor, o la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio.

De ahí que podamos inferir que la tutela de los derechos de los consumidores tiene una doble faceta: por un lado, la PROFECO podrá representar *derechos e intereses difusos de los consumidores* cuando se estime que los productos y servicios prestados producen una afectación general en la salud o patrimonio de los consumidores, bastando la declaración que emita el juez en dicho sentido y tomando las medidas pertinentes sin necesidad de acreditar daños y perjuicios a un sujeto en particular. Aunado a lo anterior, la posibilidad de que el juez pueda emitir mandamiento para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que *previsiblemente* puedan ocasionar daños o perjuicios a los consumidores, constituye un argumento a favor de la facultad conferida a la PROFECO para promover, y de los jueces para tutelar, derechos e intereses

difusos y colectivos de los consumidores y usuarios. La previsibilidad del daño estaría entonces relacionada con el carácter difuso del derecho.

Por el otro lado, la PROFECO podrá representar los *derechos e intereses colectivos* de un número determinable de consumidores que han sufrido daños y perjuicios en su patrimonio, vida o salud, como consecuencia del consumo de productos o servicios nacidos de una relación mercantil y obtener para ellos la reparación del daño ocasionado.

F. Efectos de las sentencias que tutelan derechos de los consumidores y usuarios

La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos de los consumidores y usuarios debe ser integral. Es por eso que los efectos de las sentencias declarativas de condena sobre responsabilidad de proveedores y prestadores de bienes y servicios debe tener efectos generales, no así la sentencia que estima la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores, toda vez que ésta se lleva a cabo en la vía incidental debiendo el perjudicado acreditar el monto de sus perjuicios. Así lo ha estimado recientemente la SCJN al conocer de un recurso de amparo promovido por la PROFECO:

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que tal como lo alegó la parte quejosa, no debían limitarse los efectos de la sentencia declarativa en la que se condenó a la empresa constructora únicamente a la reparación de daños y perjuicios a favor de 82 consumidores, ya que podía haber más miembros de la clase afectada que, sin importar que hayan participado en el juicio principal, fueron afectados por el mismo hecho, máxime que de autos se advertía la construcción de más casas en el fraccionamiento.

Por tanto, se determinó que le asistía la razón a la PROFECO en el sentido de que la constructora tiene que indemnizar en la vía incidental a todos los interesados que acrediten su calidad de perjudicados, sin importar que hayan participado durante el juicio principal, toda vez que la sentencia declarativa vincula a la empresa constructora con toda la clase afectada²²⁵.

²²⁵ SCJN, Juicio de amparo directo 15/2009, sesión del 26 de mayo de 2010.

Como puede observarse, la Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al resolver un caso que involucra la protección de derechos colectivos, extiende los efectos de la cosa juzgada a todos los perjudicados, lo cual constituye un precedente que reviste la mayor importancia y que deberá ser tenido en cuenta por el legislador al momento de regular las acciones colectivas en el plano legislativo.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS E INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

Como hemos anticipado ya, dado que no existían en México mecanismos jurídicos para la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos, es escasa la jurisprudencia. Nótese que la reforma constitucional que impone al legislador el deber de regular los instrumentos que permitan la defensa en juicio de estos derechos e intereses es reciente, data apenas del 17 de julio de 2010 y la reforma legislativa que los implementa, del 28 de abril del año en curso -2011. Sin embargo, podemos encontrar que los Tribunales Colegiados del Circuito han conocido, a través del amparo, de asuntos relacionados con los derechos e intereses difusos y colectivos a propósito de los derechos de los consumidores y, en consecuencia, han emitido algunas tesis aisladas. Recuérdese que la Ley Federal de Protección del Consumidor data del 86 y ha sido, por tanto, la única vía que permite la protección de estos derechos. Dicha suerte cambiará a partir de la entrada en vigor de las reformas que permiten una reglamentación, si bien no integral, de los derechos e intereses difusos y colectivos.

Sin más, veamos las tesis proferidas por los órganos colegiados.

ACCIONES COLECTIVAS A FAVOR DE LOS CONSUMIDORES. LEGITIMACIÓN, COMPETENCIA Y OBJETO. En los artículos 21 y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, se advierte el reconocimiento de la existencia de intereses difusos o colectivos de los consumidores, tutelados a través de las acciones colectivas o de grupo, cuya legitimación corresponde, en el caso de los consumidores, a la Procuraduría Federal del Consumidor, las cuales deben ejercerse ante autoridad jurisdiccional del orden federal, previo análisis de su procedencia, tomando en consideración la gravedad, el

número de reclamaciones o denuncias que se hubieran presentado en contra del proveedor o la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio, y cuyo objeto puede ser indemnizatorio, para resarcir de los daños y perjuicios causados, o preventivo, para impedir, suspender o modificar las conductas que puedan causarlos²²⁶.

INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA. Los intereses colectivos o difusos son los pertenecientes a todos los miembros de una masa o grupo de la sociedad, sin posibilidad de fraccionarse en porciones para cada uno, ni de defensa mediante las acciones individuales tradicionales, ni de ejercerse aisladamente, o bien, que siendo factible su separación, la prosecución de procesos singulares, por una o más personas carece de incentivos reales, tanto por resultar más costosos los procedimientos empleados que la reparación que se pueda obtener, como por su falta de idoneidad para impedir a futuro los abusos denunciados, a favor de toda la comunidad de afectados. Esto tiene lugar generalmente, en relación a medidas o estrategias desplegadas contra grupos sin organización ni representación común, como la amplia gama de consumidores, o con las afectaciones al medio ambiente, con los que se perjudican los intereses de todos los ciudadanos en general. En atención a tal imposibilidad o dificultad, en la época contemporánea las leyes han venido creando mecanismos generadores de acciones que resultan idóneas a las peculiaridades de estos intereses, como la acción popular, o con la legitimación a grupos u organizaciones sociales que garanticen solvencia material y moral, y seriedad para dar seguimiento consistente y llevar hasta el final esta clase de acciones, como sucede en distintos ámbitos o naciones; en el derecho mexicano del consumidor, la legitimación se otorga a la Procuraduría Federal del Consumidor, para el ejercicio de las acciones tuitivas de intereses difusos de los consumidores²²⁷.

²²⁶ Tesis Aislada I.4o.C.135 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, abril de 2008, p. 2284. IUS: 169985. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 75/2008. Gabriel Juan Eduardo Andrade Sánchez. 21 de febrero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

²²⁷ Tesis Aislada I.4o.C.137 C., Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVII, Abril de 2008, registro núm. 169861, p. 2381. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 75/2008, Gabriel Juan Eduardo Andrade Sánchez, 21 de febrero de 2008, Unanimidad de votos, Ponente: Leonel Castillo González, Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

De la lectura de la primera tesis inscrita se desprende que: a) Deja claro que la ley reconoce la existencia de derechos difusos y colectivos y su mecanismo de tutela, esto es, las acciones colectivas o de grupo; b) señala que tratándose de derechos colectivos y difusos de los consumidores, el órgano legitimado para interponer la acción es la Procuraduría Federal del Consumidor; c) prescribe que el órgano competente para conocer de dichas acciones es la autoridad jurisdiccional del orden federal; d) declara que los bienes jurídicos protegidos por dichas acciones son la salud y el patrimonio de los consumidores; e) y, que el objeto de la acción es preventivo e indemnizatorio.

En cambio, de la segunda tesis, se infiere que: a). parece no diferenciar entre derechos colectivos y difusos. La conjunción disyuntiva “o” alude, en este caso, a una sinonimia; b). define los derechos difusos o colectivos como aquéllos que pertenecen en forma indivisible a todos los miembros de una masa o grupo de la sociedad y que requieren una tutela conjunta a efectos de garantizar el derecho en su doble faceta: reparativo y preventivo; c) la acción popular es uno de los mecanismos utilizados por el legislador para tutelar estos derechos e intereses; d) la ley puede legitimar a varios sujetos para la defensa de los derechos e intereses difusos, así por ejemplo, a los grupos u organizaciones sociales que garanticen, además de solvencia material y moral, seriedad para dar seguimiento consistente y llevar hasta el final esta clase de acciones, como es el caso de la Procuraduría Federal del Consumidor.

INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN PROCESOS JURISDICCIONALES COLECTIVOS O INDIVIDUALES. CARACTERÍSTICAS INHERENTES. El ejercicio de las acciones colectivas ante los órganos jurisdiccionales, exige al Juez adecuar el procedimiento, para adoptar los principios del proceso jurisdiccional social. En principio, el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada individuo, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa. Sólo así se pueden tutelar los intereses colectivos o difusos, pues si su impacto es mucho mayor, se requiere el máximo esfuerzo y actividad de los tribunales y considerable flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales, la carga de la prueba, allegamiento

de elementos convictivos, su valoración, y el análisis mismo del caso. Asimismo, se requiere de una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer cansada o costosa la tutela de estos derechos, a fin de que los conflictos puedan tener solución pronta, que a su vez sirva de prevención respecto de nuevos males que puedan perjudicar a gran parte de la población. Estas directrices deben adoptarse, a su vez, en los procesos individuales donde se ventile esta clase de intereses, *mutatis mutandi*, porque ponen en juego los mismos valores, aunque en forma fragmentaria, mientras que las dificultades para sus protagonistas se multiplican²²⁸.

Como puede observarse, el juez debe adoptar un papel activo en la interpretación y aplicación de los derechos, dando prevalencia a los preceptos constitucionales y a los fines perseguidos por el constituyente en aras alcanzar una sociedad más justa. Ante la rigidez de las normas, los jueces han de propender por aplicarlas de manera flexible, flexibilidad que ha de permear todas las formalidades y ritualidades del proceso, la carga de la prueba, el allegamiento de elementos de convicción, su valoración y el análisis mismo del caso. Resalta la necesidad de aplicar los principios de celeridad y economía procesal y la trascendencia de superar la visión individualista. Pone además énfasis en el carácter preventivo de la acción.

QUEJA PREVISTA EN LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 95 DE LA LEY DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE CUANDO SE IMPUGNA UN ACUERDO DE INADMISIÓN DE PRUEBAS Y EL AFECTADO DEMUESTRA UN INTERÉS DIFUSO Y NO JURÍDICO. Conforme al artículo 95, fracción VI, de la Ley de Amparo, para que proceda la queja contra el auto que desecha una prueba, tal desechamiento debe, por su naturaleza trascendental y grave, ocasionar un perjuicio no susceptible de ser reparado en el dictado de la sentencia, lo cual implica una efectiva afectación a los derechos subjetivos del quejoso; por tanto, si de las constancias del juicio respectivo aparece que el quejoso tiene un interés difuso, derivado de los peligros a los que eventualmente puede estar expuesto él, el medio ambiente y el equilibrio ecológico, y tomando en cuenta que su salvaguarda no la prevé la legislación en materia de amparo, es evidente que el recurso es improcedente, pues al no estar de

²²⁸ Tesis Aislada I.4o.C.136 C., Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, registro núm. 169862, Novena Época, XXVII, Abril de 2008, p. 2381. Nota: El juicio de amparo del cual se desprende la presente tesis puede consultarse en *ibídem*.

por medio la protección a un interés jurídico, resulta inocuo el desechamiento de las pruebas ya que no influirán en el fondo del asunto²²⁹.

En este caso, no procede el recurso de queja en el juicio constitucional ante el desechamiento de pruebas cuando el interés del promovente es difuso e incoa la acción para proteger el medio ambiente y el equilibrio ecológico, *verbigracia*. Con esto, la tesis no hace más que demostrar las insuficiencias y limitaciones del amparo para la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos y hace expresa la necesidad, o bien de introducir reformas a esta institución para adecuarla a las nuevas demandas de justicia, o bien, de idear instrumentos que permitan garantizar estos derechos.

PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN DEDUCIR ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DE LAS ELECCIONES. La interpretación sistemática de las disposiciones de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en relación con el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y especialmente los principios rectores en la materia electoral federal consignados medularmente en el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hacen patente que los partidos políticos nacionales están facultados para deducir las acciones colectivas, de grupo o tuitivas de intereses difusos que sean necesarias para impugnar cualquier acto de la etapa de preparación de los procesos electorales, por las siguientes razones: Para la consecución de los valores de la democracia representativa, se requiere la elección de los gobernantes mediante el ejercicio del sufragio universal, libre, secreto y directo de la ciudadanía. Para hacer posible el ejercicio del derecho activo y pasivo del voto con esas calidades, se hace indispensable la organización de los procesos electorales, cuya primera etapa es, precisamente, la preparación de las condiciones necesarias para hacer realidad dicho objetivo. Si los actos preparatorios son de carácter instrumental respecto al ejercicio del derecho al sufragio que se lleva a cabo en la jornada electoral, es indudable que las deficiencias, irregularidades o desviaciones de tales actos preparatorios, afectan el interés de cada uno de los ciudadanos que pueden votar en los comicios que posteriormente se deben celebrar. Sin embargo, la ley no confiere a los ciudadanos ninguna acción jurisdiccional para la defensa de ese interés, ni en forma individual ni en conjunto con otros ciudadanos, sino que sólo les otorga acción respecto de algunas violaciones directas al citado

²²⁹ Tesis aislada III.1o.A.57 K., Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Agosto de 2006, Registro No. 174381, p. 2322.

derecho político, y ni siquiera les permite invocar en estos casos como agravios las violaciones cometidas durante el proceso electoral, como causantes de la conculcación directa del derecho político, ya que tiene establecido que los actos preparatorios se convierten en definitivos e inimpugnables al término de esa etapa del proceso electoral. Las circunstancias apuntadas ubican a los intereses de los ciudadanos en los actos de preparación del proceso electoral en condición igual a los que la doctrina contemporánea y algunas leyes denominan intereses colectivos, de grupo o difusos, que tienen como características definitorias corresponder a todos y cada uno de los integrantes de comunidades de personas indeterminadas, comunidades que crecen y disminuyen constantemente, carecen de organización, de representación común y de unidad en sus acciones, y respecto de cuyos intereses colectivos, de grupo o difusos, se han venido diseñando acciones jurisdiccionales con el mismo nombre, pero dotadas de cualidades acordes con su finalidad y naturaleza, y por tanto, diferentes a las de las acciones tradicionales construidas para la tutela directa de derechos subjetivos claramente establecidos y acotados, acciones individuales que se conceden solamente a los sujetos que se puedan ver afectados directa e individualmente por determinados actos. En consecuencia, en procesos jurisdiccionales nuevos, como los de la jurisdicción electoral, se deben considerar acogidos estos tipos de acciones, cuando se produzcan actos que afecten los derechos de una comunidad que tenga las características apuntadas, y que sin embargo no se confieran acciones personales y directas a sus integrantes para combatir tales actos, siempre y cuando la ley dé las bases generales indispensables para su ejercicio, y no contenga normas o principios que las obstaculicen. En la legislación electoral federal mexicana, no existen esos posibles obstáculos, porque sólo exige que los actores tengan un interés jurídico, como se advierte, por ejemplo, en el artículo 40, apartado 1, inciso b) de la primera ley citada, pero no se requiere que este interés derive de un derecho subjetivo o que el promovente resienta un perjuicio personal y directo en su acervo puramente individual, para promover los medios de impugnación válidamente. Para este efecto, los partidos políticos son los entes jurídicos idóneos para deducir las acciones colectivas descritas, porque tal actividad encaja perfectamente dentro de los fines constitucionales de éstos, en cuanto entidades de interés público, creadas, entre otras cosas, para promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y como organizaciones de ciudadanos hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, en cuyos procesos se deben observar invariablemente los principios de constitucionalidad y legalidad, mismos a quienes se confiere la legitimación preponderante para hacer valer los medios de impugnación en esta materia, según se ve en los artículos 13, apartado 1, inciso a); 35, apartados 2 y 3; 45, apartado 1,

incisos a) y b), fracción I; 54, apartado 1, inciso a); 65, apartado 1, y 88, apartado 1, todos de la citada ley de medios de impugnación²³⁰.

La presente tesis, que a diferencia de las anteriores sí constituye jurisprudencia, no solo señala el concepto de derechos difusos -aún y cuando peca en el uso alternativo del vocablo “colectivos, de grupo o difusos”, derechos claramente ya diferenciados-, sino que además considera que los intereses de los ciudadanos en los actos de preparación del proceso electoral constituyen derechos de éste tipo. Para el Tribunal Electoral, los derechos difusos tienen como característica fundamental el hecho de corresponder a todos y cada uno de los integrantes de comunidades de personas indeterminadas, comunidades que crecen y disminuyen constantemente, carecen de organización, de representación común y de unidad en sus acciones. Es de resaltar que el órgano electoral es receptivo a tutelar estos derechos y a acoger las acciones que los regulen dado que no existe impedimento legal alguno. Así, señala, que para promover los medio de impugnación previstos en la legislación electoral basta con que el promovente posea un interés jurídico, que en ningún caso se limita a la existencia de un derecho subjetivo y de una lesión que genere un perjuicio personal y directo al individuo en cuanto tal.

Como bien puede apreciarse, las tesis ya comentadas aluden de modo muy precario a los derechos difusos y colectivos en el ámbito de los derechos de los consumidores y electoral (sólo frente actos preparatorio de las elecciones). Veamos ahora otras tesis relacionadas con estos derechos e intereses en la esfera del Derecho Laboral:

²³⁰ Tesis 35 de Jurisprudencia, Sala Superior, Tercera Época, Apéndice (actualización 2001), Tomo VIII, Jurisprudencia Electoral, registro núm. 920804, p. 48. Véase también en *Revista Justicia Electoral* 2001, suplemento 4, pp. 23-25, Sala Superior, tesis S3ELJ 15/2000. Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, Queja 44/2006, Reynaldo Loza González, 30 de mayo de 2006, Unanimidad de votos, Ponente: Rogelio Camarena Cortés, Secretario: José Vega Cortez. En el mismo sentido, la tesis S3EL 7/97: Partidos políticos. Interés jurídico para impugnar los actos de la etapa de preparación del proceso electoral, México, Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002TEPJF, 2003.

ACCIONES COLECTIVAS, FALTA DE INTERÉS JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES EN LO INDIVIDUAL, PARA IMPUGNAR EN AMPARO LAUDOS QUE RESUELVEN SOBRE SOBRESERIMIENTO. Si la Junta absuelve de la acción de carácter colectivo ejercitada por un sindicato, a éste le corresponde impugnar tal absolución, y si lo hace un trabajador en forma individual, el juicio es improcedente y debe sobreseerse en los términos de los artículos 73, fracción V, y 74, fracción III, de la Ley de Amparo, pues el laudo no afecta su interés jurídico²³¹.

FERROCARRILEROS. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EJERCITADAS POR EL SINDICATO DE LOS. Del texto de la cláusula 146 de las prevenciones generales del contrato colectivo de trabajo ferrocarrilero se desprende que el plazo de treinta días que en ella se establece, es el que tienen los trabajadores miembros del sindicato en lo individual para reclamar cuando se consideren postergados al asignarse una vacante, pero si en la especie no fue esa la acción ejercitada, ni tampoco el sindicato agraviado es un trabajador que hubiese sido postergado, sino que la que se dedujo fue una acción de carácter colectivo ejercitada por la persona moral sindicato, en su papel de parte contratante, y exigiendo el cumplimiento del propio contrato, evidentemente que la prescripción en el caso sólo podía operar si hubiese transcurrido un año, de conformidad con el artículo 328 de la Ley Federal del Trabajo, pues al juzgar lo contrario se aplica inexactamente la citada cláusula contractual y el artículo 329, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo, dejando de aplicar en cambio el 328 de este ordenamiento, lo que implica la violación de las garantías de los artículos 14 y 16 constitucionales²³².

ACCIONES COLECTIVAS DE ORDEN JURÍDICO O ECONÓMICO. En todos los casos en que las demandas laborales no indican a los sujetos titulares de las acciones, no pueden declararse estas procedentes. Es cierta la tesis enunciada, cuando se trata de acciones individuales de tipo jurídico o económico, porque, en tales casos, se hace indispensable conocer la persona titular de la acción, para que el demandado tenga posibilidad de usar de las defensas o excepciones que crea pertinentes, en relación con la cuestión jurídica planteada y con la persona del actor. Estos requisitos no intervienen cuando se ejercitan acciones colectivas de orden jurídico o económico y, especialmente, cuando se trata de la aplicación del contrato colectivo de trabajo, que rige las relaciones obrero patronales, para el efecto

²³¹ T.A., Séptima Época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 44, Quinta Parte, p. 13. IUS: 244270. Amparo directo 2412/72. Mario Bustamante Montes y coagraviados. 11 de agosto de 1972. Cinco votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

²³² T.A., Sexta Época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Parte, XXXVI, p. 49. IUS: 275634. Amparo directo 1921/59. Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana. 9 de junio de 1960. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Arturo Martínez Adame

de que determinados puestos sean considerados como de planta, acción que no tiene como finalidad declarar o constituir derechos para determinados trabajadores, sino que su objeto es declarativo y constitutivo para fijar la interpretación y aplicación de una cláusula del contrato colectivo de trabajo²³³.

IV. LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

1. *La iniciativa*

El 7 de febrero de 2008, el Senador Jesús Murillo Karam, del Grupo Parlamentario del PRI, presentó una iniciativa de decreto por medio de la cual se adiciona un quinto párrafo al artículo 17 constitucional en materia de acciones colectivas. En dicha iniciativa, se entiende que los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos constituyen una especie del género *derechos e intereses colectivos*. Señala además que resulta necesario prever instrumentos jurídicos que permitan la organización de los individuos para la protección y defensa de sus derechos, así como la ejecución de políticas que impliquen una mayor difusión y un mejor acceso a la información sobre dichos derechos e intereses. Pone de manifiesto que los paradigmas procesales actuales resultan insuficientes, e incluso, contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos. Por ello, resalta la necesidad de una legislación secundaria que regule adecuadamente aspectos como la legitimación activa, las pruebas no individualizadas, la cosa juzgada, los efectos de las sentencias, la responsabilidad civil objetiva, entre otras, que sean compatibles con las acciones y procedimientos colectivos. Aunado a lo anterior, recalca la importancia de los principios que guían la interpretación de modo que sean acordes con las finalidades perseguidas por las acciones y procedimientos colectivos a fin de tutelar eficazmente los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Por estas y otras consideraciones, propone:

²³³ T.A., Sexta Época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Parte, XXXVIII, p. 9. IUS: 275421. Amparo directo 7136/59. Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana. 1o. de agosto de 1960. Cinco votos. Ponente: Angel Carvajal.”

Art. 17.-

...

...

...

Las leyes regularán aquellas acciones y procedimientos para la protección adecuada de derechos e intereses colectivos, así como medidas que permitan a los individuos su organización para la defensa de los mismos.

2. *El dictamen en Cámara de Senadores*

Las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores reconocen la necesidad de aprobar una reforma que incorpore, con rango constitucional, mecanismos de tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos. Adoptan, en los mismos términos de la iniciativa, la expresión acciones colectivas como instrumento técnico jurídico que posibilita la protección tanto de derechos difusos, colectivos como individuales homogéneos.

... acciones colectivas, que en términos claros puede decirse que son instituciones procesales que permiten la defensa, protección y representación jurídica colectiva de derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo dentro de una sociedad.

Consideran además, que con independencia del nombre que reciban, se trata de la regulación de derechos que trascienden la esfera individual, en los cuales existe una relación entre sus titulares que los vincula por circunstancias de hecho o de Derecho.

Señalan que si bien en algunas materias se han previsto algunos tipos de acciones colectivas, la complejidad de la sociedad actual y la falta de mecanismos de organización colectiva, han propiciado una protección parcial y deficiente de estos derechos, colocando a las personas en un estado de indefensión. Reconocen, así mismo, que la legislación ha quedado rebasada ante los avances producidos por la ciencia, la tecnología, los cambios en la concepción del mundo y en la forma de interacción entre los individuos y, advierten, que no puede desconocerse el emergimiento de una concepción de patrimonio universal común a todos los seres humanos. Son pues, conscientes de la existencia de relaciones e

interacciones entre los miembros de una colectividad respecto de algún interés común y relevante para ellos, como por ejemplo, la protección al medio ambiente, el respeto a los espacios públicos, la suspensión de una construcción peligrosa en una colonia, entre otros, que implica necesariamente, la superación del individualismo que ha permeado la protección de los derechos y que se ha manifestado principalmente al requerir que los individuos deban estar plenamente identificados y acreditar en forma fehaciente el daño o la lesión a sus intereses en forma individual.

A su vez, argumentan que debe fortalecerse el acceso a la justicia, lo cual conlleva no sólo el reconocimiento de los derechos que le asisten a las personas (ya sea en forma individual o como miembros de una colectividad), que necesariamente corresponden a los fines e intereses que una sociedad en un momento determinado estima como valiosos, sino también la previsión de instrumentos y mecanismos que permitan un efectivo cumplimiento de dichos derechos, o en su defecto, la reparación del daño. Bajo dicho supuesto, aducen que la principal falla en el acceso a la justicia en México no está tanto en el reconocimiento de derechos como sí en la falta de mecanismos que los tutelen y que permitan su amparo efectivo. Por ello, resulta imperioso un cambio de mentalidad del juez, a fin de que “revisen la racionalidad y objetivo de las acciones y procedimientos colectivos a la luz de las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones, abstraigan su función esencial y los adapten a las peculiaridades del sistema jurídico mexicano”.

En virtud de dichos argumentos, las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores, encuentran procedente incorporar a la Constitución este tipo de instrumentos de tutela de derechos colectivos, “conscientes de que corresponderá al legislador ordinario la adecuada interpretación del contenido y esencia de la reforma, con la finalidad de que se prevean acciones y procedimientos ágiles, sencillos y accesibles a todo grupo de individuos que permitan alcanzar los fines propuestos”.

Con todo y ello, estiman conveniente que debe precisarse en el texto constitucional la atribución conferida al Congreso de la Unión para legislar sobre

estos instrumentos de tutela de derechos colectivos, los procedimientos judiciales para hacerlos efectivos en las materias que determinen las leyes, así como los mecanismos de reparación del daño. Asimismo, consideran que debe enfatizarse en la competencia atribuida a los jueces federales para conocer de dichos procedimientos colectivos en los términos que señalen las leyes. Finalmente, y por razones de técnica legislativa, proponen que la adición al artículo 17 constitucional se incorpore en el párrafo tercero y no en el quinto como se sugiere en la iniciativa toda vez que los dos primeros párrafos del precepto atañen a cuestiones relacionadas con la justicia; quedando entonces como sigue:

Artículo 17.

....

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

....

....

....

....

3. *El dictamen en Cámara de Diputados*

La comisión dictaminadora de la Cámara de Diputados consideró preciso abordar el origen y concepto de la acción colectiva a efectos de comprender los alcances y la trascendencia de la reforma que se estudia. Para este efecto, se remonta al año de 1847 en el cual nace el juicio de amparo con el objeto de garantizar el respeto a los derechos fundamentales del pueblo mexicano. Para entonces, el *ser humano en lo individual* era el sujeto obligado de la garantía, única que preocupaba a los dirigentes de aquella época. Posteriormente, los movimientos sociales de 1910 dieron lugar, por primera vez en el mundo, al reconocimiento de derechos sociales. Si la Constitución de 1857 estuvo marcada por su carácter eminentemente liberal, la Constitución de 1917 fue influenciada por su ideología social.

Resalta la comisión dictaminadora que el juicio de amparo, único instrumento procesal constitucional que reconoce el sistema jurídico para la defensa de los derechos, resulta insuficiente, toda vez que

sólo puede ser planteado ante los jueces federales cuando se demuestre que el accionante recibe un agravio personal y directo por parte de una autoridad y, ello no ocurre así cuando se trate de impugnaciones por violación de derechos sociales, o sea derechos pertenecientes a todos o a una concreta colectividad, por ello es imprescindible buscar un camino que permita por justicia social ejercer los derechos o acciones colectivas en contra de aquellos actos o hechos que vulneren los derechos colectivos.

Por su parte, la comisión dictaminadora adopta la definición de acciones colectivas propuesta por el tratadista brasileño Antonio Gidi, quien conceptualiza esta acción como aquella que es “promovida por un representante (legitimidad colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo”.

Resulta interesante la aclaración vertida en el dictamen en el cual se señala expresamente que “no estamos proponiendo una acción popular, sino tan sólo una acción por interés general, pero por supuesto legitimada”, declaración que parece contradecirse párrafos posteriores al afirmar que “este mecanismo procedimental concede legitimación activa a los ciudadanos en general –lo cual implica en sí el establecimiento de la acción popular-, grupos, partidos, sindicatos y autoridades, al conceder al grupo agraviado legitimación directa”. Adviértase entonces no sólo la contradicción antes aludida sino también la impertinencia e inconducencia de la misma, toda vez que la reforma establece la competencia del Congreso para legislar y regular los aspectos relativos a la legitimación en la causa, entre otras.

Aunado a lo anterior, reconoce la comisión la necesidad de reconocer los derechos denominados de tercera generación, mismos que, en esencia, tienen una naturaleza colectiva y cuya plena incorporación debe ser la aspiración de un Estado Social de Derecho.

Por los motivos anteriores, la Comisión Dictaminadora de la Cámara de Diputados llega a la convicción de que resulta necesario prever, a nivel constitucional, mecanismos que permitan el ejercicio de los derechos colectivos.

Ello, además de posibilitar el acceso a la justicia, constituiría una herramienta invaluable contra los abusos de poder.

En consecuencia, la Cámara de Diputados presenta dictamen aprobatorio de la adición de un párrafo tercero al artículo 17 constitucional en los términos presentados por el dictamen de la legisladora.

4. *El decreto*

El 29 de julio de 2010 se publica en el DOF decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 17 constitucional, en los términos siguientes:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

V. PROPUESTAS LEGISLATIVAS PARA LA REGLAMENTACIÓN DE PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

1. *Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se adiciona el Título Tercero al Libro Tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles que regula las acciones y procedimientos colectivos*

La propuesta del Diputado del Partido del Trabajo, Jaime Cárdenas Gracia, está basada, en lo fundamental, en el proyecto elaborado por los profesores Alberto Benítez, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Antonio Gidi, mismo que se encuentra condensado en el *Código Modelo de Procesos Colectivos* y presenta, a grandes rasgos, las siguientes características:

- Denomina la acción para la protección de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos –individuales de incidencia colectiva– como acciones colectivas.
- Instancia judicial para la protección de los derechos allí reconocidos.

- Concede legitimación procesal activa a los ciudadanos, grupos, partidos, sindicatos y autoridades.
- El procedimiento posee las características de oralidad, inmediatez y es de carácter sumario.
- Dispone reglas para la reparación del daño a la colectividad y a los miembros del grupo.
- Prevé medidas precautorias para salvaguardar y proteger derechos colectivos e individuales, así como medidas de apremio para que los jueces puedan hacer cumplir sus determinaciones.
- Dispone que las sentencias tendrán efectos *erga omnes*.
- Incorpora la figura del *amicus curiae* para que distintos sectores sociales argumenten y deliberen sobre las pretensiones objeto de las acciones colectivas.

A. Jurisdicción

Civil. Del orden federal. De la lectura de la iniciativa, surge la siguiente pregunta: ¿Y si el sujeto responsable por la violación a los derechos difusos y colectivos es una persona de derecho público? ¿También en este caso conocerá la jurisdicción civil? ¿Conoce ésta de los conflictos entre el Estado, cuando actúa en calidad de autoridad, y los particulares? No debe olvidarse que el Estado es uno de los principales vulneradores de estos derechos e intereses.

B. Competencia

La competencia se determina en razón del territorio, de modo que conocerá de las acciones colectivas el juez del lugar de los hechos o del domicilio del demandado, a elección del actor.

C. Objeto de las acciones colectivas

Conforme a la iniciativa, las acciones colectivas tienen como objeto la protección de derechos e intereses trans-individuales (derechos e intereses difusos y colectivos), así como de derechos individuales de incidencia colectiva.

D. La pretensión

Del texto se desprende que las pretensiones podrán ser de carácter: a) declarativo, b) constitutivo y c) de condena.

E. La legitimación en la causa

La iniciativa propone legitimar en la causa a los sujetos que a continuación se relacionan:

- a) Cualquier persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho.
- b) Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos.
- c) La Entidad Pública Relevante. Entendida como aquella que tiene a cargo la protección o tutela del derecho o interés amenazado o vulnerado de acuerdo a la legislación aplicable.
- d) La Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios
- e) Las Asociaciones sin fines de lucro legalmente constituidas.
- f) El Ministerio Público.
- g) Las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría.

h) Los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.

F. Asistencia legal profesional

La iniciativa retoma la figura de la asistencia jurídica gratuita prevista en la legislación española y la prevé al efecto. Al prescribirse que los legitimados deberán contar con asistencia legal profesional creemos se impone una obligación, pero, ¿a cargo de quien?

G. Procedimiento

Una vez interpuesta la demanda, el juez la admitirá (o desechará de ser el caso dentro de los 5 días sgtes.) y correrá traslado al demandado (por 15 días) emplazándolo en forma personal. Con ello, también se dará vista al Ministerio Público y a la entidad pública relevante (para que en el mismo plazo manifiesten lo que estimen pertinente). El juez certificará si la demanda contiene los requisitos de procedencia dentro de los 10 días siguientes. Esta decisión podrá ser modificada en cualquier etapa del proceso cuando existieren razones justificadas para ello. Se notificará a los miembros de la colectividad o grupo a través de medios idóneos para que la publicidad de la demanda logre alcanzar al mayor número de legitimados colectivos y miembros de la colectividad o grupo. En el auto en donde el juez ordene las notificaciones antes comentadas, se citará a una audiencia de conciliación que se llevará a cabo dentro de los 15 días siguientes a la notificación. De llegarse a un acuerdo, deberá darse vista previa a la entidad pública y al Ministerio Público. Durante la audiencia, el juez deberá escuchar los argumentos de terceros interesados. Satisfechos estos requisitos, el juez aprobará el acuerdo si éste procede legalmente, se ajusta a derecho y los intereses de la colectividad o grupo están debidamente protegidos. Si la audiencia de conciliación resulta fallida

(aunque no se expresa en el supuesto es lógico²³⁴) se da apertura al periodo probatorio (por un periodo de 15 días) y se cita a las audiencias finales del procedimiento, las cuales tendrán verificativo el último día del periodo de ofrecimiento de pruebas. Desahogadas y discutidas las pruebas en la audiencia, se abrirá el periodo de alegaciones, en el cual participarán el Ministerio Público, las partes y la entidad pública relevante (aunque el texto alude a la entidad gubernamental, se entiende).

La sentencia –dice- será proferida en la misma audiencia o dentro de 15 días siguientes. Será facultativo del juez proferir sentencia *in limine*? ¿De qué criterios objetivos depende que el juez opte por una u otra, teniendo en cuenta que se trata de un proceso oral y sumario?

H. *Amicus Curiae*

El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, siempre que tengan relevancia con el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes, pudiendo el juez argumentar la resolución de la controversia en dichas manifestaciones o argumentos. En todo caso, el juez, en la sentencia, deberá -sin excepción-, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.

Del análisis de la figura en comento surge el siguiente cuestionamiento: ¿Podrían los terceros no estar en conflicto de interés respecto de las partes? ¿Su intervención no implicará una toma de postura a favor del actor o del demandado?

²³⁴ Vale la pena resaltar que la iniciativa previene que una vez concluida la audiencia de conciliación, el juez abrirá el juicio a prueba. Parece incorrecto, pues estimo que sólo en caso de no llegarse a un acuerdo durante la audiencia de conciliación el juez abrirá el periodo probatorio. En caso contrario, dictará sentencia.

En nuestro criterio, su intervención implicará necesariamente conflicto de interés, de ahí que se recomiende sustituir cualquier prevención en este sentido.

I. Actividad Probatoria

La iniciativa contempla amplitud probatoria. Sin embargo, resalta la facultad del juez para requerir “prudencialmente” a la Entidad Pública Relevante o a cualquier tercero la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo. De ahí que nos preguntemos: ¿Cómo controlar la prudencia del juez? ¿No contribuye este tipo de cláusulas a menguar la seguridad jurídica que debe regir las relaciones jurídicas? ¿No será más preciso, en aras de salvaguardar la certeza jurídica, expresar que el juez deberá motivar la necesidad de practicar pruebas a cargo del fondo?

Otro aspecto que llama la atención es la previsión contenida en el artículo 561, el cual señala que “para resolver la controversia planteada no será necesario que la parte actora presente y desahogue pruebas individualizadas respecto de todos los miembros de la colectividad o grupo de que se trate”. Valga a aclarar que, en nuestro concepto, tal disposición será válida en caso de que la sentencia que se dicte sea declarativa con efectos generales, pero no así en el caso de plantear el incidente de reparación tratándose de derechos individuales homogéneos o colectivos.

A su vez, el artículo 562 en su párrafo segundo al disponer que, “la parte actora y la Entidad Pública Relevante deberán incluir en su página de Internet información completa, actualizada y documentada sobre los procedimientos colectivos respectivos,” no hace más que imponer una obligación al actor sin tener en cuenta su personalidad, si es una persona física o jurídica, y la disponibilidad de los recursos o medios tecnológicos a su alcance. ¿Cuál es la finalidad que persigue la norma? Y, si el fin es garantizar la publicidad del proceso, ¿no bastará con que tal obligación la asuma la entidad pública relevante, entendida como garante del derecho e interés difuso o colectivo amenazado?

J. *Medidas precautorias*

La iniciativa prevé la posibilidad de adoptar medidas precautorias, las cuales podrán decretarse antes de la presentación de la demanda o, en cualquier etapa del proceso, de oficio o a solicitud de parte y sin audiencia de la contraparte. Podrán consistir en:

- a) La cesación de las actividades que estén causando un daño o vulneración a los derechos e intereses colectivos o individuales de incidencia colectiva o lo puedan llegar a causar.
- b) La realización de actividades que por su omisión previa hayan causado un daño o vulneración a los derechos e intereses colectivos o individuales de incidencia colectiva o lo puedan llegar a causar.
- c) El retiro del mercado de bienes y productos que sean considerados peligrosos.
- d) El aseguramiento de bienes de la parte demandada.
- e) Cualquier otra medida que el juez considere apropiada.

Del texto aludido surge la siguiente cuestión: ¿Es correcto disponer que las medidas precautorias podrán ser decretadas antes de la presentación de la demanda? ¿No parece más técnico señalar que las medidas precautorias se piden en la demanda y se decretan antes de que ésta sea notificada al demandado? Ello por cuanto no podrá decretar el juez una medida cautelar sin conocer antes el *petitum* y la *causa petendi*.

K. *La sentencia*

La iniciativa establece 2 hipótesis:

- a) Tratándose de derechos e intereses difusos y colectivos, el juez podrá ordenar al demandado la realización de conductas o la abstención de las mismas,

en aras de proteger el derecho o interés amenazado o violado y evitar futuras violaciones a los mismos. Para lo anterior, establecerá plazos prudentes para su cumplimiento y medidas de apremio en caso de incumplimiento. Si fuere posible, ordenará la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la violación al derecho o interés. Si no fuere posible dicha restitución, podrá condenar al demandado al pago de los daños y perjuicios causados a la colectividad en su conjunto con base en cálculos que incluirán el número estimado de miembros de la colectividad, la afectación a los derechos o intereses de la colectividad o al interés general y demás circunstancias que estime pertinentes, incluso, los beneficios obtenidos por el demandado. La cantidad resultante se destinará al Fondo.

b) Tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva, el juez condenará al demandado al pago de los daños y perjuicios causados a los miembros del grupo de que se trate. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo sea de fácil determinación o pueda ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula para calcular la indemnización individual y la sentencia se ejecutará de forma colectiva. En la sentencia, el juez establecerá medidas que hagan fácil y expedita la entrega de dichas indemnizaciones. Si después del periodo otorgado por el juez para que los beneficiados obtengan las indemnizaciones que les correspondan hubiere cantidades remanentes, éstas serán destinadas al Fondo. Si el juez no puede calcular el valor de los daños individualmente, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar, difiriendo la liquidación de los daños individuales a los incidentes individuales a ser promovidos por cada uno de los miembros del grupo dentro de los dos años siguientes a que la sentencia cause ejecutoria. Si transcurridos los dos años sólo una parte de la totalidad de las personas hubieren promovido el incidente de liquidación respectivo, el juez fijará el valor global de los daños causados a los miembros del grupo restantes y el demandado deberá entregar el remanente al Fondo.

Con respecto a la sentencia emitida en juicios que tutelen derechos individuales de incidencia colectiva, creemos que realmente lo que se esté

previando es un término de caducidad para promover el incidente de liquidación en condenas en abstracto. Por ello la alusión a los remantes y su destino al Fondo. Igual sucederá en los casos en los que el acreedor de la indemnización no inicie el proceso ejecutivo en tiempo y forma, lo que generaría prescripción del derecho a favor del Fondo.

a. Efectos de la sentencia

La sentencia producirá efectos de cosa juzgada *erga omnes*. Así la cosa juzgada vincula a todos los miembros de la colectividad o grupo, pero no surte efectos en el caso de que un legitimado colectivo presente nuevos elementos probatorios o compruebe una inadecuada representación de los derechos e intereses de la colectividad o grupo.

Ahora bien, si alguna persona inició un procedimiento individual en el cual se profirió sentencia que causó ejecutoria, no podrá ser incluida dentro de una colectividad o grupo para efectos de un procedimiento colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas.

L. Medidas de apremio

Las medidas de apremio tienen como finalidad hacer cumplir las determinaciones del juez. Pueden consistir en multas periódicas proporcionales al daño causado o al daño que se pretende prevenir y en la realización de actos o acciones por cuenta de la parte que no obedezca la medida decretada y con cargo a esta última.

M. Costas y gastos

La iniciativa dispone que en los procedimientos colectivos habrá condena en costas y gastos judiciales. Siempre será procedente contra el demandado en los casos de sentencia condenatoria. Cuando la sentencia no fuere favorable al actor,

la condena en costas y gastos procederá sólo si aquél no presentare prueba adecuada para justificar su acción, si intentare una acción notoriamente improcedente, si utilizare documentos falsos durante el juicio o si presentare la acción colectiva de mala fe o con el propósito de realizar una afectación al demandado.

*2. Iniciativa que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria del párrafo tercero del artículo 17 constitucional, en materia de acciones colectivas*²³⁵.

La propuesta del Diputado Javier Corral Jurado, del Partido Acción Nacional –PAN-, presentada el 4 de agosto de 2010, señala la necesidad de atender y enfrentar los cambios que ha generado la globalización, no sólo a partir del desarrollo tecnológico y el impulso a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, sino también frente al emergimiento de nuevas formas de comunicación entre los individuos, lo que demanda mecanismos de protección a favor de todos los habitantes del Planeta. Consciente de ello, la administración de justicia no debe quedar rebasada por estas nuevas realidades.

La alternativa presentada propone regular las acciones colectivas a partir de una ley federal reglamentaria. La exposición de motivos define la acción colectiva como una institución de carácter procesal “cuyo objeto es la defensa, protección y representación jurídica de tipo colectivo, respecto de derechos e intereses propios de los integrantes de un grupo en el ámbito de una colectividad”. Antes de adentrarnos en el análisis del documento resulta importante hacer una primera observación, y es que no existe uniformidad en cuanto a la caracterización que debe darse a los derechos e intereses difusos. Así, en algunos artículos se alude a derechos difusos (artículos 2, 4, v.g.) y en otros, a intereses difusos (artículos 1, 6, v.g.). Tampoco asume la solución que han sugerido algunos tratadistas usando la conjunción (o).

Hecha esta advertencia, analicemos el contenido de la iniciativa.

²³⁵ Véase: Gaceta Parlamentaria, año XIII, número 3069, viernes 6 de agosto de 2010.

A. *Jurisdicción*

Civil. Del orden federal. Debe traerse a colación la misma reflexión que hicimos al analizar la propuesta del Diputado Jaime Cárdenas Gracia. Como es bien sabido, la jurisdicción civil conoce de conflictos entre particulares. Que pasará entonces si la vulneración de los derechos e intereses difusos y colectivos proviene, como es regular, de un órgano de la administración pública? La confusión entre derecho público y privado es más que evidente y se hace patente al revisar el ordinal 14 de la exposición de motivos en la cual se argumenta que “se opta por un juez de distrito civil federal por la naturaleza jurídica de la relación entre los individuos: Persona física o persona moral, de derecho público o privado, ya sea como actor o como demandado, por cuanto que nos hallaríamos frente a una responsabilidad extracontractual...”.

B. *Competencia*

En la iniciativa, la competencia –tanto tratándose de acciones colectivas como de acciones que tutelan intereses difusos- está determinada en razón del territorio, debiendo conocer, por tanto, el juez de distrito. Sin embargo, la redacción de los artículos que a ella refieren es bastante confusa y adolece de falta de técnica legislativa. El artículo 20 señala que a elección del actor, será competente el juez de distrito en cuya jurisdicción esté ubicado el domicilio de la autoridad o particular demandado. He aquí la deficiencia en la disposición: para que haya elección deberán existir alternativas, esto es, más de una opción. Tal enunciado sólo contempla una: el domicilio del demandado. Por lo anterior, se recomienda que en un solo artículo se establezca que será competente, a elección del actor, el juez de distrito del lugar de los hechos o del domicilio del demandado, sea éste persona de derecho privado o público. Por otro lado, resalta la previsión contenida en el artículo 19 relativa a la competencia a prevención en virtud del conflicto competencial en razón del territorio. Esta competencia, en términos generales, se explica cuando dos jueces pueden conocer de la *litis* en razón del

territorio. La iniciativa utiliza esta competencia para regular la hipótesis según la cual la ejecución de los hechos comience en un distrito pero continúe su ejecución en otro. Pero, ¿Se justifica esta precisión o bastará con hacer una remisión en lo no regulado al Código Federal de Procedimientos Civiles –CFPC- que contiene disposiciones similares al respecto? Véase, por ejemplo, las fracciones III y VIII del artículo 24 del CFPC.

C. Objeto de las acciones colectivas

El artículo 1 dispone expresamente que la ley tiene por objeto regular las acciones colectivas y la tutela de derechos difusos. De ahí que nos preguntemos: ¿son dos acciones independientes y diferenciadas? Si ello es así, la iniciativa distinguiría dos tipos de acciones: a) acciones colectivas para la protección de los derechos o intereses individuales de incidencia colectiva; y, b) acciones de derechos difusos para tutelar derechos difusos y colectivos en *stricto sensu*. Tal planteamiento es corroborado con la lectura de la fracción I del artículo 6 que señala qué debe entenderse por acciones de derechos difusos y acciones colectivas. Así, las acciones colectivas son definidas como aquellas “interpuestas por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios a dichas personas, las cuales son determinadas o fácilmente determinables”; en cambio, “las acciones relativas a intereses difusos, serán aquellas acciones interpuestas por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. En éste caso, las personas afectadas no son determinadas o no son fácilmente determinables por los daños ocasionados. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad y se ejercerán solamente para obtener el reconocimiento y el pago de indemnización de los perjuicios”.

Con todo y lo anterior, en el artículo siguiente se señala que por medio de las acciones colectivas se protegen derechos difusos y derechos individuales

homogéneos, lo que genera vaguedad y ambigüedad en la disposición, además de una terrible incertidumbre jurídica.

Otro aspecto relevante es que el autor parece confundir los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, haciendo una fusión, por demás extraordinaria, que denota una escasa comprensión del tema y los problemas que se presentan al intentar transpolar textos foráneos a la legislación nacional. Aclárese que si bien los derechos difusos están en parte determinados por la indeterminación de sus titulares, no es correcto afirmar que éstos han sufrido perjuicios individuales, sino antes bien, los perjuicios se irrogan a la colectividad en general, en su conjunto. Precisamente por eso se denominan difusos: difusos en cuanto a los titulares y difusos en cuanto al bien jurídico protegido. Nótese además que según la disposición que se comenta, la acción para la protección de los derechos difusos tendría un objeto resarcitorio, cuando en realidad, la tutela de los derechos difusos tiene fines principalmente preventivos y no indemnizatorios.

Más aún, la imprecisión antes aludida se hace patente en la fracción II del artículo 4 al disponer que “las disposiciones de la misma se interpretarán evitando una aplicación incompatible con la protección de los derechos colectivos o individuales difusos”. ¿Acaso los derechos difusos son individuales? Por éstas y las anteriores consideraciones, nos parece inadmisibles que tal planteamiento se llegue a fincar en normativa jurídica.

Más acertada, en cambio, la propuesta del Diputado Jaime Cárdenas Gracia en lo referente a este apartado.

Finalmente, la iniciativa establece un término de caducidad de la acción. En efecto, el artículo 12 dispone que “cuando la acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración”.

D. La pretensión

De conformidad con la iniciativa, las pretensiones podrán ser de carácter: a) declarativo, b) constitutivo, c) de cumplimiento de una obligación de hacer o no

hacer y, d) de condena. A diferencia de la iniciativa antes estudiada, ésta añade una pretensión más: la obligación de hacer o no hacer, aspecto que desde el punto de vista técnico jurídico es incorrecto, pues la pretensión declarativa de condena conlleva en sí misma la imposición de una obligación de dar, hacer o no hacer.

E. La legitimación en la causa

La iniciativa propone como sujetos legitimados, los que a continuación se mencionan:

- I. El Presidente de la República o el Procurador General de la República;
- II. Los gobernadores de los Estados o los encargados de la procuración de justicia;
- III. El Jefe del Gobierno del Distrito Federal o el encargado de la procuración de justicia en el mismo;
- IV. Los presidentes municipales, en lo relacionado con su competencia;
- V. Los órganos constitucionales autónomos, en lo relacionado con su competencia;
- VI. Las dependencias y entidades de la administración pública, de los tres órdenes de Gobierno, en lo relacionado con su competencia; esto es, las señaladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en los respectivos ordenamientos locales en los ámbitos estatal, municipal y del Distrito Federal, así como los órganos administrativos desconcentrados de los distintos órdenes de gobierno.
- VII. El Ministerio Público;
- VIII. Las asociaciones sin fines de lucro, legalmente constituidas al menos con dos años de antelación a la fecha de su presentación; y
- IX. Las personas físicas en lo individual, cuando representen una pretensión de clase.

Preciso es aludir a lo que ha de entenderse, según la iniciativa, por pretensión de clase, la cual es definida como la “vulneración de un derecho perteneciente a un grupo de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó o les puede originar perjuicios individuales”. Aquí hay que diferenciar los derechos colectivos y difusos de los derechos individuales homogéneos. Es demasiado confusa la disposición. Debemos tener suficientemente claro que tratándose de derechos individuales homogéneos, cuando se configura un grupo, el derecho o derechos vulnerados no pertenecen al

grupo, sino a cada uno de los individuos que componen el grupo. Se trata, más bien, de una pluralidad de personas que han sufridos daños en sus derechos individuales derivados de una causa común y que concurren conjuntamente al proceso por razones procesales. De ahí que el derecho no pertenezca al grupo, sino a cada sujeto en forma individual.

Del análisis del texto se desprenden otras consideraciones: Primero: las personas físicas (naturales) podrán interponer acción colectiva sólo para la protección de derechos individuales homogéneos o en representación de una colectividad determinada. No podrán, entonces, hacerlo para la tutela de derechos difusos. En consecuencia, no se prevé la acción popular. Segundo: el artículo incurre en error por contradicción. Me explico: el art. 2 establece que la acción colectiva tiene por objeto la protección de los derechos difusos. Ahora bien, según la redacción del artículo 7 resulta lo mismo hablar de acción colectiva que de intereses difusos. Se propone analizar el uso de la conjunción (o) aplicado para ambos supuestos, a manera de determinar si se emplea como sinónimo o en forma alternativa. Nótese que varios artículos se expresan en los siguientes términos: “acción colectiva o de intereses difusos”.

Resta indicar que el artículo 9 es casi una repetición de las fracciones V y VI del artículo 7, por lo que deberá revisarse su pertinencia.

F. Sujeto Activo

Será sujeto activo toda persona de derecho público o privado cuya acción u omisión lesione intereses o derechos difusos o colectivos. El artículo 10 señala que la acción colectiva procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar derechos o intereses colectivos o difusos.

G. Asistencia legal profesional

No se consagra

H. *Procedimiento*

En cuanto refiere a los requisitos de la demanda enunciados en el artículo 13, consideramos se encuentran bien abordados. La falta de alguno genera improcedencia y en caso de que el actor no subsane los requisitos indicados por el juez, en el término establecido, la demanda será rechazada de plano. Aquí valdría la pena utilizar las expresiones que acostumbra la legislación mexicana para tales efectos, como lo es la prevención al actor para que aclare, corrija o complete la demanda cuando es oscura o irregular y el desechamiento de la misma. Enunciados como “el rechazo de plano” de la demanda no parecen ser propias del sistema jurídico mexicano²³⁶.

Una vez interpuesta la demanda, se notificará personalmente al demandado y se le correrá traslado de la demanda. Si el demandado es persona jurídica se notificará al representante legal. Si bien el enunciado normativo sólo dispone que la notificación al representante legal operará tratándose de entes públicos, ha de entenderse que tal prevención deberá ser extensiva a toda persona jurídica, pública o privada. De ahí que el artículo 23 adolezca de vicios en su contenido. Por su parte, se notificará en estrados y a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier otro mecanismo eficaz, a los ciudadanos interesados.

Hecho esto, se cita a audiencia de conciliación la cual deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días posteriores a la contestación de la demanda o al vencimiento del término de traslado. Intervienen las partes pero también podrán intervenir las personas físicas (naturales) o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. El juez velará en todo momento por la protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. De llegarse a un acuerdo, el juez aprobará el convenio, el cual produce efectos de cosa juzgada. Si la audiencia

²³⁶ Véase por ejemplo, el artículo 325 del Código Federal de Procedimientos Civiles (última reforma publicada en el DOF 30/12/2008). Otros artículos utilizan expresiones como el desecho de plano, en referencia otros asuntos.

de conciliación resulta fallida, se da apertura al periodo probatorio y de alegaciones.

Valga comentar que la redacción del artículo 31 peca de imprecisa toda vez que dispone que “contestada la demanda o transcurrido el plazo respectivo sin que hubiera convenio a que se refiere el artículo anterior, el juez abrirá el juicio a prueba”. El redactor no consideró que necesariamente se citará a audiencia de conciliación, independientemente de si hay o no voluntad conciliatoria, por lo que el periodo probatorio sólo podrá abrirse una vez transcurrido el plazo sin que hubiere acuerdo conciliatorio y no una vez contestada la demanda.

Ahora bien, vencido el término para practicar pruebas, el juez correrá traslado a las partes para alegar por un término común de cinco días hábiles, al cabo de los cuales el juez citará para sentencia por sí o a petición de parte. A partir de entonces, el juez dispone de treinta días naturales para dictarla. Con todo y lo anterior, la sentencia deberá proferirse en el término de 90 días contados a partir del vencimiento del término de traslado de la demanda.

I. Amicus Curiae

No se prevé en forma expresa, sin embargo de la lectura del articulado se infiere tal posibilidad. En efecto, el párrafo primero del artículo 29 alude al deber del juez de escuchar a los terceros en la audiencia de conciliación, siempre que hubieren registrado comentarios escritos sobre el proyecto. Con todo y ello, valdría la pena prever alguna disposición que lo regule en forma expresa y sin ambigüedad.

J. Actividad Probatoria

La iniciativa contempla libertad probatoria, bastando tan sólo con acreditar la conducencia y pertinencia de la prueba. Así, el juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba que estime conducente, incluida la presentación de estadísticas provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad, pudiendo, incluso, ordenar a las

entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes pertinentes en la causa de que se trate. En todo caso, el juez está obligado a realizar las diligencias necesarias para mejor proveer y, el ejercicio de dicha facultad no dilatará el procedimiento.

K. Medidas precautorias

La iniciativa prevé la posibilidad de adoptar medidas precautorias, las cuales podrán decretarse antes de ser notificada la demanda o en cualquier etapa del proceso –si bien, se dice, estado del proceso, por demás impropio, porque el proceso se lleva a cabo en etapas no en estados-, de oficio o a petición de parte. Tienen como finalidad garantizar el interés público, prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado. El juez podrá decretar las que estime pertinentes.

Como se aprecia, la iniciativa del Diputado Javier Corral Jurado corrige el error ya señalado en el apartado correspondiente de la iniciativa del Diputado Jaime Cárdenas Gracia en cuanto al momento oportuno para decretar medidas precautorias.

L. La sentencia

De acuerdo con la iniciativa, la condena al pago de daños o perjuicios en general se dictará en sentencia y, a través de un incidente, se liquidará la indemnización.

Se advierte en el texto que la sentencia, bien que se trate de acciones para la defensa de derechos colectivos o de intereses difusos, deberá delimitar la composición del grupo o personas afectadas, indicando con precisión las pautas necesarias para individualizar a los sujetos a quienes se extenderán los efectos de la cosa juzgada...”.

Ahora bien, sobre la reparación del daño a los derechos e intereses difusos se establece que “en caso de que el juez de la causa no pueda calcular el importe de los daños sufridos por los miembros del grupo, la condena será genérica,

limitándose a determinar la responsabilidad de la demandada y el deber de indemnizar, en su caso”. Al respecto es de comentarse la necesidad de incorporar una cláusula que prevea que en los supuestos de responsabilidad por violación a los derechos e intereses difusos, la indemnización que pudiera generarse se destine, en primer lugar a la restitución de las cosas a su estado anterior y, de no ser posible, a un FONDO que se cree al efecto para la protección de los derechos e intereses difusos y colectivos.

Finalmente, en cuanto a la publicidad de las sentencias, se dispone que deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación un extracto de la demanda así como del resultado de la sentencia en firme o de los términos del convenio respectivo.

a. Efectos de la sentencia

La sentencia producirá efectos de cosa juzgada *erga omnes*. Previene la disposición que “la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general y causará estado de inmediato”. Sin embargo, vale la pena cuestionarnos ¿Que significa causar estado de inmediato?

M. Medidas de apremio

No se consagran.

N. Costas y gastos

Establece la iniciativa que, por regla general, no procederá la condena en costas y gastos en contra del actor, salvo en caso comprobado de mala fe; en cambio, si será procedente contra el demandado, siempre que hubiere solicitud de parte.

3. Propuesta de quien suscribe

La presente propuesta se nutre de las diversas aportaciones que tratadistas mexicanos y extranjeros han realizado sobre los derechos e intereses colectivos

(difusos, colectivos en *stricto sensu* e individuales homogéneos), y que han sido incluidas en el desarrollo de esta investigación. Nuestro objetivo no es el de ofrecer enunciados normativos sino formular lineamientos que guíen el trabajo del legislador. Por ello, lo primero que hay que decir es que la reglamentación de las acciones colectivas debe abordarse en una ley de tipo reglamentario y no a través de reformas parciales a los códigos procesales. Debe además separarse el tratamiento procesal de los derechos difusos y colectivos, de aquél que regule los derechos individuales homogéneos pues en algunos casos será procedente la aplicación de determinadas figuras que no tendrían cabida, por ejemplo, en la regulación de los derechos e intereses difusos. Adicionalmente deberá el legislador prever la disposición de un capítulo relativo a aquellos preceptos que son comunes a la tutela de derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, como los relativos a los principios que rigen el procedimiento; la prioridad del trámite; la jurisdicción y competencia; la demanda; la interrupción de la prescripción; la pretensión; los actos de aseguramiento; la carga de la prueba, los medios de prueba y su valoración; la sentencia; los medios de coacción psicológica; la aplicación residual del Código de Procedimiento Civil Federal y el fondo para la protección de los derechos colectivos.

A. Disposiciones comunes a los procesos colectivos

a. Principios que rigen el procedimiento

Los procesos colectivos deberán regirse por los siguientes principios: el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, economía procesal, eventualidad o preclusión, inmediación, concentración, doble instancia, buena fe y lealtad procesal, razonabilidad y la proporcionalidad de las sentencias.

Aplicará el principio dispositivo en el ejercicio de la acción así como el impulso procesal oficioso. El principio dispositivo e inquisitivo se reflejará en las diversas etapas del proceso, en aspectos relativos a la ampliación de la demanda,

al decreto y práctica de pruebas, la congruencia de la sentencia, las facultades del juez al resolver los recursos, entre otros.

b. Prioridad del trámite

El juez de distrito conocerá en forma preferente de las acciones colectivas, excepto cuando conozca del juicio de amparo.

c. Jurisdicción y competencia

Por regla general la competencia se determina en razón del sujeto vulnerador de los derechos e intereses colectivos y tiene su fundamento en la clasificación del derecho y la separación de la jurisdicción. Si el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares y el derecho civil las relaciones jurídicas entre particulares o sujetos de derecho privado, lógico sería atribuir competencia a la jurisdicción contencioso administrativa cuando el sujeto que vulnera con sus acción u omisión los derechos e intereses de la colectividad es un órgano público o que ejerce funciones públicas; *contrario sensu*, compelerá a los tribunales ordinarios de carácter civil, conocer de las controversias que se susciten entre particulares, cuando el sujeto vulnerador de los derechos e intereses aquí referidos sea una persona física o jurídica de derecho privado. Esta postura ha sido ampliamente compartida por el tratadista Dante Barrios de Ángelis²³⁷.

Sin embargo, dada la tendencia del legislador mexicano, tal como se ha evidenciado en las iniciativas antes estudiadas, de atribuir la competencia para conocer de acciones colectivas a los jueces de distrito, sería importante que por lo menos éstos jueces estén especializados en razón de la materia.

Ahora bien, son competentes para conocer en primera instancia, los jueces de distrito del lugar de ocurrencia de los hechos o del lugar del domicilio del demandado, a elección del actor. Y, en segunda instancia, conocerán los Tribunales Unitarios de Circuito.

²³⁷ Barrios de Ángelis, Dante, *op. cit.*, p. 134.

d. La demanda

Siendo consecuentes con la necesidad de flexibilizar el acceso a la jurisdicción, se propone minimizar los requisitos de la demanda, de modo que contengan los datos esenciales para que pueda trabarse la relación jurídico-procesal. Así, son requisitos de la demanda:

- La capacidad de las partes,
- Las pretensiones invocadas,
- La enunciación de la *causa petendi*,
- Las pruebas allegadas por las partes y la solicitud de práctica de las mismas,
- La indicación del domicilio del actor y del demandado a fin de recibir las notificaciones.

e. Interrupción de la prescripción

En todos los procesos colectivos se interrumpirá la prescripción con la notificación del auto admisorio de la demanda, pero se entiende que retrotrae sus efectos a la fecha de presentación de la misma.

f. La pretensión

La pretensión en los procesos colectivos podrá ser declarativa pura, declarativa de condena y constitutiva.

g. Actos de aseguramiento

Las partes podrán solicitar al juez el decreto y práctica de medidas cautelares o precautorias una vez presentada la demanda, o bien durante el curso del proceso. Tendrán por objeto impedir que se modifique la situación existente o,

por el contrario, producir un cambio en ella en forma provisional y, se encuentran determinadas por el peligro y la urgencia. El juez decretará las medidas específicas tendientes a la prevención del daño, a la cesación del hecho dañoso o a su reparación. Podrán ser revocadas o modificadas, en cuyo caso el actor deberá responder por los daños ocasionados, a menos de que otorgue fianza o garantía.

h. Carga de la prueba, medios de prueba y su valoración

En los procesos colectivos se admitirán todos los medios de prueba (legales) que permitan generar la convicción del juez, siendo de recibo las pruebas aportadas con ayuda del avance de la ciencia y la tecnología.

La valoración de la prueba en los procesos colectivos se llevará a cabo con base en el sistema de la sana crítica, teniendo el juez amplia potestad para valorar la prueba, recurriendo incluso a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia.

La carga de la prueba en los procesos colectivos se impondrá, por regla general a quien afirme o alegue un hecho, pero también podrá imponerse a la parte que posea conocimientos técnicos, científicos o informaciones sobre los hechos, o tenga mayor facilidad para su demostración. El juez velará por la aplicación de la igualdad procesal.

i. La sentencia

La sentencia en todos los procesos colectivos deberá estar motivada y fundamentada.

La sentencia produce efectos de cosa juzgada salvo si es desestimada por insuficiencia de pruebas. En ese caso, podrán las mismas partes, con las mismas pretensiones y la misma *causa petendi*, incoar nueva acción, si y sólo si, existe prueba sobreviniente capaz de modificar el fondo de la controversia.

j. Medios de coacción psicológica

En ningún proceso colectivo será procedente la aplicación de mecanismos de coacción psicológica como las multas coercitivas y las *astrentes* pues constituyen un rezago del cumplimiento de la obligación ejerciendo fuerza sobre la persona del obligado y, por tanto, un instrumento que atenta contra los principios que han de regir el procedimiento actual.

k. Aplicación residual del Código de Procedimiento Civil Federal

Se aplicarán subsidiariamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil Federal, siempre que no fueren incompatibles con la naturaleza de los derechos colectivos.

l. Fondo para la protección de los derechos colectivos

Se creará un fondo para la protección de los derechos colectivos. El Fondo podrá financiar en forma total o parcial las acciones colectivas para la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos que hubieren sido promovidas por ciudadanos en acción popular u organizaciones no gubernamentales que demuestren su incapacidad financiera para llevar a cabo el proceso. Tendrá a su cargo la difusión de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección, así como también la ejecución de proyectos viables para la tutela de los derechos e intereses reconocidos y tutelados en la presente ley.

B. De la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos

a. Modos de terminar el conflicto en forma anticipada

De vital importancia resulta determinar si es posible que las partes puedan realizar actos que conlleven la disposición de derechos difusos o colectivos. Al

analizar las diferencias entre el proceso civil ordinario y el proceso colectivo, hemos optado por considerar que tratándose de la tutela de derechos individuales homogéneos no existe limitación alguna, no así en los casos en que se discuten derechos difusos y colectivos porque, como bien comenta Antonio Gidi, no toda transacción sería aceptable en estos supuestos, “apenas aquellas necesarias e importantes para mejorar la solución del conflicto colectivo”²³⁸, pero, en todo caso, corresponderá al juez y a los demás sujetos legitimados que intervienen en el proceso controlar el contenido del acuerdo a fin de tutelar efectivamente el derecho.

De ahí que propongamos facultar a las partes para terminar el conflicto en forma anticipada, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se hubiere dictado sentencia. Al efecto, podrán utilizar mecanismos como la mediación o la conciliación. El papel del tercero, sea el juez u otro sujeto autorizado por las partes, es el de *proponer* fórmulas de arreglo.

El juez deberá aprobar el acuerdo siempre que no adolezca de algún vicio y bajo condición de tutelar efectivamente el derecho que se discute. Podrá cualquiera de los sujetos legitimados intervinientes objetar fundada y motivadamente el acuerdo, en cuyo caso corresponde al juez valorar y resolver motivadamente si admite o no el acuerdo conciliatorio. El juez tendrá como límites la Constitución, el orden jurídico en su conjunto, los principios esenciales del estado democrático y social de derecho, así como la adecuada protección de los derechos difusos y colectivos.

El acuerdo aprobado por el juez será homologado en sentencia y prestará mérito ejecutivo. En caso de no llegarse a un acuerdo, el juez dará apertura al periodo probatorio.

La autoridad encargada de la protección de los derechos difusos y colectivos podrá requerir al sujeto vulnerador del derecho que ajuste su conducta a la norma jurídica o bien que cese la actividad vulneradora del derecho. Tal prerrogativa

²³⁸ Gidi, Antonio, “Legitimación para demandar en las acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, *op. cit.*, p. 115.

podrá efectuarse antes de presentar la demanda y durante todo el proceso hasta antes de que el juez profiera sentencia de primera instancia. En ningún caso se entenderá como requisito de procedibilidad para demandar.

No procederá el desistimiento del actor en la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos.

El allanamiento del demandado a las pretensiones del actor será admisible en todo proceso siempre que el juez no evidencie la existencia de algún vicio en el consentimiento.

b. Las partes

En los procesos colectivos que tutelen derechos difusos y colectivos, podrá ocupar la posición procesal de parte demandante cualquiera de los sujetos legitimados y la de demandado toda persona física o jurídica, pública o privada, que vulnere con su acción u omisión los derechos referidos.

Podrá presentarse el litisconsorcio activo, necesario y facultativo, pero su configuración pasiva resulta improcedente tratándose de derechos e intereses difusos.

c. Los sujetos legitimados

Como bien señala el tratadista Antonio Gidi “es preciso analizar políticamente a quien debe el derecho atribuir legitimación activa para demandar en juicio la defensa de los derechos colectivos de forma tal que, sin violar los derechos de la comunidad lesionada, sea posible la efectiva tutela... y con el mínimo riesgo para aquellos que no ingresaron al proceso”²³⁹. Coincidimos con él en que la mejor opción no es la de aferrarnos a supuestos exclusivos de legitimación, sino más bien combinarlos. De ahí que nuestra propuesta incluya como sujetos legitimados no solo a las organizaciones civiles, sino también a los entes públicos y ciudadanos en general. La legitimación, entonces, sería concurrente, pues “la

²³⁹ *Ibidem*, p. 108.

legitimación de una de las entidades no excluye la de la otra: son todas independientemente legitimadas para demandar en juicio”²⁴⁰.

Así, estarían legitimados para actuar como parte o como tercero en los procesos colectivos que tutelen derechos difusos y colectivos, el Ministerio Público; la Comisión Nacional de Derechos Humanos o su equivalente en los Estados; las organizaciones no gubernamentales; las entidades públicas del orden federal, estatal o municipal que tengan a su cargo la guarda del derecho tutelado; las asociaciones sindicales y cualquier ciudadano en interés de la colectividad y de los derechos de ésta.

El Ministerio Público como parte conserva todos los poderes y atribuciones que se conceden a la parte, esto es, ejercer el derecho de acción y poner en conocimiento del juez la demanda, alegar hechos y solicitar la práctica de pruebas, entre otras. Como tercero, podrá suplir o controlar la iniciativa de las partes en el proceso así como exponer una opinión acerca de la *questio juris*. Su intervención será necesaria o vinculatoria en todos los procesos que tutelen derechos difusos y colectivos, so causa de nulidad; y será facultativa y discrecional en los procesos que tutelen derechos individuales homogéneos.

Con todo y ello, valdría la pena considerar la posibilidad de excluir al Ministerio Público como sujeto legitimado para incoar acciones para la defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, pues se argumenta que su competencia se orienta, en términos generales, hacia la defensa de la causa pública, y que los demás casos en los que se evidencia su actuación (procesos que tengan como sujetos a personas incapaces, v.g.) se explican en razón “de la presumible debilidad institucional del otro sujeto para el ejercicio de la legitimación”. El tratadista Dante Barrios de Ángelis, sostiene que en “la mayoría de los casos, los interesados difusos tienen individualización y medios suficientes” para el ejercicio de la acción²⁴¹. En nuestro concepto, el argumento para excluir al Ministerio Público como sujeto legitimado para intervenir en calidad de parte en estos procesos, radica más bien en consideraciones de orden práctico: si a duras

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 110.

²⁴¹ Barrios de Ángelis, Dante, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

penas puede con la investigación y persecución de los delitos, la lucha contra el crimen y la delincuencia; y si una de sus principales fallas radica en la función de probar la responsabilidad de los presuntos delincuentes; fincar competencias para la defensa de derechos e intereses difusos y colectivos relacionados con el medio ambiente, la salubridad pública, la moralidad administrativa, el espacio público, entre otros, cuyas vulneraciones pueden derivar de actuaciones perfectamente lícitas pero aún así vulneradoras de los derechos e intereses difusos de la colectividad en su conjunto, resultaría más que pretensioso.

Por su parte, el amigo de la corte, *amicus curiae*, en tanto interviniente ajeno al litigio, podrá apoyar las pretensiones o excepciones debatidas en el proceso, aportando un criterio jurídico a favor de la justicia y colaborando con el Tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

Las asociaciones sindicales podrán actuar como parte en los procesos colectivos con el objeto de tutelar sus respectivos intereses de categoría, pero también podrán intervenir como terceros para apoyar las pretensiones de alguna de las partes.

d. La ampliación de la demanda

En los procesos colectivos que tutelén derechos difusos y colectivos, el demandante podrá ampliar el *petitum* de la demanda hasta antes del periodo de alegaciones. En tal supuesto, el demandado podrá ejercer su derecho de contradicción frente a nuevas pretensiones. El juez, de oficio, podrá ampliar las pretensiones siempre y cuando la *causa petendi* aparezca probada en el proceso.

e. Publicidad de la demanda

Deberá publicarse un extracto de la demanda en un periódico de amplia circulación nacional, que contenga por lo menos, la indicación del demandante y demandado, el *petitum* y la *causa petendi*.

f. La sentencia y sus efectos

En procesos colectivos que tutelen derechos difusos y colectivos en *stricto sensu*, la sentencia producirá efectos *erga omnes*.

g. Congruencia de la sentencia

En los procesos colectivos que tutelen derechos difusos y colectivos, el juez podrá emitir fallos *extra* y *ultra petita*, apartándose así de lo pedido por las partes, siempre y cuando los hechos estén probados.

h. Ejecución de la sentencia

En los procesos colectivos de tutela de derechos difusos y colectivos en *stricto sensu*, se preferirá el cumplimiento de la obligación en naturaleza, a través de obligaciones de dar, hacer o no hacer. El juez podrá ordenar el cumplimiento por analogía, facultando a un tercero para que en obligaciones de hacer, realice el hecho a costa del demandado. Sólo subsidiariamente deberá condenarse al demandado al cumplimiento de la obligación en equivalencia por medio de la indemnización o reparación de los perjuicios emergentes y lucrocesantes que con su acción u omisión hubiere ocasionado al actor (colectividad determinada e indeterminada).

i. Liquidación de la sentencia

Cuando aparezca comprobada la responsabilidad, los hechos y la causación de un daño pero no ha sido posible fijar el importe de la cantidad líquida en la sentencia, el juez emitirá una declaración de condena en abstracto. El interesado deberá iniciar la liquidación ante el mismo juez en aras de obtener, en los casos de cumplimiento por equivalencia, el señalamiento de cantidad líquida, cierta, expresa y exigible; y, en las hipótesis de condena de obligaciones de hacer o no

hacer, la especificación en forma expresa de la conducta a realizar u omitir en tiempo, modo, y lugar.

Si el actor no ha iniciado el incidente de liquidación dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria, podrá solicitarlo cualquiera de los demás sujetos legitimados que han participado en el proceso en razón del interés público y general que rodea la tutela de los derechos difusos y colectivos.

j. Impugnación. Los recursos y sus efectos

Contra la inconformidad del fallo dictado en primera instancia procederá el recurso de apelación. En los procesos colectivos, el recurso de apelación producirá efectos devolutivos, salvo que el demandado solicite al juez la suspensión de la ejecución fundando y motivando la existencia de lesión grave y de difícil reparación con la ejecución inmediata de la sentencia. En todo caso, el ejecutante responderá por los perjuicios que pueda ocasionar la ejecución si la sentencia fuere modificada o revocada en segunda instancia, a menos de que ofrezca garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios.

El juez de segunda instancia podrá revisar la sentencia en su totalidad, pudiendo modificar a favor o en contra la resolución recurrida y su decisión será extensiva a las partes no recurrentes.

k. Gastos y costas judiciales

En los procesos colectivos que tutelen derechos difusos y colectivos, la condena en costas se destinará al fondo para la protección de los derechos colectivos. La parte vencida en el juicio será condenada a favor de su contraparte al pago de honorarios y expensas.

El juez otorgará un incentivo al actor cuya pretensión ha resultado estimatoria. Cuando el actor fuere un ciudadano en acción popular o una

organización no gubernamental, el incentivo se fijará en salarios mínimos. Si el actor fuere una entidad pública o la Comisión Nacional de Derechos Humanos o su equivalente en los Estados, el incentivo se destinará al Fondo para la Protección de los Derechos Colectivos.

C. De la tutela de derechos individuales homogéneos

a. Modos de terminar el conflicto en forma anticipada

En los procesos que tutelen derechos individuales homogéneos podrán aplicarse todo tipo de formas de autocomposición de conflictos.

b. Las partes

En los procesos que tutelen derechos individuales homogéneos procederá, por pasiva, el litisconsorcio facultativo y, por activa, el litisconsorcio necesario y facultativo.

c. Ampliación de la demanda

En los procesos colectivos que tutelen derechos individuales homogéneos la demanda sólo podrá ampliarse dentro del término legal, al cabo del cual operará el fenómeno de la preclusión.

d. La sentencia y sus efectos

En procesos colectivos que tutelen derechos individuales homogéneos, la sentencia declarativa producirá efectos *erga omnes*, pero la liquidación y ejecución, efectos relativos.

e. Congruencia de la sentencia

En los procesos colectivos que tutelen derechos individuales homogéneos el juez deberá aplicar irrestrictamente el principio de la congruencia. De este modo, el juez en la sentencia sólo podrá resolver las pretensiones y excepciones invocadas por las partes.

f. Gastos y costas judiciales

En los procesos colectivos que tutelen derechos individuales homogéneos, la condena en costas, gastos y expensas se efectuará con base en las reglas previstas en el Código Federal de Procedimiento Civil.

VI. ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN
MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS, CON FUNDAMENTO EN EL DECRETO
QUE REFORMA Y ADICIONA EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES Y OTRAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS (APROBADO Y
PENDIENTE DE PUBLICACIÓN EN EL D.O.F)

Antes de evaluar los aciertos y desaciertos de las reformas legislativas que reglamentan las acciones colectivas veamos algunas de sus principales características.

1. *Características*

I. La acción colectiva es el género. La acción difusa, la acción colectiva en estricto sentido y la acción individual homogénea son especies. Establece pues tres tipos de acciones diferenciadas en razón de la determinación o interminación de sus titulares, la relación que los vincula (de hecho o de derecho) y los fines perseguidos.

a). La acción difusa tiene por objeto la tutela de derechos e intereses difusos entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas indeterminadas relacionadas por circunstancias de hecho comunes.

b). La acción colectiva en estricto sentido tiene por objeto la tutela de derechos e intereses colectivos entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas determinadas o determinables relacionadas por circunstancias de derecho comunes. Requiere la necesaria existencia de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

c). La acción individual homogénea tiene por objeto la tutela de derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas determinada o determinable, relacionadas por circunstancias de derecho provenientes de una relación contractual con el fin de obtener el cumplimiento del contrato o su “rescisión”, en ambos casos con indemnización de los perjuicios.

En los casos a) y b), ambas acciones tienen por objeto la reparación del daño, ya sea restituyendo las cosas a su estado anterior de ser posible, a través de la realización de acciones o de la abstención de las mismas o, si no fuere posible, por medio del cumplimiento de la obligación en equivalencia, mediante la indemnización de perjuicios. Y es aquí donde conforme a la ley se diferenciarían ambas acciones respecto de su objeto, pues tratándose de acciones difusas en caso de causarse una indemnización ésta se destinará al Fondo; en cambio, en acciones colectivas (*stricto sensu*), cada uno de los individuos afectados deberá acreditar el daño y con base en éste será indemnizado.

En cuanto a la configuración del derecho, debe resaltarse que a) y b) se asemejan en que tienen una naturaleza indivisible; y se diferencian, además de la ya señalada, en cuanto a la indeterminación o determinación de sus titulares, respectivamente y, en cuanto al origen, pues en un caso los titulares del derecho se encuentran ligados entre sí por circunstancias de hecho; y en el otro, la

colectividad y el demandado se encuentran vinculados en razón de la existencia de una relación jurídica.

A contrario, la acción individual homogénea protege derechos de naturaleza divisible y su objeto quedó reducido a la reclamación judicial del cumplimiento de un contrato o su resolución, con los perjuicios que se ocasionen en uno u otro caso.

II. La pretensión en todas las acciones colectivas (*lato sensu*) podrá ser declarativa, constitutiva o de condena.

III. En todos los procesos colectivos (*lato sensu*) se establece una intervención de tipo necesaria y vinculada del Procurador General de la República (PGR) y de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) y la Comisión Federal de Competencia (COFECO) pues en determinados supuestos normativos deberán intervenir. Lo que no se dice y que es un *desacierto* es la consecuencia de la falta de intervención de dichos órganos, que en términos generales sería la nulidad, pero al no estar prevista en forma expresa no podría alegarse. En efecto, estos órganos y entes de carácter público deberán intervenir siempre en aquellos casos en los que las partes logren un acuerdo conciliatorio con el fin de emitir un concepto.

También con el fin de ejercer la representación de la colectividad en los supuestos de ausencia de un legitimado activo e inadecuada representación del representante común y de las asociaciones civiles, y ante la ausencia de interesados, la PROFECO, la PROFEPA, la CONDUSEF y la COFECO, según el caso materia de la *litis*, deberán intervenir en el proceso asumiendo la calidad de parte –actor-. En este supuesto la PGR –por fortuna-, no es llamada a intervenir.

Aunado a lo anterior, la PROFECO, la PROFEPA, la CONDUSEF y la COFECO deberán intervenir en forma vinculada para emitir dictamen sobre el decreto de medidas cautelares con el fin de emitir opinión razonada sobre el mismo.

Fuera de las hipótesis de intervención vinculada aquí descritas, la intervención de la PGR, PROFECO, PROFEPA, CONDUSEF y COFECO será facultativa y discrecional. En conclusión: los órganos antes señalados podrán actuar en los procesos colectivos con independencia de la acción incoada, en calidad de parte y de interviniente, en este último caso, en forma vinculada en determinados supuestos, y discrecional.

IV. Flexibilidad en los requisitos de la demanda.

V. Exige un número cualificado de afectados, no menor a treinta personas, en los casos de promoción de *acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas*.

VI. Las reglas de adhesión sólo aplican en procesos colectivos (*stricto sensu*) e individuales homogéneos. En acciones difusas no tiene sentido hablar de adhesión de individuos a la acción, precisamente porque los titulares del derecho son indeterminados y la sentencia los beneficia a todos por igual y, porque no procede la reparación frente a cada uno de los titulares indeterminados del derecho afectado.

VII. Deberá acreditarse la representación adecuada cuando el sujeto legitimado sea un representante común de una colectividad de afectados mayor a 30 personas o una asociación civil sin fines de lucro. El juez deberá velar de oficio por el cumplimiento de este requisito durante todo el proceso. La inadecuada representación da lugar a la apertura del incidente de remoción y sustitución que se lleva a cabo con base en las reglas establecidas en la ley y, en todo caso, constituye una causal de improcedencia de la legitimación en el proceso.

VIII. Las notificaciones a la colectividad se surten por medios idóneos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación, además, deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso.

IX. Las demás notificaciones (a los miembros de la colectividad o grupo) se realizarán por estrados.

X. Se prevé amplitud probatoria. El juzgador podrá valerse de cualquier medio probatorio idóneo para generar su convicción, sin más limitación que la

relación inmediata con los hechos controvertidos. El juez podrá requerir a los órganos y organismos, o a cualquier tercero, para que elaboren estudios o presenten los medios probatorios necesarios.

XI. Se admite la figura del *amicus curiae*. Los terceros ajenos al procedimiento podrán aportar pruebas o hacer alegaciones, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes. Con el ánimo de garantizar el principio de imparcialidad en la resolución, se dispone que el juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal y de los argumentos o manifestaciones por ellos expuestos.

XII. En cuanto a la sentencia, se diferencia si se trata de acciones difusas o, de acciones colectivas e individuales homogéneas. En la primer hipótesis, se podrá condenar al cumplimiento de la obligación en naturaleza (reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o en la abstención de realizarlas) y de no ser posible, condenar al cumplimiento en equivalencia (a través de una indemnización por la afectación a la colectividad, que será destinada al Fondo). *En acciones colectivas e individuales homogéneas*, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a cada uno de los miembros del grupo, que deberán promover el incidente de liquidación. En este incidente, cada miembro de la colectividad deberá probar el daño sufrido en forma individual a fin de que pueda cubrirse el daño en la misma forma. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover el referido incidente. Los miembros de la colectividad tendrán un año para promover el incidente de liquidación.

XIII. Al establecerse que la sentencia deberá resolver la controversia planteada por las partes, la ley parece dejar claro que el juez debe atenerse al

principio de la congruencia de la sentencia, proscribiendo los fallos *extra* y *ultra petita*.

XIV. Cada parte asumirá los gastos y costas derivados de la acción colectiva (*lato sensu*), así como los respectivos honorarios de sus representantes.

XV. Existirá un Fondo, que será administrado por el Consejo de la Judicatura Federal. Sus recursos serán destinados al pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos (*lato sensu*) así como los honorarios de los representantes de la parte actora cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo, pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos (*lato sensu*).

2. Aciertos y desaciertos

Si bien es de resaltar los esfuerzos del legislador mexicano para garantizar los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos creando acciones que permitan su tutela judicial efectiva, es preciso decir que sus intenciones son bastas pero los resultados de corto alcance. Por ello, comentaremos los principales aciertos y desaciertos de la reforma tal como fue aprobada por el Congreso de la Unión.

I. La principal reforma en materia de acciones colectivas tiene lugar al Código Federal de Procedimientos Civiles, al cual se adicionan disposiciones normativas relativas a la legitimación, al procedimiento, a la competencia, a los efectos de la sentencia, a la cosa juzgada, entre otros, lo que se trasluce en una reforma a un régimen que regula las relaciones de carácter privado, esto es, entre particulares, obviando que uno de los principales sujetos vulneradores de los derechos colectivos (*lato sensu*) es el Estado, que al actuar, en tanto órgano público, no se somete a las reglas contenidas en los códigos civiles y procesales civiles, sino a

las previsiones del derecho público, salvo el caso en que actúe como un particular. Con ello, la reforma no visualiza la responsabilidad subsidiaria del Estado en la tutela de los derechos difusos y colectivos.

II. Los derechos colectivos amparados en la minuta de Decreto, considerados en sentido amplio, son limitados, pues se señala como requisitos de procedencia de la legitimación que se trate de:

- a) actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados (también procede respecto de hechos u omisiones, aunque no se señala en la reforma al Código de Procedimientos Civiles Federales, si se prevé en la reforma el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y en la adición de una fracción V Bis al artículo 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros);
- b) actos que dañen al medio ambiente (también procede respecto de hechos u omisiones, aunque no se señala en la reforma al Código de Procedimientos Civiles Federales, si se prevé en la reforma que adiciona los párrafos segundo y tercero del artículo 202 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente);
- c) actos (sólo frente a actos, no hechos u omisiones) que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas declaradas existentes por resolución en firme emitida por la Comisión Federal de Competencia,
- d) actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios de los servicios financieros.

Como se aprecia, dicha reforma dejaría sin tutela otros derechos colectivos como el derecho a un espacio público, a la transparencia en el manejo de fondos públicos, al patrimonio artístico y cultural, a la planificación económica, al desarrollo, a la cultura, por citar algunos, lo que se hubiera subsanado contemplando una cláusula que permitiera la tutela de cualquier otro derecho o interés colectivo (en sentido amplio).

III. La conceptualización que hizo el legislador de los derechos difusos y del objeto de la acción no deja muy claro su fin eminentemente preventivo, sino que por el contrario, resalta su carácter resarcitorio. En consecuencia, el objeto de la acción difusa se reduce a reclamar judicialmente la reparación del daño causado a la colectividad y no a evitar la causación de un daño a los derechos de la misma, siendo éste, desde el punto de vista teórico, su principal objeto. Sin embargo, el carácter preventivo de la acción sólo podría invocarse a través de la solicitud de medidas precautorias, que proceden en cualquier etapa del procedimiento y podrán decretarse no sólo cuando los actos, hechos u abstenciones hayan o estén causando un daño, sino también cuando exista probabilidad de que lo puedan causar. Creemos que esa probabilidad debe ser alta pues la norma exige que esos actos, hechos u omisiones necesariamente hayan de causar un daño, que además debe ser inminente e irreparable.

IV. Constituye un desacierto de la conceptualización de la acción individual homogénea el que por definición todos los afectados deberán acreditar la existencia de un contrato y deban estar ligados entre sí por la circunstancia común del incumplimiento del contrato por parte del demandado. Ello excluiría entonces y a modo de desacierto, la posibilidad de incoar la acción cuando los afectados reclaman para sí la indemnización de los perjuicios ocasionados por un hecho común que ha generado daños a una pluralidad de individuos.

V. Erige en principal sujeto legitimado para la interposición de las acciones colectivas (*lato sensu*) a las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas, que tengan al menos un año de constitución, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el Código Federal de Procedimientos Civiles. No obstante lo anterior, la restricción de la legitimación a unos cuantos sujetos, como veremos, constituye un *desacierto*.

VI. La reforma deja por fuera otros sujetos legitimados para la interposición de acciones colectivas para la protección de derechos difusos reconocidos por la

jurisprudencia, como es el caso de los partidos políticos²⁴². Es de resaltar que el órgano electoral es receptivo a tutelar estos derechos –difusos- y a acoger las acciones que los regulen dado que no existe impedimento legal alguno. Así, señala, que para promover los medios de impugnación previstos en la legislación electoral basta con que el promovente posea un interés jurídico, que en ningún caso se limita a la existencia de un derecho subjetivo y de una lesión que genere un perjuicio personal y directo al individuo en cuanto tal. Aunado a lo anterior, y como ya se adelantaba, la reforma consagra una legitimación procesal demasiado restringida pues solo se legitima para el ejercicio de la acción colectiva (*lato sensu*) a determinados organismos públicos (la PROFECO, la PROFEPA, la CONDUSEF y la COFECO), al Procurador General de la República, a un representante del grupo conformado por no menos de 30 individuos y a las asociaciones civiles sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos establecidos. La reforma deja por fuera a las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos colectivos y por tanto, legitimados para la interposición de estas acciones en sus diversas modalidades.

VII. No es clara la regulación del desistimiento en las acciones colectivas (*lato sensu*). Sólo se previene que la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad con posterioridad al acto de emplazamiento del demandado se entenderá como un desistimiento. En este sentido, el desistimiento sería tácito pues se infiere de un hecho consistente en el acto de exclusión como miembro de la colectividad. Pareciera ser que esa regulación del desistimiento en tanto está regulada respecto del procedimiento de adhesión en acciones colectivas en *stricto sensu* e individuales homogéneas solo aplicaría tratándose de estos dos tipos de derechos. Pero, ¿qué pasará entonces respecto de los derechos e intereses difusos? ¿Qué pasará si una asociación civil interpone una acción difusa y desea desistirse del ejercicio de la acción? La ley no señala nada al respecto, pero

²⁴² Tesis 35 de Jurisprudencia, Sala Superior, Tercera Época, Apéndice (actualización 2001), Tomo VIII, Jurisprudencia Electoral, registro núm. 920804, p. 48 Rubro: PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN DEDUCIR ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DE LAS ELECCIONES.

podieran admitirse dos posibilidades: a) entender el desistimiento como improcedente dada la naturaleza de los derechos difusos; y b) aplicar el párrafo 5 del artículo 586 que establece que si dejare de haber un legitimado activo y ante la ausencia de interesados, la PROFECO, la PROFEPA, la CONDUSEF o la COFECO, asumirán la representación de la colectividad –indeterminada-, según la materia del litigio.

VIII. No se consagra en forma expresa los principios que rigen el procedimiento; tan solo se establece que “el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos”.

IX. La adscripción de la competencia al tribunal federal que resida en el domicilio del demandado deja por fuera la competencia que pueda tener también el juez del lugar de ocurrencia de los hechos, a elección del actor.

X. No se previene la circunstancia a través de la cual con la interposición de la demanda se interrumpe el término de prescripción.

XI. No se entiende la obligación de notificar el auto de admisión de la demanda en forma personal al representante legal del actor y menos aún su deber de ratificarla.

XII. Tampoco se explica la imposición al representante legal del actor de ratificar el escrito de pruebas bajo protesta ante juez.

XIII. En cuanto atañe a los mecanismos de integración del grupo (*Opt-out vs. Opt-in*) por la afectación a derechos colectivos (en estricto sentido) e individuales homogéneos, se adopta el modelo del *Opt-in* que tiende a ser más restrictivo y menos protector en razón de que cada uno de los miembros de la colectividad afectada deberán adherirse a la acción en forma expresa, a través de una comunicación dirigida, por cualquier medio, al representante de la colectividad o al representante legal de la parte actora. Tal adhesión podrá realizarse durante la substanciación del proceso y hasta 18 meses de que la sentencia ha causado estado o, en su caso, que el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

XIV. En consecuencia con lo anterior, constituye una causal de improcedencia de la legitimación, que los integrantes de la colectividad que promueven la acción -en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas- no hayan otorgado su consentimiento.

XV. Como ya hemos anticipado, la colectividad afectada en procesos colectivos (*stricto sensu*) e individuales homogéneos podrá constituirse durante el proceso e, incluso, hasta 18 meses después de que la sentencia ha causado estado, pero en todo caso será indispensable que concurren como mínimo 30 afectados de inicio para el ejercicio de la acción pues es un requisito de procedencia de la legitimación. Lo curioso es que la falta de este requisito no está prevista como “causal de improcedencia de la legitimación del proceso”, causales éstas que parecen ser expresas y taxativas a diferencia de los “requisitos de procedencia de la legitimación en la causa”, que sí contienen una cláusula general que establece “las demás que determinen las leyes especiales aplicables”.

XVI. Constituye un acierto que garantiza la publicidad del proceso la obligación impuesta a las asociaciones civiles sin fines de lucro y al representante común de la colectividad de informar a la misma el estado que guarda el proceso, a través de medios idóneos, por lo menos cada seis meses. Obligación similar se impone también a la PGR, PROFECO, PROFEPA, CONDUSEF y COFECO, organismos que deberán llevar un registro público.

XVII. No se prevé la obligación de ofrecer asistencia legal profesional.

XVIII. El procedimiento establecido para el trámite de las acciones colectivas parece no desarrollar el principio procesal de la igualdad de las partes y, en todo caso, se inclina a favorecer los intereses no de la parte más débil, entendida como la colectividad, sino del sujeto vulnerador del derecho que, por lo general, es el Estado o grandes corporaciones del sector privado, pues no de otra manera podría entenderse la existencia de 2 etapas de traslado de la demanda al demandado en diversos momentos y con plazos distintos; la primera de ellas cuando el juez ni siquiera la admite, para que el demandado manifieste lo que a su derecho convenga respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la legitimación; y, la segunda, una vez admitida para que conteste la demanda.

Como se ve, el procedimiento establecido rompe con la regla general aplicable a todo proceso conforme a la cual una vez recibida la demanda por el juez y verificado el cumplimiento de los requisitos de ley, ésta debe ser admitida para posteriormente correr traslado al demandado para su contestación.

Resulta también de interés preguntarnos ¿Con qué fin debe el juez correr al actor traslado de la “segunda contestación” de la demanda?

Otro aspecto que es de resaltarse es el hecho de permitir la posibilidad de conciliar cuando pende aún el plazo señalado para contestar la demanda (en el segundo traslado).

XIX. La reforma prevé mecanismos de autocompación de conflictos, fundamentalmente, la conciliación. Una vez se traba la relación jurídico procesal (con la contestación de la demanda) el juez determinará fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación. Se admite en cualquier momento del proceso antes de que se dicte sentencia de primera instancia. El juez deberá proponer soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos. El acuerdo deberá ser revisado por el juez de oficio velando por una adecuada protección de los intereses de la colectividad. Asimismo, deberá dar vista a los órganos y organismos públicos considerados como sujetos legitimados y al Procurador General de la República, y después de escuchar las manifestaciones de los miembros de la colectividad, podrá aprobar el convenio que tendrá efectos de cosa juzgada. Con todo y ello, resulta *inconveniente* la fijación de fecha y hora para celebrar audiencia de conciliación cuando aún pende el plazo legal concedido al demandado para contestar la demanda y que puede ser prorrogable por un periodo igual.

XX En cuanto a la sentencia, tratándose de *acciones colectivas (stricto sensu) e individuales homogéneas* constituye un *desacierto* el no regular en forma expresa la posibilidad de emitir sentencias de condena en abstracto con efectos generales con el fin de que cada afectado promueva el incidente de liquidación con efectos particulares, pero puede inferirse del análisis del articulado en conjunto. No debe olvidarse que en este sentido ya existe un antecedente marcado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que al resolver un

caso que involucra la protección de derechos colectivos extiende los efectos de la cosa juzgada a todos los perjudicados²⁴³.

XXI. La sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad. Sin embargo, hubiera sido una buena oportunidad para prever la excepción a la cosa juzgada cuando la sentencia es desestimada por insuficiencia probatoria, institución de gran valor en el derecho comparado.

XXII. En cuanto al procedimiento que debe llevarse a cabo para promover y tramitar el incidente de liquidación, creemos que no tiene sentido diferenciar, como lo hace el legislador, según se trate de afectados que se adhieren a la colectividad durante la sustanciación del proceso o de aquéllos que se adhieran hasta 18 meses después de que la sentencia haya causado estado. En ambas hipótesis deberá acreditarse el daño, aunque la disposición pareciera exigir este requisito solo en el segundo supuesto. Una lectura integral de las diversas disposiciones que aluden al tema nos confirma que el daño deberá ser probado en todos los casos. En ambos casos se prevé un término de prescripción del derecho de cobro del importe liquidado por el juez, estableciéndose un año para ejercer este derecho. Quizá la única diferencia, y no queda muy claro aún, sería en cuanto al plazo para promover el incidente de liquidación, pues en la primer hipótesis, el afectado deberá promoverlo en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria; mientras que en la segunda

²⁴³ SCJN, Juicio de amparo directo 15/2009, sesión del 26 de mayo de 2010: “La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que tal como lo alegó la parte quejosa, no debían limitarse los efectos de la sentencia declarativa en la que se condenó a la empresa constructora únicamente a la reparación de daños y perjuicios a favor de 82 consumidores, ya que podía haber más miembros de la clase afectada que, sin importar que hayan participado en el juicio principal, fueron afectados por el mismo hecho, máxime que de autos se advertía la construcción de más casas en el fraccionamiento.

Por tanto, se determinó que le asistía la razón a la PROFECO en el sentido de que la constructora tiene que indemnizar en la vía incidental a todos los interesados que acrediten su calidad de perjudicados, sin importar que hayan participado durante el juicio principal, toda vez que la sentencia declarativa vincula a la empresa constructora con toda la clase afectada”.

hipótesis no se establece ningún término, por lo que suponemos que, o bien deberá promoverse conjuntamente con el acto de adhesión o en todo caso dentro de los 18 meses posteriores a que la sentencia haya causado estado, o bien, se ajusta a la misma regla seguida en la hipótesis primera. Lo dicho hasta aquí aplicaría sólo en *acciones colectivas en stricto sensu e individuales homogéneas*.

XXIII. Sólo se alude al recurso de apelación en dos supuestos: a) contra la admisión o desechamiento de la demanda; y b) de la sentencia, cuando la representación hubiere sido fraudulenta, caso en el cual el actor dispone de 45 días hábiles contados a partir del día en que la sentencia ha sido proferida. La concesión del recurso tendrá como efecto la nulidad de las actuaciones viciadas siempre que la representación fraudulenta haya influido en el resultado del proceso.

XXIV. La reforma no establece los efectos de la concesión del recurso de apelación de autos o de sentencias, esto es, si se concede en el efecto suspensivo o devolutivo. Lo ideal hubiera sido disponer la concesión del recurso con el efecto devolutivo con el fin de permitir la ejecución de la sentencia entre tanto se resuelve el recurso.

XXV. No se establece en forma expresa el fin de las medidas cautelares, si bien es claro que tales medidas tienen como finalidad evitar que se cause o se siga causando un daño a la colectividad, que sea irreparable y que pueda afectar los derechos e intereses de la colectividad. Proceden en cualquier etapa del proceso, a petición de parte. El juez deberá otorgar garantía de audiencia al demandado para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares. Asimismo, el juez solicitará opinión a los órganos y organismos que correspondan (PROFECO, PROFEPA, CONDUSEF y COFECO) a fin de tener mayores elementos en caso de necesitarlos para la adopción de dichas medidas. Si con el otorgamiento de la medida se pudiera ocasionar daño al demandado, éste deberá otorgar garantía suficiente para reparar los daños que pudieran causarse a la colectividad, salvo aquellos casos en los que se trate de una amenaza inminente e irreparable al interés social, a la vida

o a la salud de los miembros de la colectividad o por razones de seguridad nacional.

Un *acierto* de la regulación de las medidas cautelares consiste en la incorporación de concepto de *riesgo*: “el riesgo de que se cause o continúe causando un daño de difícil o imposible reparación”. El carácter preventivo de la medida se evidencia además al prever que las mismas podrán concederse en aquellos casos en los cuales si bien no se ha producido el daño, *necesariamente* haya de causarse, de forma inminente e irreparable a la colectividad.

En todo caso, el juez deberá valorar que con el otorgamiento de la medida no se causen más daños que los que se causarían con los actos, hechos u omisiones objeto de la misma y que no se cause una afectación ruinosa al demandado. Aquí el ejercicio intelectual del juez gira en torno a la ponderación de derechos en conflicto, como el derecho al medio ambiente o salud vs. Libertad de empresa y derecho al trabajo.

Finalmente, se advierte también como *desacierto*, la improcedencia de decretar la medida cautelar de oficio.

XXVI. La previsión de medidas de apremio, que van desde multas hasta el arresto, constituyen un rezago del cumplimiento de la obligación ejerciendo fuerza sobre la persona del obligado.

XXVII. No se previene ningún régimen de incentivos o gratificaciones para el promotor de acciones difusas, caso éste en el cual si se justificaría.

De lo expuesto debe concluirse que la regulación recientemente aprobada contiene vacíos, ambigüedades y es notoriamente dilatoria y, peor aún, pretende dar una apariencia de tutela de derechos tras el velo de la ley.

CONCLUSIONES

Primera. Como sabemos, toda investigación tiene como punto de partida un interés de conocimiento. Por ello, nos preguntábamos al inicio de la presente investigación si eran suficientes las garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para tutelar los derechos e intereses difusos y colectivos. Ha quedado demostrado en el desarrollo del presente trabajo que no, por las siguientes consideraciones:

I. El juicio de amparo resulta insuficiente para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, en primer lugar, porque su procedencia está condicionada a la existencia de un *agravio personal y directo*; en segundo lugar, porque exige la presencia de un interés jurídico; en tercer lugar, porque la sentencia proferida en los juicios de amparo sólo producen *efectos relativos*; en cuarto lugar, porque el juicio de amparo se rige, en términos generales, por el principio dispositivo; y, finalmente, en razón del criterio sentado por la jurisprudencia conforme al cual el interés jurídico debe estar plenamente probado.

Con todo y ello, resulta relevante y de gran trascendencia la reforma ya aprobada y publicada en el D.O.F (6 de junio de 2011) al artículo 107 constitucional que contiene las bases del juicio de amparo, que si bien ratifica el principio de instancia de parte agraviada y la relatividad de los efectos de la sentencia, es de aplaudir la incorporación del concepto de interés legítimo, bien sea individual o colectivo, siendo entonces procedente el juicio constitucional por la vulneración de derechos reconocidos por la constitución cuando los actos reclamados afecten la esfera jurídica del interesado, ya sea de manera directa o, en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Como se aprecia, el legislador mexicano introduce una especie de amparo colectivo, lo que sin duda constituye un avance significativo en la materia. Es una lástima que la reforma sólo haya previsto la declaratoria general de inconstitucionalidad en los juicios de

amparo contra leyes y siempre que se reúna una mayoría calificada de ocho votos y que no recaiga sobre normas generales en materia tributaria. En consecuencia, la reforma que se pretende al juicio de amparo resulta insuficiente, en virtud de que no comprende su procedencia contra actos de particulares y, en todo caso, los efectos generales de la sentencia se limitan al amparo contra leyes siempre que hubiere una mayoría calificada.

II. La acción de inconstitucionalidad resulta también improcedente toda vez que tiene por objeto tutelar la supremacía constitucional y no los derechos de los individuos o de la colectividad.

III. La controversia constitucional tampoco constituye un instrumento que permita la tutela de derechos e intereses colectivos y difusos, pues su finalidad es garantizar la protección de la división de poderes, indispensable en todo Estado que se repute de Derecho.

IV. En cuanto al juicio de revisión constitucional, valga comentar que si bien este instrumento de control tiene por objeto velar por la constitucionalidad de los actos electorales por medio de los cuales los representantes del pueblo toman posesión de su cargo, quizá pudiera llegar a entenderse la viabilidad de configurar un derecho colectivo, toda vez que la legitimación para la interposición del juicio recae en una colectividad determinada, como son los partidos políticos, que al invocar la contrariedad de algún acto de la autoridad electoral frente a la constitución, velan por el derecho difuso a la legalidad del orden jurídico y la transparencia de los procesos electorales.

V. El juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano tampoco se erige en instrumento jurídico que permita tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, toda vez que sólo el ciudadano podrá interponerlo cuando sus derechos individuales a votar y ser votado, a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, han sido conculcados. No busca, por tanto, amparar el derecho difuso que posee cualquier individuo a solicitar que se conserve la legalidad del orden jurídico, sino la modificación y

revocación del acto y, con ello, el restablecimiento del derecho, que constituye el fin principal de esta acción.

VI. Por lo que atañe a la facultad de investigación de la Corte, eventualmente podría el constituyente “permanente”, a través de este instrumento, facultar a la Corte para investigar violaciones a los derechos e intereses difusos y colectivos; sin embargo, no constituiría una tutela efectiva en razón de que sus resoluciones no se pueden ejecutar al carecer de poder coactivo. Así las cosas, lo único que lograría es frustrar más la tutela de estos derechos e intereses.

VII. El juicio político al pretender fincar responsabilidad política u oficial a los servidores públicos, nada tiene que ver con la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos.

VIII. Finalmente, no parece apropiado atribuir competencia a los órganos protectores de Derechos Humanos para resolver controversias que implique la violación de derechos e intereses difusos y colectivos, pero si pudiera pensarse en la posibilidad de legitimar a estos órganos para intervenir en el proceso en forma vinculada, a la par con el Ministerio Público, o bien como parte, con plenas facultades para incoar la acción ante los jueces o tribunales competentes e impulsar el proceso, concediéndoles además, todas las atribuciones procesales de que gozan las partes.

Segunda. Por tanto, es preciso incorporar instrumentos jurídicos que permitan una real y eficiente tutela de estos derechos e intereses. El constituyente mexicano ya ha dado un primer paso: en fecha reciente (29 de julio de 2010) reformó el artículo 17 constitucional para adicionar un párrafo tercero que prevé la obligación del Congreso de la Unión de expedir las leyes que regulen las acciones colectivas. Otorga al legislador la facultad de determinar las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño, y finca la competencia para conocer de acciones colectivas, en forma exclusiva, en jueces de carácter federal.

Tercera. Se hace patente la necesidad de regular los derechos e intereses difusos y colectivos. Hoy, ante el advenimiento de la globalización, la ciencia y la tecnología, el desarrollo industrial y el comercio transnacional, las demandas de la

sociedad son distintas: conservar nuestra especie, nuestra cultura, disfrutar de un medio ambiente sano, el respeto a la biodiversidad de la fauna y flora, el desarrollo sustentable, la solidaridad entre los pueblos, la superación de las desigualdades cuya brecha cada vez es más honda, la conservación de un espacio habitable, en últimas, la protección de la misma especie. Todas ellas son necesidades individuales pero que al ser sentidas por todos se colectivizan.

Las nuevas necesidades del ser humano obligan a hablar de una función social de los derechos subjetivos que supere el individualismo.

Los derechos de tercera generación, desarrollados principalmente por los derechos e intereses difusos, reflejan nuevos valores y redefinen el sistema axiológico imperante. Se produce un cambio de paradigma: Ya no prevalece una concepción centrada en el individuo como ser aislado, sino como ser social que requiere de las condiciones y de los medios adecuados para lograr el pleno desarrollo de su personalidad no sólo a nivel individual sino también colectivo. El reconocimiento de los derechos e intereses difusos y colectivos conlleva la posibilidad de la supervivencia de la especie misma.

Aplicando la teoría del jurista italiano Luigi Ferrajoli, los derechos de la tercera generación y/o difusos constituyen leyes del más débil: la sociedad en conjunto contra el Estado, el capital, el mercado, las transnacionales; invocando la protección del patrimonio común, luchando contra el imperialismo económico y cultural. Y es que, creer que el mercado no deba tener más límite que el determinado por la oferta y la demanda, es soslayar los fundamentos y presupuestos de un Estado Social de Derecho.

Cuarta. Existe una estrecha relación entre los derechos de la tercera generación y los derechos difusos. Los primeros son el género, los segundos su especie. Los derechos e intereses difusos no hacen más que concretar y materializar, en muy buena parte, los derechos de tercera generación reconocidos en los textos constitucionales.

Quinta. En México la discusión sobre si los derechos de tercera generación son o no derechos humanos terminará a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero, por

lo que en adelante se titulará “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*”, comprendiendo derechos como el medio ambiente, la libre determinación de los pueblos, la superación de las desigualdades sociales, la ordenación de asentamientos humanos y demás derechos que pueden inferirse del artículo 27 constitucional, por citar algunos.

Sexta. Uno de los objetivos de esta investigación fue diferenciar los conceptos de derechos e intereses difusos y colectivos dada la ambigüedad que permea dichas nociones. Si bien existen en la doctrina diferentes criterios, optamos por adoptar aquél conforme al cual la diferencia entre ambas categorías radica principalmente en el sujeto portador y en los fines perseguidos con la acción. Así, los derechos colectivos tienen como titular un grupo determinado o determinable de individuos que buscan reivindicar unos derechos que le están siendo conculcados al grupo en cuanto tal y cuyas pretensiones están dirigidas a declarar la existencia de un derecho u obtener la restitución o reparación del daño. Los derechos difusos, en cambio, tienen como titular un número indeterminado de sujetos, se fundamentan en el bien común y en el interés general, benefician a la colectividad en general y tienen por objeto evitar la causación de un perjuicio irremediable en el disfrute de unos bienes que nos pertenecen a todos por igual y en los que todos tenemos interés.

El presente trabajo también logró establecer las semejanzas entre derechos e intereses difusos y colectivos, dadas en razón de su supra-individualidad e indivisibilidad.

Séptima. Se precisó el concepto, elementos, naturaleza jurídica y fundamentos del derecho e interés difuso. El concepto que se propone es el siguiente: Los derechos e intereses difusos son aquéllas facultades o prerrogativas que las normas conceden a un número indeterminado de individuos vinculados por una relación de hecho y que son promovidos en defensa del bien común, del interés general y del bienestar general de una colectividad o de la sociedad en general, frente a varios portadores de obligaciones.

De la noción propuesta se desprenden los siguientes elementos: a) Desde el punto de vista subjetivo, la titularidad de los derechos difusos corresponde a un

conjunto indeterminado de individuos ligados por circunstancias de hecho y no a una persona en particular o grupo determinado; de ahí que, es la propia comunidad la que ejerce un poder, la detentadora de derechos; b) Desde el punto de vista objetivo, el bien jurídico que motiva el interés trasciende los valores individuales y está impregnado de sentido social; c) El sujeto obligado, en principio, se encuentra indeterminado, pero será determinable una vez ha acaecido la vulneración a los derechos e intereses difusos, pudiendo asumir la calidad de tal, tanto una persona de derecho público, como de derecho privado.

Los derechos e intereses difusos se caracterizan por: a) Son indivisibles y supraindividuales; b) Constituyen verdaderos derechos humanos; c) Tienen como portadores a la población en general y a la pluralidad de colectividades que comparten los espacios comunes del interés general. El derecho difuso como bien jurídico pertenece a todos, a un grupo indeterminado de personas, a la comunidad entendida como un todo; d) Tienen como objeto la protección de bienes esenciales para la sociedad y que se encuentran constitucionalmente protegidos; e) Tutelan intereses generales de la sociedad y se fundamentan en el bien común y en el principio de solidaridad; f) Los derechos objeto de debate no son disponibles por involucrar el interés público; g) Demandan principalmente una tutela preventiva cuyo objeto sea, valga la redundancia, la prevención del daño; h) Se vinculan al derecho público.

Los derechos e intereses difusos se encuentran fundamentados en la prevalencia del bien común y del interés general, en el principio de solidaridad y en los conceptos de participación ciudadana y responsabilidad social.

Octava. Se analizó la situación jurídica de los derechos e intereses difusos y colectivos en Brasil, Colombia y España con el fin de aportar elementos que permitan llevar a cabo una adecuada protección de éstos en México. La legislación brasileña ha sido el modelo a seguir en gran parte de los países de Latinoamérica que han protegido y tutelado estos derechos e intereses.

La constitución brasileña dispone de mecanismos como el *mandado de segurança*, la *acción popular* y el *mandado de injunção*. En el plano legislativo, se regulan los derechos a gozar de un medio ambiente sano, del consumidor, de

valor artístico, estético, turístico y de paisaje, la protección del orden urbanístico y, en general, la tutela de todos los derechos e intereses difusos y colectivos.

Brasil, aunque influenciado por la doctrina italiana, fue el primer país en adoptar un criterio diferenciador de los derechos e intereses difusos y colectivos y de plasmarlo en su legislación ordinaria, dando con ello fin a la incertidumbre y ambigüedad que había circundado la noción de los mismos. Así, unos y otros se ven diferenciados en razón de dos factores: 1) la determinación e indeterminación de los titulares del derecho: en el primer caso, la titularidad corresponde a una colectividad indeterminada; en el segundo, a una colectividad determinada o determinable; y, 2) la relación jurídica que pueda existir entre los titulares y el bien jurídico; pues tratándose de derechos e intereses difusos, existe una relación de hecho entre los titulares; y, tratándose de derechos e intereses colectivos, los titulares se encuentran vinculados por una relación jurídica.

Finalmente, debe resaltarse de la regulación brasileña la admisibilidad de todas las acciones “capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela”; su carácter preventivo; la previsión de una legitimación restringida a ciertos sujetos y entes públicos o privados; la improcedencia del desistimiento; la eficacia *erga omnes* de la sentencia tratándose de la tutela de derechos e intereses difusos; la excepción a la cosa juzgada cuando la sentencia resulte desestimatoria por insuficiencia de pruebas; la existencia de un fondo para la protección de los derechos difusos y colectivos, entre otros.

Colombia, por su parte, regula los derechos e intereses difusos y colectivos en forma conjunta en el artículo 88 constitucional, que no sólo establece una lista enunciativa de los mismos sino también su garantía: la acción popular, instrumento jurídico que permite hacer exigibles estos derechos ante tribunales competentes. No se establecen pues diferencias ni en la Constitución ni en la ley entre ambas figuras.

A través de la acción popular se protegen los derechos e intereses relacionados con: a) El goce de un ambiente sano; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico así como el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su

conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales; la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, y de los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y, la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a su eficiente y oportuna prestación; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Resalta de la regulación prevista en Colombia para la protección de derechos e intereses difusos y colectivos el carácter preponderantemente preventivo de la acción; la inoperancia de la caducidad de la acción; la prioridad del proceso respecto de otros asuntos de conocimiento del juez competente; el establecimiento de una legitimación amplia, confiriendo la misma a toda persona física o jurídica; la escisión de la jurisdicción en razón de la naturaleza pública o privada del sujeto responsable por la vulneración de los derechos e intereses difusos y colectivos; la flexibilidad en los requisitos para interponer la acción; el establecimiento de medidas cautelares tendientes a prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado, pudiendo incluso ordenarse la inmediata suspensión de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando, salvo si la medida produce mayores perjuicios al derecho o interés difuso que se pretende proteger, causa perjuicios ciertos e inminentes al interés público, o bien, genera perjuicios al demandado de una gravedad tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable; el

establecimiento de una audiencia de conciliación llamada Pacto de Cumplimiento; la existencia de un fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos (difusos y colectivos); la eficacia *erga omnes* de la sentencia; la excepción a la cosa juzgada en aquellos casos en los que la sentencia ha sido desestimada por insuficiencia probatoria; la previsión de incentivos al actor, sea éste persona física o jurídica, de derecho privado o público; entre otros.

Por lo que refiere a España, la Constitución de 1978 tutela en el capítulo referente a los principios rectores de la política social y económica, los derechos e intereses difusos y colectivos, a través de la protección al medio ambiente, la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España, la defensa de consumidores y usuarios, y el derecho al desarrollo. En la legislación ordinaria, estos derechos están desarrollados en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios –Ley 26/1984- y, en las directivas comunitarias. Aunado a lo anterior, el Legislador consagra como garantía para la defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios la acción de cesación

En España como en Brasil, se diferencia claramente entre derechos e intereses colectivos propiamente tal y derechos e intereses difusos, adoptando el criterio de la determinación o indeterminación de los titulares del derecho.

Con todo y ello es preciso señalar que la tutela de derechos e intereses colectivos y difusos en España es bastante deficiente pues aunado a la dispersión normativa y a los múltiples vacíos y lagunas de la ley, las disposiciones previstas en la LEC están constreñidas a la defensa de consumidores y usuarios y no parece que su aplicación sea extensiva a otros derechos e intereses colectivos, salvo el caso relacionado con los contratos de adhesión.

Novena. La investigación determinó la situación jurídica que actualmente presentan los derechos e intereses difusos en México desde una perspectiva constitucional, legislativa y jurisprudencial.

En el plano constitucional y desde el punto de vista sustancial, la Constitución Mexicana de 1917, aunque de forma incipiente, reconoce su

existencia a favor de todos los seres humanos. Así, reconoce el derecho de toda persona a la protección de la salud y al disfrute y goce de un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Aunque el texto constitucional se limite a reconocer el derecho de toda persona al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en dicha materia, debe entenderse también que constituye un derecho de todos los individuos la conservación y preservación de la cultura. Aunado a lo anterior, se reconocen varios derechos difusos relacionados con el derecho al desarrollo, la ordenación de asentamientos humanos, la preservación del equilibrio ecológico, el uso del agua y de los recursos naturales, entre otros, enmarcando las políticas públicas con un fin preciso: evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en *perjuicio de la sociedad*. Resáltese aquí que el *telos* que emana del precepto no está determinado ya por el individualismo imperante durante todo el siglo XIX, sino que constituye un triunfo de los movimientos sociales de 1910 que ponen de manifiesto el abuso de los derechos individuales que conspiran contra los derechos de la sociedad en su conjunto.

Por lo que refiere a los derechos colectivos, el artículo 27 constitucional en su fracción VII reconoce los derechos de los núcleos de población ejidales y comunales, sobre tierras, bosques y aguas, y reconoce su personalidad jurídica como sujetos de derecho susceptibles de acudir ante los tribunales para ser amparados en sus derechos.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal constitucional es reciente -el 29 de julio de 2010- la reforma que prevé las acciones colectivas como mecanismo jurídico para la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos (también de derechos individuales homogéneos).

En el plano legislativo, la Ley Federal de Protección al Consumidor constituye un antecedente para la protección de los derechos colectivos, pero está lejos aún de ser un órgano protector de derechos e intereses difusos pues ni siquiera admite la intervención de representantes de consumidores no identificados, limitándose tan sólo a proteger a los consumidores que reportan un perjuicio individual y que siendo afectados, se encuentran legitimados para

presentar sus inconformidades. Con todo y ello, es de hacer notar que constituye un avance significativo la reforma del 30 de noviembre de 2010, que modifica el mecanismo a través del cual los consumidores ponen en conocimiento de la autoridad encargada –PROFECO– la vulneración a sus derechos difusos y colectivos en materia del consumo. A partir de entonces, la queja o reclamación, podrá presentarse en forma colectiva (“grupal”). En tales casos, se exige, entre otros, que las asociaciones u organizaciones de consumidores que presenten reclamaciones en representación de una colectividad determinada, se encuentren legalmente constituidas y acrediten la personalidad de los representantes; que su objeto social sea el de la promoción y defensa de los intereses y derechos de los consumidores; que tengan como mínimo un año de haberse constituido; que los consumidores que participan en la queja grupal expresaron su voluntad para formar parte de la misma; y, que carecen de conflicto de intereses respecto de la queja que se pretende presentar, expresándolo en un escrito en el que, bajo protesta de decir verdad, se haga constar dicha circunstancia.

En materia agraria, fue en la Constitución de 1917 que se facultó a un ente colectivo, el ejido y la comunidad, para reclamar ante el juez la privación, por parte de la autoridad, de la propiedad o de la posesión y disfrute de tierras, aguas, pastos y montes, pudiéndose incluso, alegar actos de mera molestia. De la legislación prevista al efecto destaca: a) la legitimación subsidiaria conferida a cualquiera de los miembros del comisariado o del Consejo de Vigilancia e, incluso, a cualquier integrante de la comunidad; b) la reducción de formalidades de la demanda; c) la suplencia de la queja deficiente; d) la inoperancia de la caducidad de la acción cuando ésta es interpuesta por los entes colectivos contra actos que afecten al núcleo de población; e) la suspensión de oficio y de plano de los actos lesivos; f) la prohibición del desistimiento, salvo cuando fuere aprobado por la Asamblea General del núcleo de población; g) amplias potestades del juez en materia probatoria; h) la posibilidad de emitir fallos *extra* y *ultra petita*; i) otras. Con la implementación, desde 1992, de tribunales agrarios de carácter federal, el juicio de amparo en materia agraria cae en desuso.

En materia ambiental, la legislación mexicana incorpora como garantía para la protección de los derechos e intereses difusos relacionados con el medio ambiente, la llamada denuncia popular, a través de la cual cualquier sujeto de derecho, persona física o jurídica, está facultada para denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante la autoridad municipal, todo hecho, acción u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones legales relacionadas con la materia. El sujeto activo, por supuesto, será toda persona física o jurídica, de derecho público o privado. Sin embargo, el procedimiento es de tipo administrativo, no jurisdiccional, y las resoluciones que emite la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente no pasan de ser meras recomendaciones sin carácter vinculante para la autoridad infractora. Ya en la vía jurisdiccional, el interesado podrá, a favor de la comunidad, ejercer el derecho de acción ante los tribunales federales competentes solicitando la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses difusos y colectivos relacionados con el medio ambiente, claro está, una vez que hayan entrado en vigor las reformas que reglamentan la nueva fracción tercera del artículo 17 constitucional. Entre tanto el interesado, pero especialmente la colectividad, estarán desprotegidos en la tutela de estos derechos.

En materia civil, el legislador ha previsto mecanismos procesales tendientes a impedir que se obstaculice el disfrute, uso y goce de los bienes de uso común, especialmente por lo que refiere al espacio público. Un claro ejemplo de ello, se dijo, son los interdictos, que no sólo tienen por objeto recuperar o retener la posesión, sino también evitar daños y perjuicios en bienes de uso común ocasionados con motivo de la construcción de obra nueva o peligrosa. Sus fines son eminentemente preventivos. Incluso, algunas entidades federativas de la República Mexicana (Campeche, Oaxaca y Yucatán) han llegado a contemplar la acción popular en los interdictos de obra nueva tratándose de la afectación de bienes de uso común. También en los interdictos de obra peligrosa, la mayoría de las legislaciones procesales civiles de las entidades federativas de la República Mexicana, establecen una legitimación amplia al prever que podrán ejercer esta

acción “quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra u objeto peligroso”. En este caso creemos, que en principio, el titular de la acción se encuentra indeterminado.

Aunado a lo anterior, el 27 de abril de 2011 se aprobó en el Congreso de la Unión una reforma a diversas disposiciones normativas, entre ellas, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código Civil Federal, a la Ley Federal de Competencia Económica, a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, finalmente, a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, con el fin de reglamentar las acciones colectivas. Con dicha reforma, México al menos formalmente, deja de ser un país ajeno a la tutela de derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, garantizando el acceso a la justicia por la violación a los mismos en materias relacionadas con el medio ambiente; las relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados; los servicios financieros; y, en materia de competencia económica, ésta última respecto de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas.

Finalmente, en el plano jurisprudencial y a través del juicio de amparo, la Corte durante el siglo XIX sostuvo una concepción amplia de la legitimación, decretando la procedencia del juicio constitucional para la protección de intereses urbanísticos, estéticos e incluso de simple comodidad, criterio que varía en el año de 1972, cuando la Corte declara improcedente el amparo argumentando que dichos intereses carecen de tutela jurídica.

Por lo demás, son escasos los pronunciamientos relacionados con la tutela de derechos e intereses difusos y colectivos. De algunas tesis aisladas se desprende que: a) no se diferencia entre derechos colectivos y difusos; b) resulta imperioso superar la visión individualista que ha permeado el proceso; c) es imprescindible dar cabal aplicación a los principios de celeridad y economía procesal; d) resalta el carácter preventivo de la acción; e) demuestran las insuficiencias y limitaciones del amparo para la protección de los derechos e

intereses difusos y hace expresa la necesidad de introducir reformas a esta institución para adecuarla a las nuevas demandas de justicia, o bien, de idear instrumentos que permitan garantizar estos derechos.

Es de resaltar el pronunciamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que al conocer de un recurso de amparo promovido por la PROFECO, en la sesión del 26 de mayo de 2010, estimó que *los efectos de las sentencias declarativas de condena sobre responsabilidad de proveedores y prestadores de bienes y servicios debe tener efectos generales, no así la sentencia que estima la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores*, toda vez que ésta se lleva a cabo en la vía incidental debiendo el perjudicado acreditar el monto de sus perjuicios. Dicha providencia constituye un precedente que reviste la mayor importancia al extender los efectos de la cosa juzgada a todos los perjudicados.

Décima. La tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos, fundamentalmente de los primeros, constituye a la par un mecanismo que fomenta la democracia participativa en el Estado y propicia la apertura de un derecho solidario. De ahí que la participación, en cuanto instrumento de ordenación de nuevas realidades sociales, se encuentra presente en la tutela de estos derechos e intereses.

Décimo Primera. Las acciones colectivas constituyen un instrumento adecuado para la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses difusos y colectivos.

Décimo Segunda. La reglamentación de las acciones colectivas puede llevarse a cabo a partir de una ley reglamentaria que prevea tanto los aspectos sustantivos como procesales o, mediante reformas a diversos códigos y estatutos. Para estos efectos, se presentaron en la Cámara de Diputados dos iniciativas, una, por el Diputado del Partido del Trabajo Jaime Cárdenas Gracia, que está sustentada, en lo fundamental, en el proyecto elaborado por los profesores Alberto Benítez, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Antonio Gidi, mismo que se encuentra condensado en el *Código Modelo de Procesos Colectivos*; y dos, propuesta por el Diputado Javier Corral Jurado del Partido Acción Nacional, que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Tercero del

Artículo 17 Constitucional, en Materia de Acciones Colectivas. Ninguna de tales iniciativas fue considerada para efectos de aprobar la reforma que reglamenta las acciones colectivas pues fue la iniciativa del Senador Murillo Karam la que da lugar al debate y discusión del proyecto de decreto que reglamenta las acciones colectivas en México. Su propuesta no se agota en la reforma y adición al Código Federal de Procedimientos Civiles, sino que abarca también la modificación de diversos ordenamientos jurídicos, como lo son el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y. la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. El dictamen, ya aprobado, no contempló una anunciación de los derechos colectivos tutelados sino que fue taxativa, lo que reduce su ámbito de aplicación a la tutela de los derechos de los consumidores y de los usuarios de los servicios financieros; en materia de protección al ambiente y equilibrio ecológico y, en materia de competencia económica. El dictamen, además, fue desfavorable en algunos aspectos con relación a la iniciativa que lo motiva. Cuestiones como el procedimiento, los mecanismos de integración de la colectividad afectada (*Opt in vs. Opt-out*), la legitimación de los organismos, dependencias y entidades federales que tuvieren a su cargo la protección o tutela de los derechos e intereses en la materia del litigio; el número mínimo de sujetos afectados para integrar la colectividad o grupo; la exigencia de asistencia legal profesional; la posibilidad de emitir una declaración de condena en abstracto con efectos generales; fueron algunos de los aspectos más rebatidos y sujetos a modificación.

Décimo Tercera. Si bien es de resaltar los esfuerzos del legislador mexicano para garantizar los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos creando acciones que permitan su tutela judicial efectiva, es preciso decir que sus intenciones son bastas pero los resultados de corto alcance. El análisis de la reforma recientemente aprobada²⁴⁴ nos permite concluir que la regulación de las

²⁴⁴ Al respecto, véase la Minuta con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica,

acciones colectivas contiene vacíos, ambigüedades y es notoriamente dilatoria y, peor aún, pretende dar una apariencia de tutela de derechos tras el velo de la ley.

Décimo Cuarta. El trabajo contiene además la presentación de algunos lineamientos que hubieran podido servir como derrotero al legislador al momento de reglamentar la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos. En todo caso, podrán ser de gran utilidad para el intérprete al momento de dar sentido a las normas ante vacíos y ambigüedades, y al académico cuya función es principalmente la de sistematizar y analizar los enunciados normativos.

la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros²⁴⁴, aprobada el 28 de abril de 2011 y que pasó al Ejecutivo Federal para los efectos constitucionales. A 17 de julio de 2011 está pendiente de publicación en el DOF.

ANEXO 1

Decreto por el que se adiciona el Título Tercero al Libro Tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles que regula las acciones y procedimientos colectivos²⁴⁵

Artículo Único: Se adiciona el Título Tercero al Libro Tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles para quedar como sigue:

Título Tercero De las acciones y procedimientos colectivos

Capítulo I Previsiones generales

Artículo 543. La defensa y protección de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales de incidencia colectiva será ejercida en forma colectiva ante los jueces y tribunales civiles federales en los términos que señale este título.

Artículo 544. La acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones transindividuales cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.

Artículo 545. En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como los derechos e intereses transindividuales, de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, determinada o indeterminada, unidas entre sí, o con la contraparte, por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como el conjunto de derechos e intereses individuales de los que sean titulares los miembros de un grupo de personas, determinado o indeterminado, y que pueden reclamarse mediante acción colectiva debido a su origen común.

Artículo 546. La acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declaratorias, constitutivas o de condena, sea ésta monetaria o de cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer.

Artículo 547. Serán competentes para conocer de los procedimientos colectivos los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación del lugar que ocurra

²⁴⁵ Iniciativa presentada por el Diputado Jaime Cárdenas Gracia. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2945-II, martes 9 de febrero de 2010.

de los hechos u omisiones imputados a la parte demandada o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

Artículo 548. En los procedimientos colectivos, el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses difusos, colectivos o individuales de incidencia colectiva.

Capítulo II Procedimiento

Artículo 549. Tienen legitimación para ejercer acciones colectivas:

- a) Cualquier persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho.
- b) Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos.
- c) La Entidad Pública Relevante, entendida como aquella a cargo de la protección o tutela del derecho o interés amenazado o vulnerado de acuerdo a la legislación aplicable.
- d) La federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios.
- e) Asociaciones sin fines de lucro legalmente constituidas.
- f) El Ministerio Público.
- g) Las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría.
- h) Los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.

Artículo 550. Los legitimados para ejercer acciones colectivas deberán contar con asistencia legal profesional, la cual deberá velar por los derechos e intereses de dicha colectividad o grupo.

Artículo 551. Los requisitos de procedencia de la acción colectiva son:

- I. La existencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad o grupo de que se trate de tal forma que se permita una decisión uniforme respecto de la controversia.
- II. Que el legitimado colectivo o quien preste la asistencia legal, en su caso, pueden representar adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo de que se trate.

En el caso de la fracción II anterior el juez analizará la calidad del trabajo realizado por el actor y quien preste la asistencia legal, y se cerciorará que cuenten con la capacidad técnica y económica para poder representar y defender los derechos e intereses de los miembros de la colectividad o grupo de que se trate y que no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes en el proceso.

Artículo 552. Una vez presentada la demanda el juez la admitirá o desechará dentro de los cinco días siguientes y correrá traslado a la parte demandada emplazándola de forma personal para que conteste dentro de los quince días

siguientes; también dará vista a la Entidad Pública Relevante y al Ministerio Público para que realicen, en el mismo plazo, las manifestaciones que estimen pertinentes. El juez certificará si la demanda contiene los requisitos de procedencia dentro de los diez días siguientes. Esta decisión podrá ser modificada en cualquier etapa del proceso cuando existieren razones justificadas para ello.

Artículo 553. Una vez que el juez ha certificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia, ordenará notificar a los miembros de la colectividad o grupo mediante los medios idóneos para tales efectos. En todo caso, la notificación deberá ser económica, eficiente, amplia y tendiente a alcanzar al mayor número de legitimados colectivos y miembros de la colectividad o grupo. La notificación contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales del procedimiento colectivo respectivo.

El juez podrá ordenar la notificación a que se refiere este artículo en cualquier medio masivo de comunicación que estime pertinente.

Las notificaciones ordinarias se entenderán exclusivamente con las partes en el proceso.

Artículo 554. Cualquier miembro de la colectividad o grupo de que se trate podrá pedir su exclusión de dicha colectividad o grupo para efectos del procedimiento colectivo de que se trate, siempre que lo solicite al juez por escrito en cualquier etapa del proceso y hasta antes de dictar sentencia.

Artículo 555. En el auto en donde el juez ordene la notificación a que se refieren los artículos precedentes, el juez citará para la audiencia previa y de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los quince días siguientes a aquel en el que se haya completado la notificación. En dicha audiencia el juez, de forma personal, propondrá soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo. Si las partes alcanzaren un convenio, el juez de oficio revisará que proceda legalmente y que los intereses de la colectividad o grupo de que se trate estén debidamente protegidos; previa vista a la entidad pública relevante y al Ministerio Público, y una vez escuchadas las manifestaciones de terceros interesados, el juez podrá aprobar el convenio el cual tendrá efectos de cosa juzgada.

Artículo 556. Una vez concluida la audiencia a que se refiere el artículo anterior, el juez procederá a abrir el juicio a prueba por un periodo de quince días y citará para las audiencias finales del procedimiento, las cuales tendrán verificativo el último día del periodo de ofrecimiento de pruebas. Una vez desahogadas y discutidas las pruebas en la audiencia, se abrirá la audiencia de alegatos en donde podrán alegar las partes, el Ministerio Público y la Entidad Gubernamental Relevante. El juez dictará la sentencia en la misma audiencia o dentro de los quince días siguientes.

Artículo 557. Para mejor resolver, el juzgador debe valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, sin más limitaciones que la relevancia con el asunto controvertido.

El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, siempre que tengan relevancia con el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes, y podrá basar su resolución de la controversia en dichas manifestaciones o argumentos.

El juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal conforme a lo establecido en el párrafo anterior y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.

Artículo 558. Si por razones de índole económica la parte que esté obligada a probar no pudiera hacerlo, el juez podrá solicitar a cualquier entidad pública, la realización de los estudios o presentación de los documentos necesarios para mejor resolver el litigio en cuestión si ello estuviere dentro su área de gestión. Lo mismo ocurrirá cuando la entidad pública sea la única persona con posibilidades de realizar los estudios o presentar los documentos referidos.

El juez podrá requerir prudencialmente a la Entidad Pública Relevante o a cualquier tercero la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo.

Artículo 559. Si el juez lo considera pertinente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a una de las partes la presentación de documentos que sean necesarios para mejor resolver el litigio de que se trate o para ejecutar la sentencia respectiva.

Artículo 560. El uso de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia serán tomados en cuenta por el juez.

Artículo 561. Para resolver la controversia planteada no será necesario que la parte actora presente y desahogue pruebas individualizadas respecto de todos los miembros de la colectividad o grupo de que se trate.

Artículo 562. Durante un procedimiento colectivo cualquier miembro de la colectividad o grupo de que se trate podrá solicitar información al actor sobre el estado que guarda el expediente. Dicha información no le podrá ser negada. La Entidad Pública Relevante deberá mantener un registro documentado completo que contenga la información actualizada de los procedimientos colectivos activos y ya concluidos, el cual estará disponible al público.

La parte actora y la Entidad Pública Relevante deberán incluir en su página de Internet información completa, actualizada y documentada sobre los procedimientos colectivos respectivos.

Capítulo III Sentencias

Artículo 563. En acciones colectivas provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, el juez podrá ordenar al demandado la realización de conductas o la abstención de las mismas, en aras de proteger el derecho o interés amenazado o violado y evitar futuras violaciones a los mismos. Para lo anterior, establecerá plazos prudentes para su cumplimiento y las medidas de apremio en caso de incumplimiento.

Si fuere posible, ordenará la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la violación a dicho derecho o interés. Si no fuere posible, dicha restitución podrá condenar al demandado al pago de daños y perjuicios causados a la colectividad en su conjunto con base en cálculos que incluirán el número estimado de miembros de la colectividad, la afectación a los derechos o intereses de la colectividad o al interés general, y demás circunstancias que estime

pertinentes, incluso los beneficios obtenidos por el demandado. La cantidad resultante se destinará al Fondo.

Artículo 564. En el caso de acciones colectivas provenientes de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva el juez condenará al demandado al pago de los daños y perjuicios causados a los miembros del grupo de que se trate. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo sea de fácil determinación o pueda ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula para calcular la indemnización individual y la sentencia se ejecutará de forma colectiva. En su sentencia el juez establecerá medidas que hagan fácil y expedita la entrega de dichas indemnizaciones. Si después del periodo otorgado por el juez para que se reciban las indemnizaciones que les correspondan hubiere cantidades remanentes, éstas serán destinadas al Fondo.

Si el juez no puede calcular el valor de los daños individualmente, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar, difiriendo la liquidación de los daños individuales a los incidentes individuales a ser promovidos por cada uno de los miembros del grupo dentro de los dos años siguientes a que la sentencia cause ejecutoria. Si una vez transcurridos los dos años a que se refiere el párrafo anterior, sólo una parte de la totalidad de las personas hubieren promovido el incidente de liquidación respectivo, el juez fijará el valor global de los daños causados a los miembros del grupo restantes y el demandado deberá entregar el remanente al Fondo.

Artículo 565. La sentencia será notificada a la colectividad o grupo de que se trate.

Capítulo IV Medidas precautorias

Artículo 566. Antes de la presentación de la demanda, y en cualquier etapa del proceso, de oficio o a solicitud de parte, el juez podrá decretar las medidas precautorias que considere apropiadas contra cualquier persona. Estas medidas se podrán decretar sin audiencia de la contraparte y podrán consistir en:

- a) La cesación de las actividades que estén causando un daño o vulneración a los derechos e intereses colectivos o individuales de incidencia colectiva o lo puedan llegar a causar.
- b) La realización de actividades que por su omisión previa hayan causado un daño o vulneración a los derechos e intereses colectivos o individuales de incidencia colectiva o lo puedan llegar a causar.
- c) El retiro del mercado de bienes y productos que sean considerados peligrosos.
- d) El aseguramiento de bienes de la parte demandada.
- e) Cualquier otra medida que el juez considere apropiada.

Capítulo V Medidas de apremio

Artículo 567. El juez podrá emplear los medios de apremio necesarios a efecto de hacer cumplir sus determinaciones, incluyendo, pero sin limitar, multas periódicas

proporcionales al daño causado o al daño que se pretende prevenir y la realización de los actos o acciones por cuenta de la parte que no obedezca la medida decretada y con cargo a esta última.

Capítulo VI **Relación entre acciones colectivas y acciones individuales**

Artículo 568. No habrá litispendencia ni conexidad entre acciones colectivas y acciones individuales aunque provengan de la misma causa. En caso de existencia de una acción individual y de una acción colectiva provenientes de la misma causa, el demandado deberá comunicar tal situación al actor de la acción individual, quien podrá pedir la suspensión del procedimiento individual dentro de los treinta días siguientes. En caso de no solicitar la suspensión dicha persona será excluida de la colectividad o grupo, y la sentencia colectiva no le vinculará. En ausencia de la notificación a que se refiere este artículo, el miembro de la colectividad o grupo que accione de forma individual podrá ser beneficiado, pero no perjudicado, por la cosa juzgada colectiva.

Si la acción colectiva termina con resolución sobre el fondo, el miembro de la colectividad o grupo que hubiere requerido la suspensión de su proceso individual quedará vinculado por la cosa juzgada colectiva.

Si la acción colectiva fuese rechazada, la acción individual que estaba suspendida podrá continuar.

Antes de la publicación de la sentencia colectiva el miembro del grupo demandante de la acción individual que haya requerido la suspensión de su proceso individual podrá desligarse de la acción colectiva y solicitar la continuación de su acción individual.

Capítulo VII **Cosa juzgada**

Artículo 569. La cosa juzgada vinculará a todos los miembros de la colectividad o grupo, pero no operará en el caso de que un legitimado colectivo presente nuevos elementos probatorios o compruebe una inadecuada representación de los derechos e intereses de la colectividad o grupo de que se trata en el procedimiento anterior.

Artículo 570. Si alguna persona inició un procedimiento individual al cual recayó una sentencia que causó ejecutoria no podrá ser incluida dentro de una colectividad o grupo para efectos de un procedimiento colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas.

Capítulo VIII **Gastos y costas**

Artículo 571. El juez incluirá en su sentencia la condena que, respecto de gastos y costas, corresponda.

Artículo 572. Los gastos y costas de los procedimientos colectivos se determinarán en la sentencia y se liquidarán en ejecución de sentencia de conformidad con las reglas siguientes:

I. Si la parte demandada es condenada, el juez la condenará a pagar adicionalmente los gastos razonables en que haya incurrido la parte actora. Asimismo, el juez condenará a la parte demandada a pagar el equivalente a entre el uno y diez por ciento del total del monto condenado por concepto de honorarios de abogados y entre el uno y el diez por ciento del total del monto condenado a la asociación actora, en su caso. La determinación será realizada tomando en consideración el trabajo realizado, el beneficio para el grupo o colectividad y el número estimado de los miembros de la colectividad o grupo de que se trate y demás circunstancias que estime pertinentes.

Si no hubiere un monto adecuado para realizar el cálculo a que se refiere el párrafo anterior, el juez determinará el monto de las costas tomando en consideración los criterios establecidos en el párrafo anterior.

II. Si la parte actora no prevalece en el juicio, ésta pagará los gastos y costas razonables de la parte demandada sólo si no presentare prueba adecuada para justificar su acción, si intentare una acción notoriamente improcedente, si utilizare documentos falsos durante el juicio o si presentare la acción colectiva de mala fe o con el propósito de realizar una afectación al demandado.

III. Si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas serán pagados de conformidad con los incisos anteriores.

Transitorios

Artículo Primero. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo Segundo. Se recorre el orden numérico de los artículos del Libro Cuarto de este Código denominado "De la cooperación procesal internacional".

México, DF, a 9 de febrero de 2010.
Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia (rúbrica)

ANEXO 2

Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Tercero del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Acciones Colectivas²⁴⁶

Artículo Único. Se expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Tercero del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Acciones Colectivas, para quedar en los siguientes términos:

Ley Reglamentaria del Párrafo Tercero del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Acciones Colectivas

Capítulo Primero Disposiciones Preliminares

Artículo 1o. La presente ley tiene por objeto regular las acciones colectivas y la tutela de intereses difusos, determinar las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Artículo 2o. Serán admisibles todo tipo de acciones colectivas capaces de proporcionar una protección adecuada y efectiva de los derechos del grupo y sus miembros. En todo caso, la acción colectiva puede ser intentada para proteger:

- I. Derechos difusos; y
- II. Derechos individuales homogéneos.

Artículo 3o. La acción en los términos de esta Ley puede tener por objeto pretensiones de carácter

- I. Declarativo
- II. Constitutivo;
- III. De cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer; o
- IV. De condena.

Artículo 4o. Las acciones se substanciarán y decidirán con arreglo a las formas y procedimientos que se determinan en esta Ley y, en todo caso:

- I. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles; y

²⁴⁶ Iniciativa presentada por el Diputado Javier Corral Jurado. Gaceta Parlamentaria, número 3069, viernes 6 de agosto de 2010. (1102).

II. Las disposiciones de la misma se interpretarán evitando una aplicación incompatible con la protección de los derechos colectivos o individuales difusos.

Artículo 5o. En los juicios que deriven de una acción propia de esta ley todas las promociones deberán hacerse por escrito, salvo las que se hagan en las notificaciones o en la audiencia de conciliación.

Artículo 6o. Para los efectos de esta ley se entenderá por

I. Acciones de intereses difusos: Las acciones interpuestas por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. En éste caso, las personas afectadas no son determinadas o no son fácilmente determinables por los daños ocasionados. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad y se ejercitarán solamente para obtener el reconocimiento y el pago de indemnización de los perjuicios;

II. Acciones colectivas son las acciones interpuestas por un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios a dichas personas, las cuales son determinadas o fácilmente determinables;

III. Dependencias y entidades: Las señaladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en los respectivos ordenamientos locales en los ámbitos estatal, municipal y del Distrito Federal, así como los órganos administrativos desconcentrados de los distintos órdenes de gobierno;

IV. Ley: La Reglamentaria del Párrafo Tercero del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Acciones Colectivas;

V. Órganos constitucionales autónomos: El Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Banco de México, las universidades, las instituciones de educación superior a las que una ley otorgue autonomía y cualquier otro ente establecido con tal carácter en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en las constituciones de las entidades federativas; y

VI. Pretensión de clase: Vulneración de un derecho perteneciente a un grupo de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó o les puede originar perjuicios individuales.

Capítulo Segundo Del Ejercicio de la Acción

Artículo 7o. La acción colectiva o de intereses difusos puede promoverse por

I. El presidente de la República o el procurador general de la República;

II. Los gobernadores de los estados o los encargados de la procuración de justicia;

III. El jefe del Gobierno del Distrito Federal o el encargado de la procuración de justicia en el mismo;

IV. Los presidentes municipales, en lo relacionado con su competencia;

V. Los órganos constitucionales autónomos, en lo relacionado con su competencia;

VI. Las dependencias y entidades de la administración pública, de los tres órdenes de Gobierno, en lo relacionado con su competencia;

VII. El Ministerio Público;

VIII. Las asociaciones sin fines de lucro, legalmente constituidas al menos con dos años de antelación a la fecha de su presentación; y

IX. Las personas físicas en lo individual, cuando representen una pretensión de clase.

Artículo 8o. Son partes en el procedimiento que derive de la acción:

I. El promovente o promoventes;

II. El o los demandados; y

III. El tercero o terceros perjudicados, si los hubiera.

Artículo 9o. Podrán intentar acciones colectivas las dependencias y entidades de los distintos órdenes de gobierno, los órganos constitucionales autónomos y personas jurídicas de derecho público.

Artículo 10. La acción colectiva será procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar derechos o intereses colectivos o difusos.

Artículo 11. Las acciones colectivas o las de intereses difusos podrán promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho o al interés colectivo o difuso.

Artículo 12. Cuando la acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración.

Capítulo Tercero De los Requisitos de la Demanda

Artículo 13. La demanda por la que se ejercite una acción deberá contener los siguientes requisitos:

I. La indicación del derecho o interés colectivo o difuso amenazado o vulnerado;

II. La enunciación de las pretensiones;

III. La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que la motivan;

IV. El nombre del o de los demandados, personas físicas o morales, públicas o privadas, responsable de la amenaza o del agravio, así como su domicilio;

V. Las pruebas que pretenda hacer valer; y

VI. El nombre y firma del actor.

Artículo 14. La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de oficio ordenará su citación en los términos legales a que haya lugar.

Capítulo Cuarto De la Representación Común

Artículo 15. Cuando dos o más personas ejerciten la misma acción u opongan la misma excepción en un mismo procedimiento que derive del ejercicio de una acción colectiva, podrán litigar unidas y con una representación común, salvo que los colitigantes tengan intereses opuestos.

Artículo 16. Si se trata de la parte actora, el nombramiento de representante común podrá hacerse en el escrito de demanda, o en la audiencia citada por el juez al efecto; si se trata de la demandada, el nombramiento se hará en el escrito de contestación o en la audiencia a que se ha hecho mención.

Si el nombramiento no lo hicieran los interesados dentro de los términos señalados, el juez lo hará escogiéndolo de entre los propios interesados.

Artículo 17. En su caso, el representante común tendrá los derechos, obligaciones y responsabilidad inherentes a un mandatario judicial.

Capítulo Quinto De la Competencia

Artículo 18. Será competente para conocer del juicio que derive del ejercicio de una acción colectiva o de intereses difusos, el juez de distrito en cuya jurisdicción deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se ejecute o se haya ejecutado el acto o los actos que le sirvan de origen.

Artículo 19. Si el acto o actos han comenzado a ejecutarse en un distrito y continúan ejecutándose en otro, cualquiera de los jueces de esas jurisdicciones, a prevención, será competente.

Artículo 20. A criterio del promovente o promoventes, será competente el juez de distrito en cuya jurisdicción esté ubicado el domicilio de la autoridad o particular demandado.

Artículo 21. En los lugares en que no resida juez de distrito, los jueces de primera instancia dentro de cuya jurisdicción radique la autoridad o el particular demandado o donde deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se ejecute o se haya ejecutado el acto o los actos que le sirvan de origen a la acción respectiva, tendrán facultad para recibir la demanda, pudiendo ordenar que se mantengan las cosas en el estado en que se encuentren por el término de setenta y dos horas, que deberá ampliarse en lo que sea necesario, atenta la distancia que haya a la residencia del juez de distrito más cercano. Hecho lo anterior, el juez de primera instancia remitirá al de distrito, sin demora alguna, la demanda original con sus anexos, en su caso.

Capítulo Sexto De las Notificaciones

Artículo 22. En el auto que admita la demanda, el juez ordenará su notificación personal al o a los demandados, en el domicilio señalado al efecto. A los ciudadanos interesados se les podrá informar en estrados y a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier otro mecanismo eficaz. Para este efecto, el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.

Artículo 23. Cuando se trate de entes públicos, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal o quien haga sus veces de acuerdo a la legislación aplicable.

Artículo 24. Cuando el demandado sea un particular, la notificación personal del auto admisorio se practicará de acuerdo con lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Capítulo Séptimo Del Trámite

Sección Primera De la Admisión de la Demanda

Artículo 25. Dentro de los tres días hábiles siguientes a la presentación de la demanda, el juez competente se pronunciará sobre su admisión. Se declarará la improcedencia de la acción cuando la demanda no cumpla los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el actor los subsane en el término de tres días hábiles. Si éste no lo hiciera en tiempo, el juez la rechazará de plano.

Artículo 26. En el auto admisorio de la demanda el juez ordenará su traslado al demandado por el término de diez días hábiles para su contestación. También dispondrá informarle que la sentencia será emitida dentro de los noventa días naturales siguientes al vencimiento del término de traslado y de su derecho a ofrecer y desahogar pruebas.

Sección Segunda De la Admisión de la Contestación

Artículo 27. En la contestación de la demanda sólo podrán oponerse las excepciones de mérito y la de cosa juzgada; las relativas a defecto en el emplazamiento, falta de personalidad o competencia, serán resueltas por el juez en la sentencia que ponga fin al procedimiento.

Artículo 28. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, el juez podrá dictar las medidas que estime pertinentes para garantizar el interés público, para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

Sección Tercera De la Audiencia de Conciliación

Artículo 29. Dentro de los cinco días posteriores al de la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo de traslado, el juez citará a las partes a una audiencia especial en la cual escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto.

La inasistencia a la audiencia a la que se refiere el párrafo anterior por parte de los funcionarios públicos obligados a asistir será causa de responsabilidad en los de la legislación en la materia.

Artículo 30. En la audiencia a la que se refiere el artículo anterior, se podrá suscribir un convenio para dar por terminado el juicio. El juez velará en todo momento por la protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

Suscrito el convenio y revisado por el juez en un plazo de cinco días hábiles, contados a partir de su celebración de la audiencia, se dará por terminado el juicio y se elevará a la calidad de cosa juzgada.

Sección Cuarta Del Periodo Probatorio

Artículo 31. Contestada la demanda o transcurrido el plazo respectivo sin que hubiera convenio a que se refiere el artículo anterior, el Juez abrirá el juicio a prueba.

Artículo 32. Además de las ofrecidas por las partes, el juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba que estime conducente, incluida la presentación de estadísticas provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad.

También podrá el juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes pertinentes en la causa de que se trate.

Artículo 33. El juez está obligado a realizar las diligencias necesarias para mejor proveer; el ejercicio de dicha facultad no dilatará el procedimiento.

Sección Quinta De los Alegatos y de la Citación para Sentencia

Artículo 34. Vencido el término para practicar pruebas, el juez correrá traslado a las partes para alegar por el término común de cinco días hábiles.

Artículo 35. Vencido el término del traslado para formular alegatos, el juez citará para sentencia por sí o a petición de parte.

Artículo 36. A partir de la publicación del auto que cite para dictar sentencia, el juez dispondrá de treinta días naturales para dictarla.

En su caso, la condena al pago de daños o perjuicios se hará en general y se liquidará en el incidente respectivo; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás aspectos de la sentencia.

Artículo 37. Las sentencias emitidas en un procedimiento que deriven de una acción colectiva o de protección de intereses difusos:

- I. Deberán delimitar la composición del grupo o personas afectadas, indicando con precisión las pautas necesarias para individualizar a los sujetos a quienes se extenderán los efectos de la cosa juzgada;
- II. Fijarán las bases de la liquidación o adhesión de los términos de ejecución, en su caso; y
- III. Establecerán el procedimiento para reconocer los derechos de los interesados, incluso para los no apersonados en el juicio respectivo.

Artículo 38. La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de indemnización contenida en ella.

Artículo 39. De las sentencias que protejan intereses colectivos o difusos, se ordenarán publicar un extracto de la demanda así como del resultado de la sentencia firme o los términos del convenio respectivo, en el Diario Oficial de la Federación.

Artículo 40. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general y causará estado de inmediato.

Sección Sexta Del Incidente de Liquidación

Artículo 41. Cuando hubiere condena de daños, perjuicios o al pago intereses, se fijará su importe en cantidad líquida o, por lo menos, se establecerán las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sean el objeto principal del juicio.

Artículo 42. En todo caso en que, para despachar ejecución, sea necesario practicar previamente una liquidación, se efectuará ésta por el procedimiento incidental.

Artículo 43. Desde la emisión de la sentencia, en su caso, se podrá trabar embargo sobre los bienes del demandado.

Artículo 44. Siempre que sea posible, el juez calculará el importe de la indemnización debida a cada miembro individual del grupo. La ejecución de la sentencia se llevará a cabo de forma colectiva.

Artículo 45. Si el juez de la causa no puede calcular el importe de los daños sufridos por los miembros del grupo, la condena será genérica, limitándose a determinar la responsabilidad de la demandada y el deber de indemnizar, en su caso.

Artículo 46. En el caso del artículo anterior, los miembros del grupo tendrán un máximo de dos años desde la fecha de notificación de la sentencia para ejercitar sus acciones individuales.

Sección Séptima De los Gastos y Costas del Juicio

Artículo 47. El ejercicio de las acciones colectivas o relativas a intereses difusos no generará gastos ni costas de juicio en perjuicio del actor o actores, a menos que haya obrado de mala fe.

Artículo 48. El juez, a solicitud de parte, podrá condenar al demandado el pago de los gastos y costas de juicio.

Artículo 49. El juez, a solicitud de parte, podrá retener el pago de los honorarios legales hasta la plena satisfacción de la demanda respectiva.

Capítulo Octavo

Artículo 50. El ejercicio de las acciones colectivas o relativas a intereses difusos no extingue el ejercicio de las acciones individuales relacionadas con una misma controversia.

Artículo 51. El miembro de un grupo que ejercite una acción individual relacionada con una misma controversia será excluido del grupo y no estará obligado en su esfera individual, a menos que haya decidido unirse al grupo antes de la fecha de citación para sentencia.

Transitorio

Único. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

ANEXO 3²⁴⁷

Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, para que en los términos del apartado A del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se remita al Ejecutivo para su publicación correspondiente:

Artículo Primero. Se reforma el artículo 24 y se adiciona un tercer párrafo al artículo 1o., así como un nuevo Libro Quinto, denominado “De las acciones colectivas” integrado por los nuevos artículos 578 a 625 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo I. Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario.

Actuarán, en el juicio, los mismos interesados o sus representantes o apoderados, en los términos de la ley. En cualquier caso, los efectos procesales serán los mismos, salva prevención en contrario.

Se exceptúan de lo señalado en los párrafos anteriores, cuando el derecho o interés de que se trate sea difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva. En estos casos, se podrá ejercitar en forma colectiva, en términos de lo dispuesto en el Título Tercero del Libro Tercero de este Código.

Artículo 24. Por razón de territorio es tribunal competente:

I. a III. ...

IV. El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil;

V. a IX. ...

Libro Quinto De las Acciones Colectivas

Título Único

Capítulo I.

Previsiones Generales

²⁴⁷ El Decreto, aprobado el 28 de abril de 2011, pasa al Ejecutivo Federal para los efectos constitucionales. A 17 de julio de 2011 está pendiente de publicación en el DOF.

Artículo 578. La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Artículo 579. La acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.

Artículo 580. En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

Artículo 581. Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Artículo 582. La acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.

Artículo 583. El juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos.

Artículo 584. Las acciones colectivas previstas en este título prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

Capítulo II. De la Legitimación Activa

Artículo 585. Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:

- I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;
- II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;
- III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código; y
- IV. El procurador general de la República.

Artículo 586. La representación a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, deberá ser adecuada.

Se considera representación adecuada:

- I. Actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad en el juicio;
- II. No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza;
- III. No promover o haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frívolas o temerarias;
- IV. No promover una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos, y
- V. No haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas, en los términos del Código Civil Federal.

La representación de la colectividad en el juicio se considera de interés público. El juez deberá vigilar de oficio que dicha representación sea adecuada durante la substanciación del proceso.

El representante deberá rendir protesta ante el juez y rendir cuentas en cualquier momento a petición de éste.

En el caso de que durante el procedimiento dejare de haber un legitimado activo o aquéllos a que se refieren las fracciones II y III del artículo 585 no cumplieran con los requisitos referidos en el presente artículo, el juez de oficio o a petición de cualquier miembro de la colectividad, abrirá un incidente de remoción y sustitución, debiendo suspender el juicio y notificar el inicio del incidente a la colectividad en los términos a que se refiere el artículo 591 de este Código.

Una vez realizada la notificación a que se refiere el párrafo anterior, el juez recibirá las solicitudes de los interesados dentro del término de diez días, evaluará las solicitudes que se presentaren y resolverá lo conducente dentro del plazo de tres días.

En caso de no existir interesados, el juez dará vista a los órganos u organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código, según la materia del litigio de que se trate, quienes deberán asumir la representación de la colectividad o grupo.

El juez deberá notificar la resolución de remoción al Consejo de la Judicatura Federal para que registre tal actuación y en su caso, aplique las sanciones que correspondan al representante.

El representante será responsable frente a la colectividad por el ejercicio de su gestión.

Capítulo III Procedimiento

Artículo 587. La demanda deberá contener:

- I. El tribunal ante el cual se promueve;
- II. El nombre del representante legal, señalando los documentos con los que acredite su personalidad;
- III. En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto y las individuales homogéneas, los nombres de los miembros de la colectividad promoventes de la demanda;
- IV. Los documentos con los que la actora acredita su representación de conformidad con este Título;
- V. El nombre y domicilio del demandado;
- VI. La precisión del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado;
- VII. El tipo de acción que pretende promover;
- VIII. Las pretensiones correspondientes a la acción;
- IX. Los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente;
- X. Los fundamentos de derecho; y
- XI. En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, las consideraciones y los hechos que sustenten la conveniencia de la substanciación por la vía colectiva en lugar de la acción individual.

El juez podrá prevenir a la parte actora para que aclare o subsane su demanda cuando advierta la omisión de requisitos de forma, sea obscura o irregular, otorgándole un término de cinco días para tales efectos.

El juez resolverá si desecha de plano la demanda en los casos en que la parte actora no desahogue la prevención, no se cumplan los requisitos previstos en este Título, o se trate de pretensiones infundadas, frívolas, o temerarias.

Artículo 588. Son requisitos de procedencia de la legitimación en la causa los siguientes:

- I. Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente o que se trate de actos que

hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia;

II. Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;

III. Que existan al menos treinta miembros en la colectividad, en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;

IV. Que exista coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida;

V. Que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en este Título;

VI. Que no haya prescrito la acción; y

VII. Las demás que determinen las leyes especiales aplicables.

Artículo 589. Son causales de improcedencia de la legitimación en el proceso, los siguientes:

I. Que los miembros promoventes de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;

II. Que los actos en contra de los cuales se endereza la acción constituyan procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales;

III. Que la representación no cumpla los requisitos previstos en este Título;

IV. Que la colectividad en la acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea, no pueda ser determinable o determinada en atención a la afectación a sus miembros, así como a las circunstancias comunes de hecho o de derecho de dicha afectación;

V. Que su desahogo mediante el procedimiento colectivo no sea idóneo;

VI. Que exista litispendencia entre el mismo tipo de acciones, en cuyo caso procederá la acumulación en los términos previstos en este Código; y

VII. Que las asociaciones que pretendan ejercer la legitimación en el proceso no cumplan con los requisitos establecidos en este Título.

El juez de oficio o a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de estos requisitos durante el procedimiento.

Artículo 590. Una vez presentada la demanda o desahogada la prevención, dentro de los tres días siguientes, el juez ordenará el emplazamiento al demandado, le correrá traslado de la demanda y le dará vista por cinco días para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en este Título.

Desahogada la vista, el juez certificará dentro del término de diez días, el cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en los artículos 587 y 588 de este Código. Este plazo podrá ser prorrogado por el juez hasta por otro igual, en caso de que a su juicio la complejidad de la demanda lo amerite.

Esta resolución podrá ser modificada en cualquier etapa del procedimiento cuando existieren razones justificadas para ello.

Artículo 591. Concluida la certificación referida en el artículo anterior, el juez proveerá sobre la admisión o desecha miento de la demanda y en su caso, dará

vista a los órganos y organismos referidos en la fracción I del artículo 585 de este Código, según la materia del litigio de que se trate.

El auto que admita la demanda deberá ser notificado en forma personal al representante legal, quien deberá ratificar la demanda.

El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso.

Contra la admisión o desechamiento de la demanda es procedente el recurso de apelación, al cual deberá darse trámite en forma inmediata.

Artículo 592. La parte demandada contará con quince días para contestar la demanda a partir de que surta efectos la notificación del auto de admisión de la demanda. El juez podrá ampliar este plazo hasta por un periodo igual, a petición del demandado.

Una vez contestada la demanda, se dará vista a la actora por 5 días para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Artículo 593. La notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales de la acción colectiva respectiva, así como las características que permitan identificar a la colectividad.

Las demás notificaciones a los miembros de la colectividad o grupo se realizarán por estrados.

Salvo que de otra forma se encuentren previstas en este Título, las notificaciones a las partes se realizarán en los términos que establece este Código.

Artículo 594. Los miembros de la colectividad afectada podrán adherirse a la acción de que se trate, conforme a las reglas establecidas en este artículo.

En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, la adhesión a su ejercicio podrá realizarse por cada individuo que tenga una afectación a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante a que se refiere el artículo 585 de este Código o al representante legal de la parte actora, según sea el caso.

Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

Dentro de este lapso, el interesado hará llegar su consentimiento expreso y simple al representante, quien a su vez lo presentará al juez. El juez proveerá sobre la adhesión y, en su caso, ordenará el inicio del incidente de liquidación que corresponda a dicho interesado.

Los afectados que se adhieran a la colectividad durante la substanciación del proceso, promoverán el incidente de liquidación en los términos previstos en el artículo 605 de este Código.

Los afectados que se adhieran posteriormente a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, deberán probar el daño causado en el incidente respectivo. A partir de que el juez

determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

En tratándose de la adhesión voluntaria, la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad posterior al emplazamiento del demandado, equivaldrá a un desistimiento de la acción colectiva, por lo que no podrá volver a participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos.

Tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado.

El representante a que se refiere el artículo 585 de este Código tendrá los poderes más amplios que en derecho procedan con las facultades especiales que requiera la ley para sustanciar el procedimiento y para representar a la colectividad y a cada uno de sus integrantes que se hayan adherido o se adhieran a la acción.

Artículo 595. Realizada la notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia el juez personalmente propondrá soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos.

La acción colectiva podrá ser resuelta por convenio judicial entre las partes en cualquier momento del proceso hasta antes de que cause estado.

Si las partes alcanzaren un convenio total o parcial, el juez de oficio revisará que proceda legalmente y que los intereses de la colectividad de que se trate estén debidamente protegidos.

Previa vista por diez días a los órganos y organismos a que se refiere el la fracción I del artículo 585 de este Código y al Procurador General de la República, y una vez escuchadas las manifestaciones de los miembros de la colectividad, si las hubiere, el juez podrá aprobar el convenio elevándolo a la categoría de cosa juzgada.

Artículo 596. En caso de que las partes no alcanzaren acuerdo alguno en la audiencia previa y de conciliación, el juez procederá a abrir el juicio a prueba por un período de sesenta días hábiles, comunes para las partes, para su ofrecimiento y preparación, pudiendo, a instancia de parte, otorgar una prórroga hasta por veinte días hábiles.

Una vez presentado el escrito de pruebas, el representante legal deberá ratificarlo bajo protesta ante el juez.

El auto que admita las pruebas señalará la fecha para la celebración de la audiencia final del juicio en la cual se desahogarán, en un lapso que no exceda de cuarenta días hábiles, el que podrá ser prorrogado por el juez.

Una vez concluido el desahogo de pruebas, el juez dará vista a las partes para que en un periodo de diez días hábiles aleguen lo que a su derecho y representación convenga.

El juez dictará sentencia dentro de los treinta días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia final.

Artículo 597. Los términos establecidos en los capítulos IV y V del Título Primero del Libro Segundo podrán ser ampliados por el juez, si existieren causas justificadas para ello.

Artículo 598. Para mejor proveer, el juzgador podrá valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes.

El juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal conforme a lo establecido en el párrafo anterior y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.

El juez podrá requerir a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo a que se refiere este Título.

Artículo 599. Si el juez lo considera pertinente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios que sean necesarios para mejor resolver el litigio de que se trate o para ejecutar la sentencia respectiva.

Artículo 600. Para resolver el juez puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia.

Artículo 601. No será necesario que la parte actora ofrezca y desahogue pruebas individualizadas por cada uno de los miembros de la colectividad.

Las reclamaciones individuales deberán justificar en su caso, la relación causal en el incidente de liquidación respectivo.

Artículo 602. Cuando la acción sea interpuesta por los representantes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 585 de este Código, estarán obligados a informar a través de los medios idóneos, a los miembros de la colectividad sobre el estado que guarda el procedimiento por lo menos cada seis meses.

Los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código, deberán llevar un registro de todos los procedimientos colectivos en trámite, así como los ya concluidos, en los que participan o hayan participado, respectivamente, como parte o tercero interesado. Dicho registro contará con la información necesaria y deberá ser de fácil acceso al público, de conformidad con la legislación aplicable.

Capítulo IV Sentencias

Artículo 603. Las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho.

Artículo 604. En acciones difusas el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las

cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas.

Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. En su caso, la cantidad resultante se destinará al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título.

Artículo 605. En el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo.

Cada miembro de la colectividad podrá promover el incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover dicho incidente.

El incidente de liquidación podrá promoverse por cada uno de los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria.

A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

El pago que resulte del incidente de liquidación será hecho a los miembros de la colectividad en los términos que ordene la sentencia; en ningún caso a través del representante común.

Artículo 606. En caso de que una colectividad haya ejercitado por los mismos hechos de manera simultánea una acción difusa y una acción colectiva, el juez proveerá la acumulación de las mismas en los términos de este Código.

Artículo 607. La sentencia fijará al condenado un plazo prudente para su cumplimiento atendiendo a las circunstancias del caso, así como los medios de apremio que deban emplearse cuando se incumpla con la misma.

Artículo 608. La sentencia será notificada a la colectividad o grupo de que se trate en los términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 591 de este Código.

Artículo 609. Cuando una vez dictada la sentencia, alguna de las partes tenga conocimiento de que sus representantes ejercieron una representación fraudulenta en contra de sus intereses, éstas podrán promover dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles la apelación que habrá de resolver sobre la nulidad de las actuaciones viciadas dentro del procedimiento colectivo, siempre que dicha representación fraudulenta haya influido en la sentencia emitida.

Capítulo V Medidas Precautorias

Artículo 610. En cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar a petición de parte, medidas precautorias que podrán consistir en:

- I. La orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;
- II. La orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;
- III. El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad; y
- IV. Cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.

Artículo 611. Las medidas precautorias previstas en el artículo anterior podrán decretarse siempre que con las mismas no se causen más daños que los que se causarían con los actos, hechos u omisiones objeto de la medida. El juez deberá valorar además que con el otorgamiento de la medida, no se cause una afectación ruinosa al demandado.

Para el otorgamiento de dichas medidas se requerirá:

- I. Que el solicitante de la medida manifieste claramente cuáles son los actos, hechos o abstenciones que estén causando un daño o vulneración a los derechos o intereses colectivos o lo puedan llegar a causar.
- II. Que exista urgencia en el otorgamiento de la medida en virtud del riesgo de que se cause o continúe causando un daño de difícil o imposible reparación.

Para decretar estas medidas, el juez dará vista por tres días a la parte demandada para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares y solicitará opinión a los órganos y organismos competentes a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código o de cualquier otra autoridad en los términos de la legislación aplicable.

Si con el otorgamiento de la medida se pudiera ocasionar daño al demandado, éste podrá otorgar garantía suficiente para reparar los daños que pudieran causarse a la colectividad, salvo aquellos casos en los que se trate de una amenaza inminente e irreparable al interés social, a la vida o a la salud de los miembros de la colectividad o por razones de seguridad nacional.

Capítulo VI Medios de Apremio

Artículo 612. Los tribunales para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, a discreción, los siguientes medios de apremio:

- I. Multa hasta por la cantidad equivalente a treinta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por el juez.
- II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario.
- III. El cateo por orden escrita.
- IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

Capítulo VII

Relación entre Acciones Colectivas y Acciones Individuales

Artículo 613. No procederá la acumulación entre procedimientos individuales y procedimientos colectivos.

En caso de coexistencia de un proceso individual y de un proceso colectivo proveniente de la misma causa, el mismo demandado en ambos procesos informará de tal situación a los jueces.

El juez del proceso individual notificará a la parte actora de la existencia de la acción colectiva para que en su caso, decida continuar por la vía individual o ejerza su derecho de adhesión a la misma dentro del plazo de noventa días contados a partir de la notificación.

Para que proceda la adhesión de la parte actora a la acción colectiva, deberá desistirse del proceso individual para que éste se sobresea.

Tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva, en caso de la improcedencia de la pretensión en el procedimiento colectivo, los interesados tendrán a salvo sus derechos para ejercerlos por la vía individual.

Capítulo VIII

Cosa Juzgada

Artículo 614. La sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad.

Artículo 615. Si alguna persona inició un procedimiento individual al cual recayó una sentencia que causó ejecutoria no podrá ser incluida dentro de una colectividad para efectos de un proceso colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas.

Capítulo IX

Gastos y Costas

Artículo 616. La sentencia de condena incluirá lo relativo a los gastos y costas que correspondan.

Artículo 617. Cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.

Los honorarios del representante legal y del representante común, que convengan con sus representados, quedarán sujetos al siguiente arancel máximo:

- I. Serán de hasta el 20 por ciento, si el monto líquido de la suerte principal no excede de 200 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal;
- II. Si el monto líquido de la suerte principal excede 200 mil pero es menor a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 20 por ciento sobre los primeros 200 mil y de hasta el 10 por ciento sobre el excedente; y
- III. Si el monto líquido de la suerte principal excede a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 11 por ciento sobre los primeros 2 millones, y hasta el 3 por ciento sobre el excedente.

Si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas deberán estar contemplados como parte de las negociaciones del convenio de transacción judicial. En cualquier caso, los honorarios del representante legal y del representante común que pacten con sus representados deberán ajustarse al arancel máximo previsto en este artículo.

Artículo 618. Los gastos y costas se liquidarán en ejecución de sentencia de conformidad con las siguientes reglas:

I. Los gastos y costas así como los honorarios de los representantes de la parte actora referidos en el artículo anterior, serán cubiertos en la forma que lo determine el juez, buscando asegurar el pago correspondiente. Dicho pago se hará con cargo al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título, cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita.

II. En el caso de las sentencias que establezcan una cantidad cuantificable, la parte actora pagará entre el tres y el veinte por ciento del monto total condenado por concepto de honorarios a sus representantes según lo previsto en el artículo anterior.

El juez tomará en consideración el trabajo realizado y la complejidad del mismo, el número de miembros, el beneficio para la colectividad respectiva y demás circunstancias que estime pertinente.

III. Si la condena no fuere cuantificable, el juez determinará el monto de los honorarios, tomando en consideración los criterios establecidos en el segundo párrafo de la fracción anterior.

Capítulo X De las Asociaciones

Artículo 619. Por ser la representación común de interés público, las asociaciones civiles a que se refiere la fracción II del artículo 585, deberán registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal.

Artículo 620. Para obtener el registro correspondiente, dichas asociaciones deberán:

I. Presentar los estatutos sociales que cumplan con los requisitos establecidos en este Título, y

II. Tener al menos un año de haberse constituido y acreditar que han realizado actividades inherentes al cumplimiento de su objeto social.

Artículo 621. El registro será público, su información estará disponible en la página electrónica del Consejo de la Judicatura Federal, y cuando menos deberá contener los nombres de los socios, asociados, representantes y aquellos que ejerzan cargos directivos, su objeto social, así como el informe a que se refiere la fracción II del artículo 623 de este Código.

Artículo 622. Las asociaciones deberán:

I. Evitar que sus asociados, socios, representantes o aquellos que ejerzan cargos directivos, incurran en situaciones de conflicto de interés respecto de las actividades que realizan en términos de este Título;

II. Dedicarse a actividades compatibles con su objeto social, y

III. Conducirse con diligencia, probidad y en estricto apego a las disposiciones legales aplicables.

Artículo 623. Para mantener el registro las asociaciones deberán:

- I. Cumplir con lo dispuesto en el artículo anterior;
- II. Entregar al Consejo de la Judicatura Federal, un informe anual sobre su operación y actividades respecto del año inmediato anterior, a más tardar el último día hábil del mes de abril de cada año, y
- III. Mantener actualizada en forma permanente la información que deba entregar al Consejo de la Judicatura Federal en los términos de lo dispuesto por el artículo 621 de este Código.

Capítulo XI Del Fondo

Artículo 624. Para los efectos señalados en este Título, el Consejo de la Judicatura Federal administrará los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y para tal efecto deberá crear un Fondo.

Artículo 625. Los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones referidas en el párrafo anterior, deberán ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como para el pago de los honorarios de los representantes de la parte actora a que se refiere el artículo 617 de este Código, cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos.

Artículo 626. El Consejo de la Judicatura Federal divulgará anualmente el origen, uso y destino de los recursos del Fondo.

Artículo Segundo. Se adiciona un nuevo artículo 1934 Bis al Código Civil Federal.

Artículo 1934 Bis. El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo Tercero. Se reforma el segundo párrafo al artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica.

Artículo 38. Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia.

Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el **Libro Quinto** del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo Cuarto. Se reforma el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Artículo 26. Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.

Artículo Quinto. Se reforman las fracciones VI, VII y se adiciona una nueva fracción VIII al artículo 53 y se reforman las fracciones XL, XLI y XLII y se adiciona una nueva fracción XLIII al artículo 84, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 53. Los jueces de distrito civiles federales conocerán:

I. a V. ...

VI. De las controversias ordinarias en que la federación fuere parte;

VII. De las acciones colectivas a que se refiere el **Libro Quinto** del Código Federal de Procedimientos Civiles; y

VIII. De los asuntos de la competencia de los juzgados de distrito en materia de procesos federales que no estén enumerados en los artículos 50, 52 y 55 de esta ley.

Artículo 81. Son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:

I. a XXXIX. ...

XL. Dictar las disposiciones necesarias para la recepción, control y destino de los bienes asegurados y decomisados;

XLI. Designar de entre sus miembros a los comisionados que integrarán la Comisión de Administración del Tribunal Electoral, en los términos señalados en el párrafo segundo del artículo 205 de esta ley;

XLII. Realizar las funciones que se le confieren en términos de lo dispuesto por el **Libro Quinto** del Código Federal de Procedimientos Civiles y expedir las disposiciones necesarias para el adecuado ejercicio de aquéllas; y

XLIII. Desempeñar cualquier otra función que la ley encomiende al Consejo de la Judicatura Federal.

Artículo Sexto. Se adicionan los párrafos segundo y tercero del artículo 202 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Artículo 202. La procuraduría Federal de Protección al Ambiente, en el ámbito de sus atribuciones, está facultada para iniciar las acciones que procedan, ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación administrativa o penal.

Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, la procuraduría Federal de Protección al Ambiente, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el **Libro Quinto** de dicho Código.

Lo anterior también será aplicable respecto de aquellos actos, hechos u omisiones que violenten la legislación ambiental de las entidades federativas.

Artículo Séptimo. Se adiciona una nueva fracción V Bis al artículo 11; se adiciona un segundo párrafo al artículo 91 y se reforma el artículo 92 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Artículo 11. La Comisión Nacional está facultada para:

I. a V. ...

V Bis. Ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el **Libro Quinto** del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios.

VI. a XLII. ...

Artículo 91. Los defensores, durante el tiempo que desempeñen dicho cargo, no podrán dedicarse al libre ejercicio de la profesión, salvo que se trate de actividades docentes.

En caso de que un asunto represente, en cualquier forma, un conflicto de intereses para el defensor asignado por la Comisión Nacional, aquél deberá excusarse para hacerse cargo del mismo, y solicitar la asignación de otro defensor.

Artículo 92. Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad de Usuarios, la Comisión Nacional, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el **Libro Quinto** de dicho Código.

Transitorios

Primero. El presente decreto entrará en vigor a los seis meses siguientes al día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo previsto en el presente decreto.

Tercero. El Congreso de la Unión aprobará las modificaciones presupuestales necesarias a efecto de lograr el efectivo cumplimiento del presente decreto.

Cuarto. El Consejo de la Judicatura Federal, en el ámbito de las atribuciones que le han sido conferidas, dictará las medidas necesarias para lograr el efectivo cumplimiento del presente decreto.

Quinto. El Consejo de la Judicatura Federal deberá crear el Registro dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigor del presente decreto. El requisito previsto en la fracción II del artículo 620 del Código Federal de Procedimientos Civiles no será aplicable sino hasta después del primer año de entrada en vigor del presente decreto.

Sexto. El Consejo de la Judicatura Federal deberá crear el Fondo a que se refiere el Capítulo XI del Título Único del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigor del presente decreto. Mientras el Fondo no sea creado, los recursos que deriven

de los procedimientos colectivos serán depositados en una institución bancaria y serán controlados directamente por el juez de la causa.

Palacio Legislativo de San Lázaro, a 26 de abril de 2011.

ANEXO 4

CUADRO COMPARATIVO: INICIATIVA PRESENTADA POR EL DIP. JAIME CÁRDENAS GRACIA Y MINUTA APROBADA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN (PENDIENTE DE PUBLICACIÓN EN EL D.O.F)

| | | |
|-----------------------------------|--|--|
| CATEGORÍA | Proyecto de Decreto por el que se adiciona el Título Tercero al Libro Tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles, que regula las acciones y procedimientos colectivos¹. | Minuta con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros² |
| Emisor | Diputado Jaime Cárdenas Gracia | Comisiones Unidas de Justicia, y de Economía, con opinión de las Comisiones de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión, correspondiente a la LXI Legislatura |
| Tipo de Documento | Iniciativa | Minuta (aprobada y pendiente de publicación en el D.O.F). |
| Antecedente del documento | La iniciativa está basada, en lo fundamental, en el proyecto elaborado por los profesores Alberto Benítez, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Antonio Gidi, mismo que se encuentra condensado en el <i>Código Modelo de Procesos Colectivos</i> | Iniciativa presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, el 7 de septiembre de 2010. |
| Fecha y publicación del documento | 9 de febrero de 2010 | Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3250-III, jueves 28 de abril de 2011 |
| Objeto de las acciones colectivas | Conforme a la iniciativa, las acciones colectivas tienen como objeto la protección de: a) derechos e intereses difusos y colectivos y b) derechos e intereses individuales de incidencia colectiva. | Tienen por objeto la tutela de: a) derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes; y b) derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los |

¹ Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2945-II, martes 9 de febrero de 2010.

² Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3249-III, miércoles 27 de abril de 2011. No publicada en el Diario Oficial de la Federación al 17 de julio de 2011.

| | | |
|---------------------------------------|--|--|
| | | individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho. |
| Tipos de acciones | Sólo plantea una acción: la acción colectiva, para la tutela de las pretensiones transindividuales cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas. | I) acción difusa II) acción colectiva III) acción individual homogénea |
| Jurisdicción | Civil. Del orden federal. | Civil |
| Competencia | La competencia se determina en razón del territorio, de modo que conocerá de las acciones colectivas el juez del lugar de los hechos o del domicilio del demandado, a elección del actor. | Será competente el tribunal federal que resida en el domicilio del demandado: Jueces de distrito civiles federales |
| Principios que rigen el procedimiento | No se consagran en forma expresa. Sólo se dispone que el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses difusos, colectivos o individuales de incidencia colectiva. | No se consagran en forma expresa. La disposición se mantiene en lo esencial en los mismos términos planteados en la iniciativa del Diputado Jaime Cárdenas Gracia: “El juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos” (ver minuta). |
| La pretensión | Del texto se desprende que las pretensiones podrán ser de carácter: a) declarativo, b) constitutivo y c) de condena. | Podrá ser declarativa, constitutiva o de condena. |
| La legitimación en la causa | La iniciativa propone, legitimar en la causa a los sujetos que a continuación se relacionan: a) Cualquier persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho. b) Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos. c) La Entidad Pública Relevante. Entendida como aquella que tiene a cargo la protección o tutela del | Los sujetos legitimados para la interposición de acciones colectivas son: – La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (PROFECO), – La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), – La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), y – La Comisión Federal de Competencia (COFECO) – El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, – El Procurador General de la República (PGR) y – Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente |

| | | |
|--|---|---|
| | <p>derecho o interés amenazado o vulnerado de acuerdo a la legislación aplicable.</p> <p>d) La Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios</p> <p>e) Las Asociaciones sin fines de lucro legalmente constituidas.</p> <p>f) El Ministerio Público</p> <p>g) Las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría.</p> <p>h) Los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.</p> | <p>constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el Código Federal de Procedimientos Civiles.</p> |
| Representación adecuada | <p>Establecida como requisito de procedencia de la acción colectiva. El juez se cerciorará de que el legitimado colectivo o quien preste asistencia legal cuenta con la capacidad técnica y económica para poder representar y defender los derechos e intereses de los miembros de la colectividad o grupo de que se trate y que no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes en el proceso.</p> | <p>Deberá acreditarse cuando el sujeto legitimado sea un representante común de la colectividad o una asociación civil sin fines de lucro. El juez deberá velar de oficio por el cumplimiento de este requisito durante todo el proceso.</p> <p>La inadecuada representación da lugar a la apertura del incidente de remoción y sustitución que se lleva a cabo con base en las reglas establecidas en la ley y, en todo caso, constituye una causal de improcedencia de la legitimación en el proceso.</p> |
| Requisitos de procedencia de la legitimación | <p>Manejada en términos de procedencia de la acción colectiva, no de la legitimación, establece:</p> <p>a) La existencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad o grupo de que se trate de tal forma que se permita una decisión uniforme respecto de la controversia.</p> <p>b) La representación adecuada.</p> | <p>a) Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente;</p> <p>b) Que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia;</p> <p>c) Aunque no lo señala el artículo relativo a los requisitos de procedencia de legitimación, también será procedente frente a actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios de los servicios financieros.</p> <p>d) Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;</p> <p>e) Que existan al menos treinta miembros en la colectividad, en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas.</p> <p>f) Que exista coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida;</p> |

| | | |
|---|--|--|
| | | <p>g) Que la materia de la <i>litis</i> no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en este Título;</p> <p>h) Que no haya prescrito la acción; y</p> <p>i) Las demás que determinen las leyes especiales aplicables.</p> |
| Causales improcedencia de la legitimación | No se previene disposición alguna al respecto. | <p>a) Que los miembros promoventes de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;</p> <p>b) Que los actos en contra de los cuales se endereza la acción constituyan procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales;</p> <p>c) Que la representación no cumpla los requisitos previstos;</p> <p>d) Que la colectividad en la acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea, no pueda ser determinable o determinada en atención a la afectación a sus miembros; así como a las circunstancias comunes de hecho o de derecho de dicha afectación;</p> <p>e) Que su desahogo mediante el procedimiento colectivo no sea idóneo;</p> <p>f) Que exista litispendencia entre el mismo tipo de acciones, en cuyo caso procederá la acumulación en los términos previstos por el Código Federal de Procedimientos Civiles, y</p> <p>g) Que las asociaciones que pretendan ejercer la legitimación en el proceso no cumplan con los requisitos establecidos.</p> |
| Requisitos de la demanda | No se consagra ninguna disposición en este sentido | <p>La demanda deberá contener los siguientes requisitos:</p> <p>a) El tribunal ante el cual se promueve;</p> <p>b) El nombre del representante legal, señalando los documentos con el que acredite su personalidad;</p> <p>c) En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto y las individuales homogéneas, los nombres de los miembros de la colectividad promoventes de la demanda;</p> <p>d) Los documentos con los que la actora acredita su representación;</p> <p>e) El nombre y domicilio del demandado;</p> <p>f) La precisión del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado;</p> <p>g) El tipo de acción que pretende promover;</p> <p>h) Las pretensiones correspondientes a la acción;</p> |

| | | |
|---|--|--|
| | | <p>i) Los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente;</p> <p>j) Los fundamentos de derecho; y</p> <p>k) En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, las consideraciones y los hechos que sustenten la conveniencia de la substanciación por la vía colectiva en lugar de la acción individual.</p> |
| Interrupción de la prescripción | No se previene nada al respecto. | No se señala que la interposición de la demanda interrumpe el término de prescripción. |
| Notificaciones | <p>Notificación en forma personal al demandado.</p> <p>Notificación a los miembros de la colectividad o grupo: mediante medios idóneos (El juez podrá ordenar la notificación en cualquier medio masivo de comunicación). En todo caso, la notificación deberá ser económica, eficiente, amplia y tendiente a alcanzar al mayor número de legitimados colectivos y miembros de la colectividad o grupo. La notificación contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales del procedimiento colectivo respectivo.</p> <p>Las notificaciones ordinarias se entenderán exclusivamente con las partes en el proceso.</p> | <p>La demanda deberá ser notificada en forma personal al representante legal (del actor).</p> <p>A la colectividad se notifica mediante medios idóneos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación, además, deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso.</p> <p>Las demás notificaciones (a los miembros de la colectividad o grupo) se realizarán por estrados.</p> <p>Las notificaciones a las partes se realizarán por regla general en los términos que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles, salvo si hubiere norma especial regulada en las disposiciones reformadas.</p> |
| <p>Integración del grupo en afectación a derechos colectivos (en estricto sentido) e individuales homogéneos</p> <p><i>Opt-out vs. Opt-in</i></p> | <p>En principio, los miembros del grupo que ha sufrido la afectación a sus derechos colectivos (en sentido estricto e individuales homogéneas) se encuentran integrados para los efectos procesales, salvo que soliciten la exclusión en forma expresa: "Cualquier miembro de la colectividad o grupo de que se trate podrá pedir su exclusión de dicha colectividad o grupo para efectos del procedimiento colectivo de que se trate, siempre que lo solicite al juez por escrito en cualquier etapa del proceso y hasta antes de dictar sentencia".</p> <p>Con esta disposición se consagra el modelo del <i>Opt-out</i>, que tiende a ser más protector y garantista.</p> | <p>En la minuta la regla se invierte: Los miembros de la colectividad afectada deberán adherirse a la acción, de modo que <i>si se trata de acciones colectivas (en sentido estricto e individuales homogéneas)</i>, la adhesión a su ejercicio deberá realizarse por cada individuo que tenga una afectación a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante de la colectividad o al representante legal de la parte actora. Tal adhesión podrá realizarse durante la substanciación del proceso y hasta 18 meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.</p> <p>En contraste con la iniciativa del Dip. Jaime Cárdenas, ésta adopta el modelo del <i>Opt-in</i>, que tiende a ser más restrictivo y menos protector.</p> |

| | | |
|---|---|---|
| Medios de autocomposición de conflictos | En el auto en donde el juez ordene las notificaciones al grupo o colectividad en los términos indicados por la norma, el juez citará a una audiencia de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los 15 días siguientes a aquel en el que se haya completado la notificación. En dicha audiencia el juez, de forma personal, propondrá soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo. Si las partes alcanzaren un convenio, el juez de oficio revisará que proceda legalmente y que los intereses de la colectividad o grupo de que se trate estén debidamente protegidos; previa vista a la entidad pública relevante y al Ministerio Público, y una vez escuchadas las manifestaciones de terceros interesados, el juez podrá aprobar el convenio el cual tendrá efectos de cosa juzgada. | Una vez se traba la relación jurídico procesal (con la contestación de la demanda) el juez determinará fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación. Se admite la conciliación en cualquier momento del proceso antes de que se dicte sentencia de primera instancia. El juez deberá proponer soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos. El acuerdo deberá ser revisado por el juez de oficio velando por una adecuada protección de los intereses de la colectividad. Asimismo, deberá dar vista a los órganos y organismos considerados como sujetos legitimados y al Procurador General de la República, y después de escuchar las manifestaciones de los miembros de la colectividad, podrá aprobar el convenio que tendrá efectos de cosa juzgada. |
| Procedimiento | Una vez interpuesta la demanda, el juez la admitirá (o desechará de ser el caso dentro de los 5 días sgtes.) y correrá traslado al demandado (por 15 días) emplazándolo en forma personal. Con ello, también se dará vista al Ministerio Público y a la entidad pública relevante (para que en el mismo plazo manifiesten lo que estimen pertinente). El juez certificará si la demanda contiene los requisitos de procedencia dentro de los 10 días siguientes. Esta decisión podrá ser modificada en cualquier etapa del proceso cuando existieren razones justificadas para ello. Se notificará a los miembros de la colectividad o grupo a través de medios idóneos para que la publicidad de la demanda logre alcanzar al mayor número de legitimados colectivos y miembros de la colectividad o grupo. En el auto en donde el juez ordene las notificaciones antes comentadas -a la colectividad-, se citará a una audiencia de conciliación que se llevará a cabo dentro de los 15 días siguientes a la notificación. De llegarse a un acuerdo, deberá darse vista previa a la entidad pública y al Ministerio Público. Durante la audiencia, el juez deberá escuchar los argumentos de terceros interesados. Satisfechos estos requisitos, el juez aprobará el acuerdo si éste procede legalmente, se | Presentada la demanda, si el juez advierte la omisión de requisitos de forma, que es obscura o irregular, prevendrá al actor para que la aclare o subsane dentro del término legal (5 días). En caso de no hacerlo, la demanda se desechará de plano. El juez emplaza al demandado y le corre traslado de la demanda para que dentro del término legal (5 días) manifieste lo que a su derecho convenga respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la legitimación. Desahogada la vista, el juez certificará dentro del término de 10 días, el cumplimiento de los requisitos de la demanda y de procedencia de la legitimación, término que podrá ser prorrogado por el juez hasta por otro igual, en caso de que a su juicio, la complejidad de la demanda lo amerite. Concluida dicha certificación, el juez proveerá sobre la admisión o desechamiento de la demanda y en su caso, dará vista a los órganos y organismos legitimados. Se notifica el auto admisorio de la demanda al actor*, y la parte demandada contará con 15 días (prorrogables por un periodo igual a petición del demandado) para contestar la demanda a partir de que surta efectos la notificación del auto de admisorio. Realizada la notificación personal al representante legal (del actor) y ratificada la demanda*, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de |

| | | |
|----------------------|---|--|
| | <p>ajusta a derecho y los intereses de la colectividad o grupo están debidamente protegidos. Si la audiencia de conciliación resulta fallida (aunque no se expresa en el supuesto es lógico*) se da apertura al periodo probatorio (por un periodo de 15 días) y se cita a las audiencias finales del procedimiento, las cuales tendrán verificativo el último día del periodo de ofrecimiento de pruebas. Desahogadas y discutidas las pruebas en la audiencia, se abrirá el periodo de alegaciones, en el cual participarán el Ministerio Público, las partes y la entidad pública relevante (aunque el texto alude a la entidad gubernamental, se entiende). La sentencia –dice- será proferida en la misma audiencia o dentro de 15 días siguientes**.</p> <p>Notas: * Vale la pena resaltar que la iniciativa previene que una vez concluida la audiencia de conciliación, el juez abrirá el juicio a prueba. Parece incorrecto, pues estimo que sólo en caso de no llegarse a un acuerdo durante la audiencia de conciliación el juez abrirá el periodo probatorio. En caso contrario, dictará sentencia. ** ¿Será facultativo del juez proferir sentencia <i>in limine</i>? ¿De qué criterios objetivos depende que el juez opte por una u otra, teniendo en cuenta que se trata de un proceso oral y sumario?</p> | <p>conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los 10 días siguientes. Una vez contestada la demanda, se dará vista a la actora por 5 días para que manifieste lo que a su derecho convenga. Celebrada la audiencia de conciliación, y en caso de que las partes no alcanzaren acuerdo alguno, el juez procederá a abrir el periodo probatorio por un período de 60 hábiles, comunes para las partes, para el ofrecimiento y preparación de las pruebas, pudiendo, a instancia de parte, otorgar una prórroga hasta por 20 días hábiles. Las pruebas se desahogarán en audiencia, en un lapso que no exceda de 40 días hábiles, y que podrá ser prorrogado por el juez. Concluido el desahogo de pruebas, el juez dará vista a las partes para que en un periodo de 10 días hábiles aleguen lo que a su derecho y representación convenga. El juez dictará sentencia dentro de los 30 días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia final.</p> |
| Actividad Probatoria | <p>La iniciativa contempla amplitud probatoria. Sin embargo, resalta la facultad del juez para requerir “prudencialmente” a la Entidad Pública Relevante o a cualquier tercero la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo. De ahí que nos preguntemos: ¿Cómo controlar la prudencia del juez? ¿No contribuye este tipo de cláusulas a menguar la seguridad jurídica que debe regir las relaciones jurídicas? ¿No será más preciso, en aras de salvaguardar la certeza jurídica, expresar que el juez deberá motivar la necesidad de practicar pruebas a cargo del fondo? Otro aspecto que llama la atención es la previsión</p> | <p>Se prevé amplitud probatoria. El juzgador podrá valerse de cualquier medio probatorio idóneo para la generar su convicción, sin más limitación que la relación inmediata con los hechos controvertidos. El juez podrá requerir a los órganos y organismos, o a cualquier tercero, para que elaboren estudios o presenten los medios probatorios necesarios.</p> |

| | | |
|-------------------------------|--|---|
| | <p>contenida en el artículo 561, el cual señala que “para resolver la controversia planteada no será necesario que la parte actora presente y desahogue pruebas individualizadas respecto de todos los miembros de la colectividad o grupo de que se trate”. Valga a aclarar que en concepto de quien escribe, tal disposición será válida en caso de que la sentencia que se dicte sea declarativa con efectos generales, pero no así, en el caso de plantear el incidente de reparación, tratándose de derechos individuales homogéneos o colectivos.</p> | |
| <p>Publicidad del Proceso</p> | <p>La parte actora y la Entidad Pública Relevante deberán incluir en su página de Internet información completa, actualizada y documentada sobre los procedimientos colectivos respectivos.</p> <p>Creemos tal disposición impone una obligación al actor sin tener en cuenta su personalidad, si es una persona física o jurídica, y de la disponibilidad de los recursos o medios tecnológicos a su alcance. Si el fin de la norma es garantizar la publicidad del proceso, ¿no bastará con que tal obligación la asuma la entidad pública relevante, entendida como garante del derecho e interés difuso o colectivo amenazado?</p> | <p>La reforma garantiza la publicidad del proceso a través de la obligación impuesta a las asociaciones civiles sin fines de lucro y al representante común de la colectividad de informar a la misma el estado que guarda el proceso, a través de medios idóneos, por lo menos cada seis meses. Obligación similar se impone también a la PGR, PROFECO, PROFEPA, CONDUSEF y COFECO, organismos que deberán llevar un registro público.</p> |
| <p>Medidas cautelares</p> | <p>La iniciativa prevé la posibilidad de adoptar medidas precautorias, las cuales podrán decretarse antes de la presentación de la demanda o, en cualquier etapa del proceso, de oficio o a solicitud de parte y sin audiencia de la contraparte. Podrán consistir en:</p> <p>a) La cesación de las actividades que estén causando un daño o vulneración a los derechos e intereses colectivos o individuales de incidencia colectiva o lo puedan llegar a causar.</p> <p>b) La realización de actividades que por su omisión previa hayan causado un daño o vulneración a los derechos e intereses colectivos o individuales de incidencia colectiva o lo puedan llegar a causar.</p> <p>c) El retiro del mercado de bienes y productos que sean considerados peligrosos.</p> <p>d) El aseguramiento de bienes de la parte demandada.</p> | <p>Tienen como fin evitar que se cause o se siga causando un daño a la colectividad, que sea irreparable y que pueda afectar los derechos e intereses de la colectividad.</p> <p>Proceden en cualquier etapa del proceso, a petición de parte.</p> <p>El juez deberá otorgar garantía de audiencia al demandado para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares. Asimismo, el juez solicitará opinión a los órganos y organismos que correspondan a fin de tener mayores elementos en caso de necesitarlos para la adopción de dichas medidas.</p> <p>Si con el otorgamiento de la medida se pudiera ocasionar daño al demandado, éste deberá otorgar garantía suficiente para reparar los daños que pudieran causarse a la colectividad, salvo aquellos casos en los que se trate de una amenaza inminente e irreparable al interés social, a la vida o a la salud de los miembros de la colectividad o por razones de seguridad</p> |

| | | |
|------------------------------|--|--|
| | <p>e) Cualquier otra medida que el juez considere apropiada.</p> <p>Del texto aludido surge la siguiente cuestión: ¿Es correcto disponer que las medidas precautorias podrán ser decretadas antes de la presentación de la demanda? ¿No parece más técnico señalar que las medidas precautorias se piden en la demanda y se decretan antes de que ésta sea notificada al demandado? Ello por cuanto no podrá decretar el juez una medida cautelar sin conocer antes el <i>petitum</i> y la <i>causa petendi</i>.</p> | <p>nacional.</p> <p>En términos generales, las medidas cautelares que podrán adoptarse están redactadas en términos similares a los planteados en la iniciativa del Dip. Jaime Cárdenas. La diferencia radica en que también podrán concederse tales medidas en aquellos casos en los cuales si bien no se ha producido el daño, <i>necesariamente</i> haya de causarse, de forma inminente e irreparable a la colectividad.</p> |
| Asistencia legal profesional | <p>La iniciativa retoma la figura de la asistencia jurídica gratuita prevista en la legislación española y la prevé al efecto. Dispone que ésta deberá velar por los derechos e intereses de dicha colectividad o grupo.</p> | <p>No se consagra</p> |
| <i>Amicus Curiae</i> | <p>El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de <i>amicus curiae</i> o en cualquier otra, siempre que tengan relevancia con el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes, pudiendo el juez argumentar la resolución de la controversia en dichas manifestaciones o argumentos. En todo caso, el juez, en la sentencia, deberá -sin excepción-, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.</p> <p>Del análisis de la figura en comento, surge el siguiente cuestionamiento: ¿Podrían los terceros no estar en conflicto de interés respecto de las partes? ¿Su intervención no implicará una toma de postura a favor del actor o del demandado? En nuestro criterio su intervención implicará necesariamente conflicto de interés.</p> | <p>Se admite la figura del <i>amicus curiae</i>. Los terceros ajenos al procedimiento podrán aportar pruebas o hacer alegaciones, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes.</p> <p>Con el ánimo de garantizar el principio de imparcialidad en la resolución, se dispone que el juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal y de los argumentos o manifestaciones por ellos expuestos.</p> |
| La sentencia | <p>La iniciativa establece 2 hipótesis:</p> <p>a) <i>Tratándose de derechos e intereses difusos y colectivos</i>, el juez podrá ordenar al demandado la realización de conductas o la abstención de las mismas, en aras de proteger el derecho o interés amenazado o</p> | <p><i>En acciones difusas</i>: Se podrá condenar al cumplimiento en naturaleza (reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>violado y evitar futuras violaciones a los mismos. Para lo anterior, establecerá plazos prudentes para su cumplimiento y medidas de apremio en caso de incumplimiento. Si fuere posible, ordenará la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la violación al derecho o interés. Si no fuere posible dicha restitución, podrá condenar al demandado al pago de los daños y perjuicios causados a la colectividad en su conjunto con base en cálculos que incluirán el número estimado de miembros de la colectividad, la afectación a los derechos o intereses de la colectividad o al interés general y demás circunstancias que estime pertinentes, incluso, los beneficios obtenidos por el demandado. La cantidad resultante se destinará al Fondo.</p> <p>b) <i>Tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva</i>, el juez condenará al demandado al pago de los daños y perjuicios causados a los miembros del grupo de que se trate. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo sea de fácil determinación o pueda ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula para calcular la indemnización individual y la sentencia se ejecutará de forma colectiva. En la sentencia, el juez establecerá medidas que hagan fácil y expedita la entrega de dichas indemnizaciones. Si después del periodo otorgado por el juez para que los beneficiados obtengan las indemnizaciones que les correspondan hubiere cantidades remanentes, éstas serán destinadas al Fondo. Si el juez no puede calcular el valor de los daños individualmente, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar, difiriendo la liquidación de los daños individuales a los incidentes individuales a ser promovidos por cada uno de los miembros del grupo dentro de los dos años siguientes a que la sentencia cause ejecutoria. Si transcurridos los dos años sólo una parte de la totalidad de las personas hubieren promovido el incidente de liquidación</p> | <p>acciones o abstenerse de realizarlas) y de no ser posible, condenar al cumplimiento en equivalencia (a través de una indemnización por la afectación a la colectividad, que será destinada al Fondo)</p> <p><i>En acciones colectivas e individuales homogéneas</i>: el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo mediante el incidente de liquidación. En este incidente, cada miembro de la colectividad deberá probar el daño sufrido en forma individual a fin de que pueda cubrirse el daño en la misma forma. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover el referido incidente. Los miembros de la colectividad tendrán un año para promover el incidente de liquidación.</p> |
|--|--|--|

| | | |
|---------------------------------------|--|--|
| | <p>respectivo, el juez fijará el valor global de los daños causados a los miembros del grupo restantes y el demandado deberá entregar el remanente al Fondo.</p> <p>Con respecto a la sentencia emitida en juicios que tutelen derechos individuales de incidencia colectiva, creemos que realmente lo que se esté previendo es un término de caducidad para promover el incidente de liquidación en condenas en abstracto. Por ello la alusión a los remanes y su destino al Fondo. Igual sucederá en los casos en los que el acreedor de la indemnización no inicie el proceso ejecutivo en tiempo y forma, lo que generaría prescripción del derecho a favor del Fondo.</p> | |
| Efectos de la sentencia: Cosa Juzgada | <p>La sentencia producirá efectos de cosa juzgada <i>erga omnes</i>. Así, la cosa juzgada vincula a todos los miembros de la colectividad o grupo, pero no surte efectos en el caso de que un legitimado colectivo presente nuevos elementos probatorios o compruebe una inadecuada representación de los derechos e intereses de la colectividad o grupo.</p> <p>Ahora bien, si alguna persona inició un procedimiento individual en el cual se profirió sentencia que causó ejecutoria, no podrá ser incluida dentro de una colectividad o grupo para efectos de un procedimiento colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas.</p> | <p>La sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad.</p> <p>No se previó la excepción a la cosa juzgada cuando la sentencia es desestimada por insuficiencia probatoria, institución de gran valor en el derecho comparado.</p> <p>Tampoco podrá la misma parte adherirse a la acción colectiva si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas que fundaron un proceso individual que ha culminado con sentencia ejecutoriada.</p> |
| Costas y gastos | <p>La iniciativa dispone que en los procedimientos colectivos habrá condena en costas y gastos judiciales. Siempre será procedente contra el demandado en los casos de sentencia condenatoria. Cuando la sentencia no fuere favorable al actor, la condena en costas y gastos procederá sólo si aquél no presentare prueba adecuada para justificar su acción, si intentare una acción notoriamente improcedente, si utilizare documentos falsos durante el juicio o si presentare la acción colectiva de mala fe o con el propósito de realizar una afectación al demandado.</p> | <p>Cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.</p> |
| Recursos | <p>Ninguna disposición alude a los recursos y sus efectos.</p> | <p>Sólo se alude al recurso de apelación en dos supuestos: a) contra la admisión o desechamiento de la demanda; y b) de la</p> |

| | | |
|---|--|--|
| | | <p>sentencia cuando la representación hubiere sido fraudulenta, caso en el cual el actor dispone de 45 días hábiles contados a partir del día en que la sentencia ha sido proferida. La concesión del recurso tendrá como efecto la nulidad de las actuaciones viciadas siempre que la representación fraudulenta haya influido en el resultado del proceso.</p> <p>No se establece los efectos de la concesión del recurso de apelación de autos o de sentencias, esto es, si se concede en el efecto suspensivo o devolutivo.</p> |
| Medidas de apremio | Las medidas de apremio tienen como finalidad hacer cumplir las determinaciones del juez. Pueden consistir en multas periódicas proporcionales al daño causado o al daño que se pretende prevenir y en la realización de actos o acciones por cuenta de la parte que no obedezca la medida decretada y con cargo a esta última. | <p>El juez podrá fijar medios de apremio con el fin de hacer cumplir sus determinaciones, y especialmente, en caso de incumplimiento de la sentencia.</p> <p>Podrán consistir en: Multas, auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario, cateo por orden escrita y arresto hasta por treinta y seis horas.</p> |
| Prioridad del trámite | No se consagra. | No se consagra. |
| Prescripción | No se establece ningún término de prescripción. | <p>Tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño.</p> <p>En caso de que se trate de un daño de naturaleza continua, el plazo empezará a correr a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.</p> |
| Fondo para la protección de los derechos colectivos | Habla del Fondo, pero en ninguna disposición se establece su régimen jurídico, administración, destinación de recursos, y todo lo que concierna al mismo. | Existirá un Fondo, que será administrado por el Consejo de la Judicatura Federal. Sus recursos serán destinados al pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como los honorarios de los representantes de la parte actora, cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo, pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos. |

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Epílogo a la Teoría de los Derechos fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 66, septiembre –diciembre de 2002.
- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite, “Algunas precisiones en torno a los intereses difusos supraindividuales (colectivos y difusos)”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago-Chile, Facultad de Derecho-Pontificia Universidad Católica de Hile, vol. 33, num. 1, enero – abril de 2006, pp. 69-91.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, “La facultad Investigadora del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. II.
- BAPTISTA C., Rosario, “Derechos humanos: individuales o colectivos? Propuestas para la nueva constitución desde diferentes miradas”, *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, La Paz, Bolivia, Defensor del Pueblo de Bolivia, año 2, núm. 2, 2007, pp. 15-31.
- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, “El *amicus curiae*. Una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas”, *Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, consultada 31 de enero de 2011, en:
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=63&Itemid=27
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1983.

- BRAGE CAMAZANO Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33 ed., México, Porrúa, 1997.
- CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonzo, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro, “La protección de intereses colectivos y de grupos en el proceso civil”, trad. Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 105-106, enero de 1977, pp. 73-102.
- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, UTEHA Argentina, 1944, t. I.
- CASTRILLÓN y LUNA, Víctor M., *La protección Constitucional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, “Comentarios”, *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones. Comentarios, antecedentes y trayectoria del articulado constitucional*, 7 ed., México, LIX legislatura, t. XIX.
- COSSIO DÍAZ, José Ramón, “Artículo 105 Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. II.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, 2 ed., Madrid, 1948, vol. I.
- CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. José Casaís y Santalo, Madrid, 1925, t. I.
- DENTI, Vittorio, “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno XXIX, serie II, núm 4, octubre – diciembre, 1974.
- DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, trad. David Maldavski, Buenos Aires, Editorial Schapire, 1967.
- ECHANDÍA, Devis, *Teoría General del Proceso*, 3 ed., Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2002.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Introducción la teoría jurídica de los derechos humanos*, España, Trama Editorial, 2005.

- FARELL, Martín D., “¿Hay derechos comunitarios?”, *Doxa*, España, Departamento de Filosofía de la Universidad de Alicante, 1995, núm. 17-18.
- FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell *et al*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos*, 2 ed., México, Porrúa, 2004.
- FIX- ZAMUDIO, Héctor, “El papel del *ombudsman* en la protección de los intereses difusos”, *TLA-Malaua*, Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Puebla, año XIV, num. 21-22, septiembre de 2005, pp. 5-23.
- FIX- ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3 ed., México, Porrúa - UNAM, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, España, Civitas, núm. 89, enero – marzo de 1996.
- GARCÍA ESTÉBANEZ, Emilio, *El bien común y la moral política*, Barcelona, Editorial Herder, 1970.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, terza edizione, Milano, Giuffrè, volume secondo, 1993.
- GIANNINI, Massimo Severo, “La tutela degli interessi collectivi nei procedimenti amministrativi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno XXIX, serie II, núm 4, ottobre – dicembre, 1974.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2da. ed., México, Porrúa, 2004.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2da. ed., México, Porrúa, 2004.
- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*,

- trad. de Cabrera Acevedo Lucio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. (Ver en línea)
- GIL RENDÓN, Raimundo, “El Ombudsman y los derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. II.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 2 ed., México, UNAM, 1980.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El juicio Político como medio de protección de la Constitución mexicana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. II.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y De Caviedes, Hidalgo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, España, Aranzadi, 1999.
- GRASSO, Eduardo, “Una tutela giurisdizionale per l’ambiente”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno XLII, Seconda Serie, núm 3, Luglio – Settembre, 1987
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM-IIJ, Serie Doctrina Jurídica núm. 47, 2003.
- HÄBERLE, Peter, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, año I, núm. 1, febrero - octubre de 1993.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, *Intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.
- La Defensa de la Constitución*, serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, t. 5.
- LONDOÑO TORO, Beatriz, “Las acciones populares en Colombia, avances y perspectivas”, *Derechos Humanos y Acción Defensorial*, La Paz, Bolivia, Defensor del Pueblo de Bolivia, año 2, núm. 2, 2007, pp. 71-91.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María, “Vivir en paz: paz y derechos humanos”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad

- Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, año I, núm. 1, febrero - octubre de 1993.
- MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “El derecho internacional del medio ambiente y del desarrollo y la protección de los derechos humanos”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, año I, núm. 1, febrero - octubre de 1993.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., “El procedimiento ante los Organismos autónomos protectores de los Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. II.
- NIGRO, Mario, *Giustizia Amministrativa*, seconda edizione, Bologna, il Mulino, 1979.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “significato sociales, politico e giuridico della tutela degli interressi diffusi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, CEDAM, anno LIV, Seconda Serie, núm 1, Gennaio –Marzo, 1999.
- ROJANO ESQUIVEL, José Carlos, “La Comisión de Derechos Humanos, un ente autónomo constitucional a redefinir”, en Gámiz Parral, Máximo y Rivera Rodríguez, José Enrique (Coords.), *Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2005.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- SARMIENTO PALACIO, Germán, *La acciones populares en el Derecho Privado Colombiano*, Colombia, 1988.
- SZABO, Imre, “Fundamentos históricos de los Derechos Humanos y desarrollos posteriores”, en Vasak Karel (coord.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, España, Serbal-Unesco, vol I., 1984.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, Colección Teoría del Derecho, México, Themis, 2009.

- VALLADO BERRÓN, Fausto E., "El derecho subjetivo", *Revista de la Facultad de Derecho de México, México*, núm. 19, julio-septiembre de 1955.
- VAN BOVEN, Theodoor C., "Criterios distintivos de los derechos humanos", en Vasak, Karel (coord.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, España, Serbal-Unesco, vol I., 1984.
- VASAK, Karel, "Los derechos humanos como realidad legal", en Vasak, Karel (coord.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, España, Serbal-Unesco, vol I., 1984.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 105, 2002.
- ZAMBRANO, Nelson, "Los derechos e intereses colectivos y difusos. Su incorporación a la legislación chilena", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2005*, Valparaíso, Chile, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2006, pp. 305-312.
- ZORRILLA RUIZ, Manuel María, "Aproximaciones al concepto de interés general", *Estudios de Deusto*, España, Universidad de Deusto, Vol. 50/1, enero junio de 2002.

PÁGINAS WEB

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>
<http://www.presidencia.gov.br/>
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm
<http://www.corteconstitucional.gov.co/>
<http://www.secretariasenado.gov.co>
<http://civil.udg.edu/normacivil/espanya.htm>
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Buscador.aspx>
<http://www.poderjudicial.es>
<http://www.diputados.gob.mx>
<http://www.senado.gob.mx>
<http://sentencias.juridicas.com/>