

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL



Tesis Profesional:

***“Las acciones colectivas y su regulación en el sistema jurídico mexicano
derivada de la reforma al artículo 17 Constitucional.
Una institución procesal enfocada al acceso a la justicia”.***

Autor: **Alan Bonfiglio Ríos**

Número de cuenta: 304590694

Asesor: Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz



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.

“Injustice anywhere is a threat to justice everywhere. We are caught in an inescapable network of mutuality, tied in a single garment of destiny. Whatever affects one directly, affects all indirectly”.

Martin Luther King Jr.

A la memoria de Oscar Bonfiglio Moüett.

Te extraño abuelo.

Dedicado a mi querida abuela María Eugenia Ríos Romero.

AGRADECIMIENTOS

Antes de iniciar la exposición, quisiera agradecer a todas aquellas personas que han contribuido en la creación de este trabajo. En primer lugar, al Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz, por todo su apoyo y por su enorme gentileza al haberme asesorado en la elaboración de esta tesis. Por ello, ¡gracias Profesor! Sería interminable la lista de las personas que deberían ser nombradas con la intención de agradecer el apoyo que me han brindado. Entre todas esas personas se encuentran mi madre María Eugenia Bonfiglio Ríos y mi abuela María Eugenia Ríos Romero, quienes siempre estuvieron al tanto de como evolucionaba el presente trabajo. Al mismo tiempo, agradezco infinitamente a Anne Mavier, Andrés Bonfiglio Ríos, Adrián Laris García, Bernardo Robaina Aldasoro, Mauricio Rivas Muñoz, Omar Nacib Estefan Fuentes, Garret Woodside Vizcaíno, Jordy González Flores, Gustavo Bonfiglio Ríos, Marisela Barajas Estrada, que apenas son una acotada lista de amistades (las que se van acumulando a lo largo de la vida y a lo largo de la carrera), por alentarme, motivarme y siempre estar ahí cuando más los he necesitado. Igualmente, debo agradecer a todos mis compañeros del despacho Ríos Ferrer, Guillen-Llarena, Treviño y Rivera, S.C., por todo su apoyo y “complicidad”, pues no fue novedad para ellos verme trabajar en este trabajo en medio de proyectos, desahogos de vista, términos y diversos pendientes.

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO I.....	1
ANTECEDENTES.....	1
1.1. LAS “ACTIO POPULARIS” EN ROMA.....	1
1.2. DE ROMA A INGLATERRA: “EQUITY”.....	4
1.3. EL ORIGEN DE LAS “CLASS ACTIONS” EN ESTADOS UNIDOS.....	8
1.4. EL ORIGEN DE LAS “CLASS ACTIONS” EN CANADÁ.....	9
1.5. EL ORIGEN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN BRASIL.....	11
1.6. ANTECEDENTES EN MÉXICO.....	13
1.6.1. La defensa de los derechos de <i>primera generación</i>	14
1.6.2. Los derechos de <i>segunda generación</i> : derechos sociales.....	16
1.6.3. Las acciones de grupo previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor.....	20
1.6.4. La denuncia popular prevista en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.....	23
CAPÍTULO II.....	26
LAS ACCIONES COLECTIVAS EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS: ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y LATINOAMÉRICA.....	26
2.1. ACCIONES COLECTIVAS EN NORTEAMÉRICA.....	26
2.1.1. Los requisitos previstos en la “Rule 23”.....	29
2.1.2. Tipos de “class actions” previstas en la “Rule 23”.....	33
2.1.3. La certificación, notificación y otros aspectos procedimentales.....	36
2.1.4. La trascendencia de las “class actions” en Estados Unidos.....	41
2.2. LA UNIÓN EUROPA Y LAS ACCIONES COLECTIVAS.....	44
2.2.1. El caso europeo en general: dudas respecto a la efectividad de las acciones colectivas.....	48
2.3. LA EXPERIENCIA DE BRASIL.....	50
2.4. ARGENTINA Y EL AMPARO COLECTIVO.....	55
2.4.1. El caso “Halabi”.....	59
2.4.2. El caso “Verbitsky”.....	60
2.5. LA ACCIÓN POPULAR Y DE GRUPO EN COLOMBIA.....	63
2.6. ¿UN CÓDIGO IBEROAMERICANO DE PROCESOS COLECTIVOS?.....	66
CAPÍTULO III.....	69
CONCEPTOS Y ACCESO A LA JUSTICIA.....	69
3.1. ANÁLISIS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.....	69
3.1.1. Concepto de acción colectiva.....	70
3.1.2. Tipos de acción en el derecho procesal civil.....	72
3.1.3. Diferencia entre derecho e interés en el ámbito procesal.....	74
3.1.4. Por qué acción colectiva y no acción de clase.....	77
3.1.5 El objeto de las acciones colectivas.....	78

3.2. EL ACCESO A LA JUSTICIA, ¿DERECHO HUMANO, GARANTÍA INDIVIDUAL O DERECHO FUNDAMENTAL?	82
3.2.1. El acceso a la justicia en México.	88
3.2.2. El acceso a la justicia y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	91
3.3. INTERESES O DERECHOS DIFUSOS.....	95
3.4. INTERESES O DERECHOS COLECTIVOS.....	98
3.5. INTERESES O DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS O DE INCIDENCIA COLECTIVA.....	99
CAPÍTULO IV	104
LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL	104
4.1. LA NECESIDAD DE PLASMAR LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.	104
4.1.1. Contenido del artículo 17 Constitucional antes de la reforma.....	105
4.1.2. El costo de un litigio. Acceso a la justicia para grupos vulnerables.	112
4.2. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.	116
4.2.1. Otras propuestas e iniciativas planteadas.	126
4.2.2. La reforma al artículo 17 Constitucional.	137
CAPÍTULO V	143
EL FUTURO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO	143
5.1. LA LEY SECUNDARIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: EL DECRETO DE REFORMA DEL 30 DE AGOSTO DE 2011.	143
5.2. UN AMPARO COLECTIVO.....	154
CONCLUSIONES.....	164
BIBLIOGRAFÍA	175

INTRODUCCIÓN

En Argentina, una organización no gubernamental interpone un recurso de *“habeas corpus colectivo”* en contra de las autoridades penitenciarias bonaerenses debido a las terribles condiciones en las que vivían todos los presos de la provincia de Buenos Aires. La Procuraduría Pública del Estado de Minas Gerais, Brasil, demanda a la cadena de restaurantes “McDonald’s”, debido a que sus productos no contaban con información nutrimental. En Estados Unidos, una mujer llamada Betty Dukes demanda a *Wal-Mart Stores, Inc.*, debido a que ella y 1.6 millones de mujeres que trabajaban para esa empresa minorista, sufrían discriminación laboral debido a que no obtenían el mismo sueldo, prestaciones y no tenían las mismas condiciones laborales que sus compañeros de trabajo. Una comunidad indígena promueve una demanda de amparo indirecto en contra de las autoridades estatales en materia de salud, debido a que estas no han hecho efectivo el derecho a la salud de todos los miembros de la comunidad, no han prestado asistencia médica, ni han construido una clínica hospitalaria. Este último sucedió en México. Todos los casos anteriores tienen algo en común: los demandantes iniciaron procesos judiciales con el fin de proteger un derecho colectivo y beneficiar a todos los posibles afectados.

El 29 de julio de 2010, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma por la que se agregó un tercer párrafo al artículo 17 Constitucional que establece lo siguiente: *“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”*. Con esta adición a la Carta Magna se permitirá la sustanciación de acciones colectivas y con ellas la protección de derechos colectivos.

Día a día, empresas públicas y privadas y la misma autoridad realizan graves afectaciones a personas indeterminadas. Las acciones colectivas facilitan el acceso a la justicia a todas aquellas personas afectadas, sin importar su

nacionalidad, su residencia, o la cuantía de sus reclamos. La autoridad y las empresas han gozado de una posición privilegiada ante los gobernantes que reclaman o demandan sus afectaciones de manera individual. Muchas veces pequeños reclamos individualizados no suelen atemorizar pero un reclamo colectivo es un serio problema. Con estos nuevos procesos se busca encontrar un punto de equilibrio.

Las acciones colectivas son procesos judiciales que buscan proteger a grupos de individuos cuyos miembros están relacionados por *situaciones o hechos comunes*, por una *relación jurídica* o por *un origen común*. El objeto de este trabajo es analizar la incorporación de las acciones colectivas al sistema jurídico mexicano, incorporación que llega de manera tardía, pero que ya es una realidad en México. El tema elegido para esta investigación, *“las acciones colectivas y su regulación en el sistema jurídico mexicano derivada de la reforma al artículo 17 Constitucional. Una institución procesal enfocada al acceso a la justicia”*, es de suma importancia para todos los mexicanos, en virtud de que estos nuevos procesos colectivos permitirán que todos aquellos individuos que por diversas cuestiones tenían limitado su derecho humano y fundamental de acceso a la justicia, ahora lo podrá ejercer de una forma más efectiva. Por ello, es necesario analizar su *“génesis”*, su incorporación a la Constitución y su instrumentación en México. Para lograr dicho objetivo, el presente trabajo se estructura en cinco capítulos.

En el primer capítulo se mencionan los orígenes de procesos que sirvieron para tutelar derechos colectivos. En Roma existieron las *“actio popularis”*, procesos que podían ser accionados por cualquier ciudadano en beneficio de la comunidad. En la Edad Media, a través de la *“Equity”* se pudo dar acceso a la justicia a cientos o miles de personas que tenían negado este derecho. Posteriormente, los procesos colectivos se materializaron en países como Estados Unidos o Brasil, donde han tenido gran éxito. En México, durante el siglo XIX, diversos juicios de amparo fueron promovidos en favor de colectividades, pero la historia constitucional mexicana, receptora del liberalismo del siglo XIX, empezó a proteger a las

personas individualmente y con ello se eliminó la posibilidad de emitir sentencias con efectos “*erga omnes*”. Sin existir otro mecanismo para proteger *derechos de segunda y tercera generación*, con el juicio de amparo se buscó proteger derechos colectivos a pesar de que no siempre se lograron fallos que los tutelaran de forma efectiva y sencilla.

El derecho comparado muestra que en otros sistemas jurídicos, la defensa de derechos e intereses colectivos ha tenido un énfasis mucho más marcado que en México. Una de las instituciones que ha permitido la tutela efectiva de estos derechos colectivos y que ha permitido también la organización de personas para la defensa de los mismos derechos, son las “*class actions*” norteamericanas. Europa ha tratado de implementar procesos tendientes a proteger derechos colectivos, pero solamente han sido intentos pues aun no existe propiamente un proceso tendiente a protegerlos de manera efectiva a nivel comunitario, aun cuando algunos países miembros tienen ciertos mecanismos parecidos a las “*class actions*”. En el capítulo segundo también se analizará la experiencia que han tenido Brasil, Argentina y Colombia, cada uno con una regulación distinta, encaminada a tutelar derechos colectivos.

El tercer capítulo se subdivide en tres partes. En la primera se analizará qué son las acciones colectivas, cuál es su naturaleza jurídica y cuál es su objeto. Por otro lado, se analizará el derecho humano y fundamental de acceso a la justicia, el cual está íntimamente relacionado con las acciones colectivas. Lo anterior es así debido a que la vigencia de los derechos humanos no sólo depende de que estén reconocidos en la Constitución, en las leyes o bien en los tratados internacionales suscritos por México. Se requiere también superar el problema relativo a que no se cuenta con los mecanismos adecuados que faciliten el acceso a los sistemas judiciales y lograr que los operadores jurídicos y los encargados de la procuración y administración de justicia conozcan y respeten los derechos humanos y fundamentales de los gobernados. En la tercera parte se analizará la clasificación de los derechos colectivos, importante aportación del sistema jurídico brasileño que ha sido adoptada por México.

Con la reforma al artículo 17 Constitucional se permitirá la protección de una nueva gama de derechos que por muchos años no tuvieron un mecanismo idóneo con el cual se pudieran proteger. Por ello, se estudiará en el capítulo cuarto el procedimiento legislativo que dio origen a las acciones colectivas en México. Lo anterior, generó críticas infundadas hacia las acciones colectivas, basadas únicamente en los errores prácticos que han tenido otros sistemas jurídicos con estos procesos. Además, se analizarán diversas propuestas con las cuales se buscaron crear mecanismos judiciales encaminados a proteger derechos colectivos.

En el capítulo quinto se analizará lo que produjo la reforma al artículo 17 Constitucional. Las acciones colectivas, pasaron del plano constitucional, al plano legal con la regulación del tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución. El 30 de agosto de 2011 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto con el cual se reformaron diversas leyes federales que ahora preverían las acciones colectivas. Por el otro lado, se mencionarán los cambios en el juicio de amparo y su correlación con las acciones colectivas. Ahora, el control de constitucionalidad más importante de México es una institución del derecho procesal constitucional con un objetivo más amplio: tutelar derechos fundamentales colectivos. Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación está ahora facultada para emitir declaraciones generales de inconstitucionalidad que beneficiaran no solo a los quejosos, sino a toda persona que se encuentre afectada por el mismo acto reclamado. También se expondrá el tema sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, teoría de los derechos humanos conocida como "*Drittwirkung*" o sobre la efectividad horizontal de los derechos humanos, tema que genera arduas discusiones, ya que con esta nueva teoría no sólo se podría oponer en contra del Estado, sino también contra particulares.

Al final, se expondrán las conclusiones con las cuales se busca explicar la problemática planteada, la cual versará sobre: i) qué son las acciones colectivas; ii) si su incorporación al sistema jurídico mexicano fue la adecuada y iii) cuáles

serán sus mayores aportaciones al sistema jurídico mexicano. Gran parte de la problemática a desarrollar se configura respecto a una asignatura pendiente de resolver en México: el acceso a la justicia. Un efectivo acceso a la justicia requiere dos elementos esenciales: el reconocimiento de los derechos que le asisten a las personas (ya sea en forma individual o como miembros de una colectividad) y la instrumentación de mecanismos que permitan un efectivo cumplimiento de dichos derechos. Con las acciones colectivas se cumplen estos dos elementos.

La noción de que toda controversia puede ser resuelta a través del tradicional modelo de acción judicial (carácter individual del titular, del bien y del remedio) es insuficiente y ha sido superada. Las acciones judiciales tradicionales fallan debido a que la realidad social, las relaciones entre gobernados y las relaciones de estos con las autoridades se han vuelto más complejas. Por muchos años, diversos derechos no pudieron ser protegidos debido a que se pensaba que no eran “justiciables”. Las acciones colectivas llegan para cambiar esta mentalidad, pues son un poderoso mecanismo que permitirá que la sociedad civil mexicana se organice y pueda exigir de forma efectiva el respeto de derechos colectivos.

El presente trabajo nace del latente interés por el litigio. La forma en la que las personas resuelven sus controversias resulta ser un tema fascinante, más aun cuando existe ahora la posibilidad de accionar colectivamente y solucionar el problema de personas que jamás pensaron en poder tener acceso a la justicia. Este trabajo está impregnado de “litigio puro”, pues su elaboración se llevó a cabo en condiciones “caóticas”: entre desahogos de vistas, viajes a tribunales, proyectos de demandas, contestaciones, medios de impugnación y búsquedas de tesis y jurisprudencias.

Con la incorporación de las acciones colectivas a su sistema jurídico, México da un paso enorme en el cumplimiento al derecho humano y fundamental de acceso a la justicia. Con las acciones colectivas, la sociedad mexicana tiene una poderosa herramienta que permitirá que los derechos colectivos puedan ser tutelados. Ya existen las acciones colectivas a nivel constitucional y ya existe su regulación en diversas leyes secundarias. El individuo ya no está desprotegido, ahora cuenta

con un valioso mecanismo que le permitirá defender sus derechos y buscar un beneficio colectivo. Como bien lo afirmaba Mauro Cappelletti, *“el consumidor aislado, por si solo no acciona; si lo hace, es un héroe: si está legitimado para accionar, no únicamente por sí mismo, sino por todo el grupo del cual es miembro, tal “héroe” podrá sustraerse del ridículo destino de Don Quijote, en una vana cuanto patética lucha contra los molinos de viento”*.

México, abril 2012

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1. LAS “ACTIO POPULARIS” EN ROMA.

Las acciones colectivas tienen como finalidad proteger derechos colectivos. En Roma no existían mecanismos procesales tan elaborados como las acciones colectivas pero sí había mecanismos para proteger derechos colectivos. Antes de hablar de una institución procesal como las acciones colectivas, es necesario analizar la evolución que tuvo desde sus posibles inicios hasta lo que se ha conformado al día de hoy. Uno de los más antiguos antecedentes respecto a la protección de derechos colectivos es el de Roma, civilización que elaboró la tradición legal romano-germánica canónica o familia del derecho civil¹.

La tradición del derecho civil es la más antigua y su origen se remonta al año 450 a.C., supuesta fecha de publicación de las XII Tablas². Roma da un salto gigantesco en la creación del proceso civil. Se dejan atrás prácticas milenarias de autotutela y viejas penas con las cuales se buscaba resolver una gran gama de litigios, controversias o delitos³, al crear un sistema estructurado, codificado y justo para resolver controversias.

Margadant señala que el derecho procesal romano tuvo tres fases históricas: las “*legis actionis*”, la fase “*per formulam*” (proceso formulario) y la fase del proceso “*extra ordinem*” (extraordinario)⁴. Cada una de ellas fue aplicada en los diferentes

1 Para mejor comprensión, un sistema legal es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales y una tradición legal es un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas acerca de la naturaleza y papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, organización y operación adecuada de un sistema legal. Merryman, John Henry, “*La tradición jurídica Romano-Canónica*”, 9ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 17.

2 Mucho más antiguo que la tradición del “common law”, el casi extinto Derecho Soviético o el Derecho Musulmán. *Cfr.* Ibídem, p. 19.

3 Por autotutela se entiende la justicia hecha por propia mano, al ejercer violencia para reclamar un derecho. Ovalle Favela, José, “*Teoría General del Proceso*”, 6ª ed., México, Oxford University Press, 2011, p. 8.

4 Margadant Floris, Guillermo, “*El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea*”, 26ª ed., México, Editorial Esfinge, 2002, p.140.

periodos históricos-políticos y en las distintas evoluciones del derecho privado. La primera, conocido como “*legis actionis*”, probablemente inició durante la Monarquía, pero no quedó consagrada definitivamente sino hasta la República, por la Ley de las XII Tablas. Este procedimiento era muy selectivo dado que solo los ciudadanos romanos podían utilizarlo, el cual tenía formalidades orales muy rígidas. El segundo sistema de procedimiento fue creado por el pretor peregrino⁵, y coexistió con la primera fase por un tiempo, aunque después lo sustituyó en su totalidad. El procedimiento de “*legis actionis*” evolucionó en el procedimiento “*per formulam*” a finales del siglo 1 a.C., con el cual cambian las formalidades orales por un sistema escrito y accesible no solo para los ciudadanos romanos, sino también para los extranjeros⁶. La última fase fue la del procedimiento extraordinario, en donde el proceso se vuelve monofásico y la persona que conocía de la acción también conocía de todo el proceso hasta llegar a una sentencia. Esta fase fue desarrollada en el Imperio Absoluto durante el derecho posclásico⁷. Durante el imperio romano, el poder del emperador era inmenso y bajo su poder estaba la administración de la justicia, razón por la cual delegó esta importante tarea en los magistrados, lo que transformó de privada a pública la administración de justicia en el proceso civil. Al ser público, la posibilidad de acudir ante el magistrado a reclamar un derecho se volvió más sencillo, razón por la cual la actividad judicial se volvió dinámica, lo que permitió la aparición de nuevas figuras jurídicas, hasta perfeccionar un proceso con etapas y mecanismos especializados.

El derecho romano no era ajeno a la protección de los derechos colectivos. Es por ello que entre las diversas clasificaciones que se han realizado respecto a los tipos de acciones, aparece la distinción de lo que son las acciones populares

5 El pretor peregrino ayudaba a los litigantes a redactar un pequeño texto, llamado fórmula en el cual se reunían los antecedentes y pretensiones de las partes. Este texto serviría para que el juez tuviera una visión completa del problema existente. Cfr., Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, “*Derecho Romano*”, 4ª ed., México, Oxford University Press, 2002, p. 89

6 Bialostosky, Sara, “*Panorama de Derecho Romano*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 67 y 68.

7 Cfr., Morineau Iduarte, Marta y Román Iglesias González, *Derecho Romano*, *op.cit.*, nota 5, p. 89.

(conocidas en Roma como “*actio popularis*”) y las acciones privadas⁸. Es interesante señalar que en Roma ya se entendía la necesidad de tutelar derechos que no eran propiamente derechos subjetivos o privados, sino que el titular de estos era la colectividad y no la persona individualizada, por lo cual se otorgó el derecho a la persona singular, al individuo, ya no considerado como titular de un derecho privado, sino como ciudadano, para participar en los intereses de su comunidad o en el interés público. El ciudadano actuaba en favor del pueblo y no a nombre ni cuenta propia⁹. Las acciones populares del derecho romano, estaban previstas en el “*Digesto 47, 23, 1*” y se destinaban a la protección de los intereses de la sociedad. Cualquier miembro del pueblo podía interponerlas, pero no actuaba en nombre de su derecho individual, sino como defensor de un interés público¹⁰.

José Ovalle Favela comenta que para el procesalista italiano Vittorio Scialoja, los derechos públicos en Roma tenían cierta “gradación”, en la cual encajaban dos supuestos de las acciones populares romanas. El primer supuesto era respecto a la competencia que tenía la comunidad, en la cual se confería a cada ciudadano, de forma particular, el derecho para defender o mejorar su comunidad, independientemente de que pudieran o no obtener una compensación. El segundo supuesto correspondía al derecho público que definía el procesalista italiano como “difuso”, el cual no se concentraba en el pueblo, sino en cada integrante de la comunidad¹¹.

8 Para cada situación jurídica típica, había una acción determinada y el error en la selección de la acción podía tener consecuencias fatales. El derecho romano no conoció la acción, sino sólo acciones. El pretor creaba con acciones nuevos derechos. Lo anterior, fue resuelto por los estudiosos del derecho romano en la Edad Media, al crear un sistema de acciones generales, en el que el derecho procesal adopta la tarea de proteger todos aquellos derechos sustantivos. Dentro de todas las clasificaciones que existen de las acciones romanas, se encuentran las acciones populares y las acciones privadas. Cfr. Margadant Floris, Guillermo, “*La segunda vida del derecho romano*”, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 172.

9 Ovalle Favela, José, “*Proceso y Justicia*”, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 5.

10 Cfr. Nery Junior, Nelson, “*Acciones Colectivas en el Derecho Procesal Civil Brasileño*”, en Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), “*La tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 425.

11 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 9, p. 5.

Cabrera Acevedo explica que en el derecho romano se buscó la forma de proteger lo que se conocía como la “*res in uso publico*”, como por ejemplo, áreas agrícolas, urbanas, edificios, calles, presas, caminos, ríos, cloacas, etc., con la intención de tutelar la “*res publica*” o cosa pública y la “*salubritas*” o salud. El pueblo romano o “*populus romanus*” era visto como una pluralidad de ciudadanos, la cual, ya no era identificada como una entidad abstracta, facultada para ejercer una acción con mayor peso que la intentada de forma individual por un ciudadano¹². Es impactante como en Roma ya se conceptualizaba la idea del derecho *difuso* como una posible categoría de derecho intrínseco de la persona o “*supraindividual*”, con el cual ya no se defendía un derecho privado, sino un derecho público frente al Estado, derecho que atañe a toda la comunidad, lo cual constituye ser un paso enorme respecto al acceso a la justicia aun y cuando todavía prevalecían viejas prácticas de autotutela.

Roma dio las bases en el reconocimiento de ciertos derechos que atañen a la colectividad, dado que estos no se podían clasificar ni exigir en el ámbito jurídico privado, toda vez que cada individuo estaba “embestido” de este derecho, era portador de la facultad de exigirlo en beneficio propio y por ende de la colectividad. Debe recordarse que Roma se expande y vive cientos de guerras con otras civilizaciones que buscaban independizarse del imperio, aunado a que por diversas cuestiones (políticas, geográficas, económicas, sociales y culturales) los bárbaros invaden Roma Occidental, lo que generó muchos fenómenos sociales, sin ser ajeno a ello el ámbito jurídico.

1.2. DE ROMA A INGLATERRA: “EQUITY”.

El “*common law*” nace en Inglaterra durante la Edad Media a consecuencia del triunfo de los conquistadores normandos en la Batalla de Hastings¹³. Después de

12 Cabrera Acevedo, Lucio, “*La tutela de los intereses colectivos o difusos*”, en “*XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, p. 214.

13 La historia del derecho inglés comienza en 1066 cuando los normandos, comandados por Guillermo I, infligieron una derrota aplastante a los anglosajones en la Batalla de Hastings, lo que dio lugar al dominio gradual de casi todo el territorio comprendido en las Islas Británicas. *Cfr.*, Zweigert, Konrad y Hein Kötz, “*Introducción al derecho comparado*”, México, Oxford University Press, 2002, p. 194.

esa batalla, Guillermo el Conquistador tomó el trono. Uno de los aspectos más importantes de su gobierno tiene que ver con la administración de justicia, la cual se vio centralizada al limitar la jurisdicción de los reinos feudales, cristalizado años después con los Tribunales Reales. Para resolver las controversias, los Tribunales Reales debieron buscar lo que había en “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, lo que dio vida al “*common law*”¹⁴. En la base jurisdiccional estuvieron los Tribunales Reales, que resolvían con base en las decisiones judiciales de estos mismos tribunales y con base en las costumbres de tribus germanas que habitaban la isla. Roma ocupó por cuatro siglos Inglaterra pero no dejó gran legado de sus instituciones jurídicas en la isla¹⁵. Estos tribunales nacen durante el reinado de Enrique II, lo que causó un cambio importante en el sistema jurídico de Inglaterra, ya que se crean los “jueces ambulantes” que recorrían todos los condados para resolver controversias y eliminar así los injustos procesos conocidos como de “Dios” u “ordalías”, lo que dio origen a los mencionados Tribunales Reales y a un verdadero sistema judicial.

Ya en el siglo XV los Tribunales Reales eran insuficientes y las rígidas formalidades que utilizaban para resolver las controversias ya no eran eficientes, lo que provocó que los afectados se dirigieran al Rey para solicitar su intervención en los juicios. En la práctica, se delegó ésta tarea al “*Chancellor*” (Canciller), quien era el confesor y el consejero más importante del monarca. Es por ello que el Rey (vía el Canciller) empezó a conocer de asuntos que requerían soluciones más *equitativas*, lo que dio origen a un procedimiento escrito, inquisitorial, sin jurado, inspirado en el derecho romano, al cual se le llamo “*Equity*”. Derivado de la gran cantidad de procedimientos solicitados al Rey, se crearon los Tribunales de la Cancillería (“*Courts of Chancery*”), con la intención de obtener soluciones que no se podían conseguir en los Tribunales Reales. Lo anterior provocó la creación de un sistema paralelo al “*common law*” que se accionaba cuando este último no

14 Morineau, Marta, “*Una introducción al common law*”, 3ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 14.

15 Sirvent Gutiérrez, Consuelo, “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*”, 10ª ed., México, Porrúa, 2007, p.60.

resolvía lo solicitado¹⁶. Los jueces de la Cancillería gozaban de una gran discrecionalidad para remediar situaciones que los Tribunales Reales no podían debido a su carácter rígido y formal, lo que provocó la creación de nuevas instituciones¹⁷.

Pero el “*common law*” no estaba condenado a desaparecer ni a ser absorbido por el cuerpo normativo de la “*Equity*”, ya que este último, sólo se utilizaba cuando las resoluciones del primero eran deficientes o no pronunciaban normas aceptables. Así, se puede tratar a la “*Equity*” como el conjunto de normas elaboradas y aplicadas por la jurisdicción del Canciller, a fin de completar, y en su caso, revisar el sistema del “*common law*” que había resuelto de forma insuficiente y/o de forma defectuosa. Derivado de esto y la negativa de algunos Tribunales Reales para conocer ciertas controversias, se empezaron a dar injusticias, y la necesidad de remediar las debilidades del sistema jurídico británico. Los demandantes, al no tener un verdadero acceso a la justicia acudían ante el soberano, quien determinaba la situación jurídica de los demandantes con un cierto matiz más marcado por el ámbito moral que jurídico. Sin duda alguna esto se convirtió en un mecanismo que dio un mayor acceso a la justicia a cientos o miles de personas que tenían negado este derecho.

Esto puede ser sólo una teoría de cómo pudieron conformarse lo que serían las futuras “*class actions*”, ya que de su esencia se perciben tres aspectos de suma importancia: i) se empezó a dar una mejora en el acceso a la justicia, lo cual se vio reflejado en los miles de procesos que se llevaron ante los Tribunales de la

16 Tamayo y Salmorán explica que el “*Chancellor*”, ya estaba familiarizado con los temas jurídicos. Básicamente, si un demandante buscaba hacer valer un derecho y no existía una solución en los “*writs*” (equiparable a las acciones civiles) existentes, entonces acudía al Rey. Esto es así debido a que con el tiempo, los “*writs*” se estandarizaron debido a tantas solicitudes que hacían los demandantes. Con la intervención del Rey se consiguió una solución a las omisiones en las que incurrían los Tribunales Reales. *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, “*Class Action. Una solución al problema de acceso a la justicia*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 58 enero-abril, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1987, p. 150.

17 Morineau, Marta, *op.cit.*, nota 14, p. 17.

Cancillería¹⁸; ii) se crea un mecanismo encargado de subsanar el proceso jurisdiccional tradicional, toda vez que este no era lo suficientemente amplio ya que muchos casos específicos no estaban previstos por el cuerpo normativo (“*writs*”), por lo cual se tenía que acudir ante el Rey para que determinara su situación jurídica y iii) la “*Equity*” subsana los formalismos y hasta solemnidades que existían en los procedimientos orales del “*common law*”, lo cual da origen a un sistema escrito, inspirado en el derecho civil romano, el cual resolvía los problemas que el derecho común no podía resolver.

Con el nacimiento de la “*Court of Chancery*” surge la facultad del rey de Inglaterra para impartir justicia en aquellos casos en los que los tribunales ordinarios no concedían eficazmente un recurso. La consolidación se da con la existencia de los “*Bills of Peace*” que tenían como propósito que las personas que tuvieran pequeños reclamos unificados por un mismo interés, no perdieran la posibilidad de ejercitar dichos derechos¹⁹. Procesalmente, un “*Bill of Peace*” se “accionaba” cuando el actor demostraba que debido al gran número de individuos que poseían el mismo interés y que el litisconsorcio activo (“*joinder*”) era imposible, se reconocía la representatividad de los no presentes en juicio²⁰ y cuando el derecho invocado por alguien podía ser controvertido por varias personas, en diferentes momentos y en diferentes acciones²¹. De lo anterior, se deduce que la esencia de las “*class actions*” se ve reflejada en la “*Equity*”, ya que ésta vía procedimental estaba enfocada en dar un mayor acceso a la justicia a consecuencia de la deficiente administración e impartición de justicia que había en el Reino Unido, proceso colectivo que sería perfeccionado en el sistema jurídico norteamericano.

18 La existencia de dos jurisdicciones paralelas, con tribunales distintos (la del “*Common Law*” y la de “*Equity*”) continuó hasta finales del siglo XIX, debido a que con las “*Judicature Acts*”, se modificó la organización judicial, al fusionar los Tribunales Reales y los de la Cancillería. *Cfr.*, Morineau, Marta, *op.cit.*, nota 14, p. 19.

19 Bianchi, Alberto, “*Las acciones de clase*”, Argentina, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, p.44.

20 *ídem*.

21 *ídem*.

1.3. EL ORIGEN DE LAS “CLASS ACTIONS” EN ESTADOS UNIDOS²².

Debido a la recepción del derecho inglés en Estados Unidos de Norteamérica durante los siglos XVIII y XIX, el derecho norteamericano pertenece a la tradición jurídica del “*common law*”, con excepción de algunos Estados que en un principio fueron territorios de países con sistemas jurídicos “romanistas”, como Luisiana que perteneció a Francia, o Nuevo México que perteneció a México.

En 1824 nace la *Regla Federal de Equidad*, ordenamiento legal que contemplaba las *acciones de clase*. Dicho ordenamiento fue sustituido en el año de 1938, lo que permitió extender el uso de las “*class actions*” de los Tribunales de Equidad a los Tribunales de Derecho²³. Así, en el año de 1938, las “*Federal Rules of Civil Procedure*” (Reglas Federales del Procedimiento Civil) adoptan las acciones colectivas, denominándolas “*class actions*” y en el año de 1966 se reforma su artículo o Regla 23 (“*Rule 23*”).

Es importante situar el momento histórico en el que es reformada la Regla 23. En los años sesenta, Estados Unidos vivía un momento histórico único, varios grupos sociales demandaban al gobierno diferentes cambios respecto a cuestiones sociales, culturales, educativas y políticas. Los movimientos de grupos en contra de la segregación racial, así como los grupos en contra de la guerra de Vietnam, igualdad de la mujer, los derechos de los homosexuales y de grupos inmigrantes, vinieron a hacer una “ola” de presión sobre el Poder Judicial norteamericano, lo que permitió la adecuación de ciertos aspectos legales para que los procedimientos colectivos tuvieran efectividad. Al utilizar el vocablo “*class*” (clase en español), no se refiere expresamente al nivel socioeconómico de las personas, sino a la *clase* de las cosas que están en disputa; cierta clase de casos

22 A lo largo de este trabajo se hablará de la regulación de las “*class actions*” en Estados Unidos exclusivamente respecto al ámbito federal, toda vez que resulta ocioso (y sería interminable) hacer mención de la regulación existente en los diversos Estados que constituyen la unión americana, ya que algunos siguen la vieja Regla 23 de 1938 (como Michigan o Virginia); otros adoptaron la “*Rule 23*” reformada en 1966 (Alabama, Alaska, Florida, Ohio); hay otros que tienen una regulación específica (Florida o Luisiana), u otros que retoman y basan su funcionamiento apegados a lo resuelto por la actividad judicial (Nueva York, Dakota, Rhode Island, etc.).

23 El sistema jurídico norteamericano nace del “*common law*” inglés, por lo cual en un inicio también existió en Estados Unidos la división de tipos de tribunales (Cortes de Equidad y Cortes de Derecho).

susceptibles de ser sustanciados en un solo juicio, una clase de litigios que, como señala la doctrina estadounidense, son susceptibles de un tratamiento común (“*class treatment*”)²⁴.

Sin embargo, las “*class actions*” han sido vistas como una amenaza, ya que en los años setentas y ochentas, la política americana se movió “a la derecha”, lo cual provocó que las acciones colectivas fueran un objetivo de supresión en ese país²⁵. Al final, evidentemente una institución procesal como esta ha generado grandes discusiones, al ser odiada y temida por empresas multimillonarias y también por la misma administración pública, pero la virtud y nobleza que contienen estos procesos colectivos no se puede discutir, debido a que es un mecanismo que ha permitido el acceso a la justicia a miles de personas que antes tenían negado este derecho. Viejo en antecedentes medievales ingleses, las “*class actions*” son procesos judiciales que han tenido gran éxito en Estados Unidos y por ello, en el segundo capítulo de este trabajo se analizará la experiencia de este país con las acciones colectivas y su regulación.

1.4. EL ORIGEN DE LAS “CLASS ACTIONS” EN CANADÁ.

La cercanía geográfica con Estados Unidos, evidencia la razón de la llegada de las acciones colectivas a Canadá. La primera provincia canadiense que retoma las “*class actions*” norteamericanas es la provincia de Quebec en el año de 1978, la cual curiosamente tiene un sistema jurídico “civil romanista” y no del “*common law*”. El “*recour collective*” es regulado en el Código Procesal Civil de Quebec y al igual que en los Estados Unidos, nace en medio de un ambiente políticamente activo. El partido político “*Parti Québécois*” impulsó la reforma en la Asamblea Nacional con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia en dicha provincia y equilibrar la balanza entre ciudadanos y empresas. Posteriormente, en el año de 1982, la Comisión de Reforma de Ontario publicó “*El reporte de las acciones colectivas sobre la Reforma de Ley*”, el cual consistía en una recomendación con

24 Tamayo y Salmoran, Rolando, *op.cit.*, nota 16, p.151.

25 Cfr. Fiss, Owen, “*The Political Theory of the Class Action*”, *Washington and Lee Law Review*, Estados Unidos, v. 53, núm. 1, 1996.

el objetivo de que los tribunales conocieran de acciones colectivas bajo tres principios; i) el primero era que con las acciones colectivas se aseguraran las cuestiones económicas de los demandantes; ii) el segundo implicaba asegurar un verdadero acceso a la justicia y; iii) el tercero consistía en mejorar la eficiencia judicial, lo cual provocó que se optara por utilizar el método de certificación de las acciones colectivas norteamericanas previsto en la “Rule 23”²⁶.

Es interesante mencionar el caso canadiense debido a la curiosa regulación que existe en este país. En primer lugar, Canadá tiene un sistema jurídico que se divide en dos familias jurídicas: el “*common law*” y el derecho civil, los cuales cohabitan e interactúan en las diez provincias que conforman ese país. Además, cada provincia que conforma Canadá tiene su propia regulación y cultura jurídica, las cuales han retomado las acciones colectivas, legislándolas en sus propios ordenamientos legales²⁷. Lo anterior evidencia que con una adecuada técnica legislativa y una preparada y profesional administración y procuración de justicia, las acciones colectivas pueden ser efectivas y útiles, sin importar que provengan de otra tradición jurídica o su regulación difiera de la realidad de otro país. Aunque algunos jueces no simpatizan con las acciones colectivas, la mayoría de los jueces canadienses parecen haber reconocido que las acciones colectivas tienen una gran importancia y un valioso rol en el sistema jurídico canadiense debido a que

26 Cfr. Piché, Catherine, “*The Cultural Analysis of Class Action Law*”, *LSU Law Center Journal of Civil Law Studies*, Canadá, v. 2, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1548027>

27 Canadá se conforma de diez provincias y tres territorios, de las cuales, ocho provincias ya prevén las acciones colectivas mientras que ninguno de sus territorios las regulan. Las provincias de Nueva Escocia y la Isla del Príncipe Eduardo están en proceso de reformar sus leyes para plasmar las acciones colectivas en sus legislaciones. El año de 2012 será muy difícil para la industria tabacalera en Canadá. Las tres empresas más grandes en Canadá dedicadas a ese giro, JTI-Macdonald Corp., Imperial Tobacco Canada Ltée, Rothmans, Benson & Hedges, Inc., han sido llevadas ante la Corte Suprema de Quebec debido a una “*class action*” o “*recours collectif*” debido a que un grupo de fumadores y exfumadores buscan una indemnización a consecuencia de las afectaciones que sufren en su salud derivado de su adicción al cigarro, la cual se generó por la publicidad engañosa de los productos del tabaco. Los demandantes buscan una indemnización que supera los 27 billones de dólares, la acción colectiva más cuantiosa que ha existido en Canadá, “*Conseill Québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp*”, N° 500-06-00076-980, 500-06-000070-983, *Canadian Legal Information Institute*, <http://canlii.ca/en/qc/qccs/doc/2012/2012qccs473/2012qccs473.html>

proporcionan acceso a la justicia a muchas personas que no podrían ni en sus más ambiciosos sueños esperar litigar individualmente²⁸.

1.5. EL ORIGEN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN BRASIL.

El caso brasileño y su experiencia con las acciones colectivas es de suma importancia para este trabajo. En primer lugar por ser un país latinoamericano con un sistema jurídico parecido al mexicano, toda vez que ambos provienen de la tradición jurídica romanista, aunado a las condiciones sociales que se viven en ambos países. En efecto, Brasil es un país rico y en vías de desarrollo, pero con grandes contrastes y desigualdades sociales. Lo anterior, no es muy lejano a la realidad de México, donde existe mucha riqueza pero al mismo tiempo una gran desigualdad social, bajos niveles de educación, extrema pobreza y evidentes fallas respecto al acceso a la justicia. Es por ello que el proceso civil brasileño se parece al de México, en tanto que es un sistema rígido y formalista. En Brasil, las reglas procesales están escritas con riguroso detalle, dejando poco espacio a la discrecionalidad judicial en materia procesal²⁹.

El interés de estudiar y retomar las acciones colectivas en el país sudamericano se da curiosamente por los estudios de diversos académicos italianos realizados en los años setentas, que analizaron las “*class actions*” norteamericanas. Toda esa literatura fue calurosamente recibida por los juristas brasileños que estudiaron la posibilidad de adaptarlas en sus ordenamientos jurídicos. Por ello, en el año de 1985 se publicó la ley conocida como “Ley de la Acción Civil Pública”, creada con la intención de proteger el medio ambiente, al consumidor, los derechos de valor artístico, estético, turístico y del paisaje y posteriormente se extendió su uso para

28 Watson, Garry, “*Las acciones colectivas en Canadá*”, en Gidi, Antonio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 40.

29 Gidi, Antonio, “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p.9.

proteger toda clase de derechos difusos o colectivos, convirtiéndose en una ley “transustantiva” o multidisciplinaria³⁰.

Con la Constitución Federal de Brasil de 1988, se amplió la protección de los derechos de grupo, ya que en la fracción LXIX del artículo 5° se estableció lo que se denomina “*mandado de segurança coletivo*”, lo cual es una especie de juicio de amparo colectivo de carácter no criminal, el cual tiene como objetivo proteger a todo individuo de la ilegalidad y abusos de poder por parte de las autoridades³¹. En el año de 1990, se promulgó el Código del Consumidor, ordenamiento que en su título tercero está prevista la protección del consumidor y además la posibilidad de interponer acciones colectivas por daños individuales (“*class actions for individual damages*”). Sin embargo, el proceso colectivo previsto en ese Código no es limitativo a la protección de los derechos del consumidor solamente, sino también es aplicable para resolver controversias sobre el medio ambiente, el combate a monopolios, daños individuales, impuestos o cualquier otra rama del derecho³².

Como mera referencia (toda vez que en el segundo capítulo se analizará más a fondo sobre el caso brasileño y su experiencia con las acciones colectivas) se puede señalar que la doctrina brasileña ha realizado una muy interesante distinción entre los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos. Se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas, pero sólo cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo, como ocurre en las sociedades mercantiles, el condominio, la familia, el sindicato, etc. Son difusos en cambio los intereses que, sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hecho frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables, como el habitar en la misma zona, consumir el mismo producto, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, etc³³. Los

30 Por “transustantivo” se entiende que las reglas procesales son aplicables a litigios en cualquier materia o área del derecho sustantivo. Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p. 21.

31 *idem*.

32 *Ibidem*, p.22.

33 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 9, p. 85.

derechos individuales homogéneos reflejan la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción, debido a su origen común³⁴. La protección de derechos difusos y colectivos está prevista en la Ley de la Acción Civil Pública y el procedimiento para la protección de los derechos individuales homogéneos está establecido en el Código del Consumidor. Dichos ordenamientos regulan las acciones colectivas, se complementan unos con otros y por ello se considera como un Código de Procedimientos Colectivos.

Para Antonio Gidi, la recepción de las acciones colectivas en Brasil es incierta, debido a que grupos de académicos y jueces, forjados en la tradición jurídica ortodoxa y dogmática, no entendieron los nuevos conceptos incrustados en las leyes de las acciones colectivas o estuvieron ideológicamente opuestos a ellas³⁵. Sin embargo, las acciones colectivas han tenido un profundo impacto en la sociedad, al permitir un mayor acceso a la justicia a personas que nunca imaginaron poder hacer valer reclamos efectivos en contra de grandes empresas o ante la misma autoridad. Posiblemente esto sucederá en México cuando se empiecen a interponer acciones colectivas, ya que la misma formación e ideología de los juzgadores, forjada en la tradición individualista, obstaculizará estos procesos, pero esto es solamente una mera suposición que sólo la práctica podrá corroborar.

1.6. ANTECEDENTES EN MÉXICO.

La defensa de los derechos fundamentales (derechos humanos plasmados en la Constitución) ha pasado por una evolución que ha sido catalogada en “generaciones”. Se explicará brevemente en qué consistió cada generación y la protección que se dio en cada una de ellas en México³⁶. También, se analizarán dos ordenamientos legales federales que preveían procesos judiciales

34 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p.61.

35 *Ibidem*, p. 23.

36 Si bien es cierto que los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados de Morelos, Coahuila y Puebla ya regulaban de cierta forma mecanismos diseñados para proteger derechos colectivos, su experiencia fue escasa y hasta se podría decir que nula.

encaminados a proteger derechos colectivos. Existen otras leyes federales que preveían mecanismos colectivos, como la Ley General de Salud o la Ley General de Asentamientos Humanos, pero ninguna tuvo el impacto como los que se analizarán a continuación.

1.6.1. La defensa de los derechos de *primera generación*³⁷.

Con la creación del Estado Moderno, derivado de los principios emanados de la Revolución Francesa, la teoría individualista se expandió en los países occidentales y México no fue la excepción. Los derechos de *primera generación* son propios del pensamiento liberal y un gran pilar de éstos son el orden económico y sobre todo la propiedad. Los derechos de *primera generación* son representados en las clásicas tradiciones del Estado liberal, en las que existe un abstencionismo por parte del poder público y permitir el arbitrio del “*laissez faire*” para determinar las relaciones sociales. Con la Revolución Francesa cae el absolutismo monárquico en Francia y de esta forma se impulsa el respeto de los derechos civiles y políticos, imponiéndole al Estado la obligación de respetar los derechos fundamentales que tiene cada persona por el simple hecho de nacer (derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad) y respetar los derechos de todo ciudadano (derechos políticos).

Burgoa explica que al formularse en 1789 la Declaración de Derechos del Hombre en Francia, se estableció que todo hombre nace con derechos inalienables e imprescriptibles, como son la libertad de todas sus opiniones, el cuidado de su honor y de su vida, el derecho de la propiedad, la disposición entera de su

37 Muchos académicos, como por ejemplo Miguel Carbonell, no apoyan la clasificación de los derechos humanos basada en la “evolución” o “generación” de estos, debido a que se piensa que podría conducir a la confusión y de cierta forma negar y debilitar las argumentaciones iusnaturalistas, debido a que los derechos fundamentales forman parte inmutable del patrimonio genético de la humanidad, los cuales siempre han estado allí aún y cuando no estuvieran positivizados en instrumentos jurídicos o en el mismo texto constitucional. Los derechos que se llegan a afectar no son reducibles a una tipología o a “generaciones” de derechos humanos, ya que todo derecho (civil, político, económico, social o cultural) es susceptible de afectaciones colectivas. Para efectos prácticos, en este trabajo sí se apoyará la teoría de las generaciones de los derechos humanos con la finalidad de explicar los mecanismos que existieron en México para tutelar derechos colectivos. Cfr. Carbonell Sánchez, Miguel, “*Los Derechos Fundamentales en México*”, 4^a ed., México, Porrúa, 2011, pp.44 ss.

persona, de su industria y de todas sus facultades, la expresión de sus pensamientos por todos los medios posibles, al procurar el bienestar y el derecho de resistencia a la opresión³⁸. La búsqueda de la igualdad ante la ley fue el “bastión” de la revolución burguesa iniciada a fines del siglo XVIII. En el momento en que la ley tiene un carácter vinculante para todos, el Estado se vuelve un mero vigilante de las relaciones entre los particulares, en las cuales solamente tiene intervención cuando puedan provocar desórdenes en la vida social. Sin embargo, en los siglos XIX y XX se empezaron a evidenciar fallas en el sistema debido a que muchas personas no tenían la capacidad económica ni cultural para obtener acceso a estos derechos. Por ello, la solución más viable fue avanzar en la protección de estos derechos, al crear nuevos mecanismos que buscaban tutelar esta nueva gama de derechos.

La Constitución de 1857 (basada en los ideales emanados de la Revolución Francesa) señalaba que el pueblo mexicano reconocía que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales y por ello, declaraba que las leyes y todas las autoridades del país, debían respetar y sostener las garantías que otorgaba la Constitución. Los primeros 29 artículos de dicha Constitución establecieron un catálogo de derechos humanos, los cuales sirvieron como base para conformar el capítulo 1° del título primero de la Constitución vigente en México. Las reformas liberales de mediados del siglo XIX no fueron totalmente aplicadas a la realidad. Por ejemplo, con la ley conocida como “Lerdo” del 25 de junio de 1856, se negó la legitimación de las comunidades indígenas en los juicios de amparo, debido a que no acreditaban su plena capacidad legal ante los tribunales correspondientes³⁹.

Si bien no había un mecanismo adecuado para proteger derechos colectivos en el siglo XIX, con la aparición del amparo se empezó a discutir la necesidad de proteger ciertos derechos que no sólo correspondían al individuo, sino a grupos de individuos. Las personas en lo particular empezaron a promover *juicios de*

38 Burgoa Orihuela, Ignacio, “*Las Garantías Individuales*”, 23ª ed., México, Porrúa, 1991, p.97.

39 Ovalle Favela, José. *op.cit.*, nota 9, p.52.

garantías no sólo en defensa de sus intereses, sino también en nombre de la comunidad. Lucio Cabrera explica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó varios fallos en los que se llegaron a proteger derechos colectivos⁴⁰. Existieron ejecutorias de la SCJN en las cuales se protegieron intereses colectivos mediante la sustitución de la autoridad administrativa, dándose así una ampliación en la legitimación procesal de los quejosos⁴¹. Sin embargo, al llegar Ignacio Vallarta a la presidencia de la SCJN, la situación cambió ya que en sus votos no aparecían tesis enfocadas a una protección colectiva, sino todo lo contrario. La SCJN no aceptaba juicios de amparo promovidos por comunidades indígenas o por conjuntos de personas que no estaban debidamente organizados, ya que no tenían la capacidad legal necesaria conforme a los principios jurídicos modernos, sin identificar quienes eran los apoderados o legitimados de acuerdo con el derecho civil y mercantil de reciente creación y codificación⁴².

1.6.2. Los derechos de *segunda generación*: derechos sociales.

Estos derechos nacen de otra revolución, la mexicana, plasmados por primera vez en un texto constitucional en el año de 1917, lo que convirtió a la Constitución Mexicana en la primera en tutelar derechos sociales. Es importante mencionar que la idea de derechos sociales como derechos de rango constitucional es previo al surgimiento del estado social, lo cual no pudo realizarse totalmente por falta de estructuras estatales que lo permitieran⁴³. En un principio, la consagración de estos nuevos derechos provocó una pugna con los clásicos derechos individualistas del liberalismo burgués, por lo cual su éxito no fue el esperado. A diferencia de la Constitución de 1857, la Constitución de 1917 consigna las llamadas “garantías sociales”, derechos otorgados a determinadas clases sociales derivado de su situación económica. Estos derechos se encuentran plasmados en

40 Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 12, p. 225.

41 *Cfr.* Cabrera Acevedo, Lucio, “La legitimación para actuar en juicio de las asociaciones privadas en México especialmente en materia ambiental”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 557.

42 Cabrera Acevedo, Lucio, “La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, t. XXXIII, enero-junio, núm. 127-129, 1983, p. 116.

43 Carbonell Sánchez, Miguel, *op.cit.*, nota 37, p.801.

los artículos 27 y 123 Constitucionales, lo que evidencia las aspiraciones revolucionarias que buscaban en un principio resolver los problemas obreros y agrarios.

Ovalle Favela explica que la Constitución de 1917 preveía la acción popular para denunciar los bienes inmuebles de la iglesia, a fin de que el Ministerio Público promoviera procesos judiciales para nacionalizar dichos inmuebles, con fundamento en la fracción II del artículo 27. Además, en el párrafo cuarto del artículo 111 Constitucional se preveía otra acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes en los que incurrieran altos funcionarios de la federación⁴⁴. Sin embargo, propiamente no eran acciones populares, ya que en los dos casos no se legitimaba al ciudadano para ejercer una acción ante los tribunales en nombre del interés de la comunidad, sino que confería a los ciudadanos una simple facultad para denunciar hechos para que algún órgano o dependencia del Estado ejerciera la acción correspondiente⁴⁵. Ambos preceptos constitucionales ya fueron reformados con lo cual fueron eliminadas las denuncias que preveían.

Para ilustrar la materialización de estos derechos, se encuentra la creación del amparo agrario mexicano. Con la reforma al artículo 213 de la Ley de Amparo⁴⁶, se creó la representación sustituta, con la cual si el comisario de un ejido o comunidad no promovía la demanda de amparo en el término de 15 días a partir de que tiene conocimiento del acto reclamado, cualquier otro ejidatario o comunero podría representar al grupo y así iniciar un juicio ante tribunales federales. Con esto, la dificultad de encontrar un buen representante se vio parcialmente aliviada. También, surgen las acciones otorgadas a los sindicatos y a los patrones para plantear conflictos de trabajo o suspender o terminar relaciones laborales, lo cual quedó establecido en los artículos 900 y 903 de la Ley Federal

44 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 9, p.90.

45 *ibídem* p.92.

46 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1976.

de Trabajo⁴⁷. Había ya mecanismos para tutelar derechos sociales de índole colectivos.

Carbonell señala que los mecanismos anteriormente descritos se debieron a la inexistencia de vías procesales idóneas para exigir estos derechos. Que no existieran esas vías no significaba que no existieran derechos sociales o que no estuvieran obligados los órganos públicos a tutelarlos⁴⁸. Uno de los mecanismos utilizados para tutelar estos nuevos derechos fue el juicio de amparo. Durante el siglo XX, el concepto de agraviado en el juicio de amparo se amplió al de las personas morales, sindicatos obreros y comunidades agrarias. Sin embargo, la trayectoria del juicio de amparo en los siglos XIX y XX fue incapaz de superar la tendencia individualista, aún y cuando la actividad jurisdiccional evidenció que esa tendencia quería cambiar. Como ejemplo, se puede mencionar la decisión del Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, que concedió el amparo a los vecinos del fraccionamiento Burgos, en Cuernavaca, Morelos, debido a que el gobierno del Estado quería desincorporar del patrimonio estatal un área natural, llamado “Parque de los Osos⁴⁹”. Otro ejemplo puede ser la sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del 29 de enero 1982, juicio que una sola persona promovió al solicitar el amparo y protección debido a una licencia dada por el gobierno de la Ciudad de México para construir un edificio de oficinas comerciales en un área residencial⁵⁰. Otro caso importante fue el que resolvió el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el número de expediente 891/1996. Los promoventes fueron Homero Aridjis y la Asociación de “Los Cien Internacional A.C.”, quienes demandaron el amparo y protección en contra de un conjunto de acuerdos de simplificación de declaraciones de impacto ambiental que debían realizar industriales y pequeños y medianos empresarios, acuerdos que fueron emitidos

47 Ovalle Favela, José. *op.cit.*, nota 9, p.89

48 Carbonell Sánchez, Miguel, *op.cit.*, nota 37, p.823.

49 Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 12, p.227.

50 Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 42, p. 132.

por la Secretaría del Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, al argumentar que dichos acuerdos debilitarían la protección al medio ambiente⁵¹.

La teoría constitucional agregó una *tercera generación*, conceptualizándose en lo que se conoce como derechos o intereses colectivos. Especialmente estos derechos se tratarán en el tercer capítulo de este trabajo, pero a modo de introducción, se puede decir que estos derechos no pertenecen ni al derecho público ni al privado, sino que tienen una característica "*sui generis*". Como decía Mauro Cappelletti, "*se encuentran a la mitad del camino entre los derechos privados y los públicos*"⁵². La conceptualización de derechos humanos de *tercera generación*, se da en el año de 1972, en la doctrina francesa por el autor checo Karel Vasak, radicado en París⁵³. Los portadores de estos derechos colectivos se enfrentan a un endeble acceso a la justicia. Sin embargo, cada vez cobran más importancia debido al proceso de globalización de la economía y del mercado, por lo que se pueden ver con más facilidad en materias como la defensa de los consumidores, en la competencia económica y protección al medio ambiente, derecho que desconocen fronteras.

La Constitución de 1917 fue la primera en establecer derechos sociales. Lo lamentable es que tiene más de noventa años de rezago respecto a los nuevos derechos de *tercera generación* y especialmente su falta de "justiciabilidad". La ausencia de vías adecuadas de tutela se advierte en derechos como al medio ambiente, a la salud, consumidores, al patrimonio cultural y a un sinnúmero de derechos. La introducción de estos derechos ha traído múltiples problemas para los postulantes y para los operadores de derechos, desde la aceptación de los

51 Este caso fue es trascendente, ya que por primera vez se reconoció la legitimación colectiva al declarar procedente la demanda de amparo promovida por una persona física y una Organización No Gubernamental que representaban a las posibles víctimas de daños al ambiente causados por desechos industriales. *Cfr.* Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 41, p. 567.

52 Cappelletti, Mauro, "*La protección de los intereses colectivos o difusos*", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, p. 247.

53 Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 12, p. 212. Vasak explica que para muchos juristas los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos no eran derechos humanos, debido a que contradecían las leyes iusnaturalistas y a la vez existía la duda de si los derechos humanos "colectivos" podían oponerse tanto al Estado como a los particulares. *Cfr.* Vasak, Karel, "*Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*", v.1, España, Serbal/UNESCO, 1984, p. 227 ss.

mismos como verdaderos derechos autónomos, debido a que su titular no es el hombre en sí, sino la colectividad, muchas veces difícil de determinar.

Es importante analizar dos ordenamientos federales que preveían mecanismos parecidos a las acciones colectivas, los cuales fueron nobles intentos para defender derechos difusos, pero en la práctica no tuvieron éxito.

1.6.3. Las acciones de grupo previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

El 22 de diciembre de 1975 se creó la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) y actualmente la ley encargada de proteger los derechos de los consumidores es la Ley Federal de Protección al Consumidor⁵⁴. Previo a la reforma del 30 de agosto de 2011, el artículo 26 regulaba las “acciones de grupo” y la Procuraduría era la única legitimada para ejercer este tipo de acciones y no los grupos de consumidores directamente afectados, ya que tenían que solicitarle a la PROFECO el ejercicio de la acción de grupo, cómo lo resolvió así el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito⁵⁵. El contenido de dicho artículo establecía que la PROFECO tenía legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes acciones de grupo en representación de consumidores y conseguir sentencias que declararan que una o varias personas habían realizado conductas ilegales que ocasionaban daños o perjuicios a consumidores.

En este caso, las acciones de grupo tenían un carácter doble: eran *declarativas* ya que buscaban que el juez declarara que uno o varios proveedores habían ocasionado daños y perjuicios. El segundo carácter era el *de condena*, ya que a través de ellas la PROFECO pedía al juzgador que ordenara a los proveedores responsables reparar los daños y perjuicios a los interesados que acreditaran

54 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992.

55 Tesis I.4o.C.138 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2405, PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. LAS AUTORIDADES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE COMUNICARLE POSIBLES FALTAS DE SU INCUMBENCIA (APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN CIUDADANA POR MAYORÍA DE RAZÓN).

incidentalmente su calidad de consumidores afectados así como el monto de los daños y perjuicios sufridos⁵⁶. Además, la fracción II del mismo artículo, establecía una medida cautelar, ya que la Procuraduría estaba facultada para demandar ante los tribunales competentes, un mandamiento para impedir, suspender, o modificar la realización de conductas que ocasionen daños o perjuicios a consumidores⁵⁷.

La complejidad de la sociedad moderna y el desarrollo de las relaciones económicas con base en la producción y comercialización en serie de bienes y servicios dan lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades pueden afectar los intereses de una comunidad o de un grupo de personas, las cuales no encuentran una solución adecuada a través de acciones individuales⁵⁸. Las acciones de grupo no eran en si una acción colectiva, pero se asemejaban mucho a la acción colectiva individual homogénea que existe en Brasil, lo cual será analizado más adelante. Las acciones de grupo estaban diseñadas para proteger aquellos derechos de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. ¿Cuál era el problema? Sin duda, la “burocratización” de la justicia. La ley otorgaba únicamente legitimación a la Procuraduría Federal del Consumidor para interponer acciones que buscaban tutelar los intereses colectivos de los consumidores ya que, como lo señaló el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *“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,*

56 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 9, p.103.

57 *ídem*.

58 Ovalle Favela, José, *“Derechos de los Consumidores”*, México, Oxford University Press, 2008, p. 150.

*como por su falta de idoneidad para impedir a futuro los abusos denunciados, a favor de toda la comunidad de afectados*⁵⁹.

El artículo 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, lo que significa que tiene personalidad y patrimonio propio, por lo cual debería de ejercer sus funciones con autonomía. Sin embargo, desde 1997 la Procuraduría quedó bajo el control de la Secretaría de Economía, convirtiéndose en una dependencia de dicha Secretaría de Estado, lo que le ha restado dinamismo a su actuar. Esto demuestra porqué la Procuraduría Federal del Consumidor sólo interpuso diez acciones de grupo de las cuales sólo tres han tenido éxito⁶⁰, aunado a que el mecanismo previsto en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor era tedioso y nada funcional, además de que se dejaba a discreción de la Procuraduría la facultad de ejercer el mecanismo *“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 causarlos”*, como lo señaló en una tesis aislada el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito⁶¹.

59 Tesis I.4o.C.137 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2381, INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA.

60 La Procuraduría solamente ha interpuesto ante juzgados federales diez acciones de grupo en contra de Air Madrid, S.A., Líneas Aéreas Azteca, S.A. de C.V., Corporación Técnica de Urbanismo, S.A. de C.V., Aero California, S.A. de C.V., Consorcio Aviaxsa, S.A. de C.V., Graciano y Asociados, S.A. de C.V., Nokia de México, S.A. de C.V., Azcué Muebles, S.A. de C.V., Mupen, S.A. de C.V. y Construcciones y Edificaciones ANDHA, S.A. de C.V. http://www.profeco.gob.mx/juridico/a_grupo.asp.

61 Tesis I.4o.C.135 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2284, ACCIONES COLECTIVAS A FAVOR DE LOS CONSUMIDORES. LEGITIMACIÓN, COMPETENCIA Y OBJETO.

1.6.4. La denuncia popular prevista en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), otorga el derecho de denuncia en su texto normativo. En el capítulo séptimo de dicha ley, se regula la denuncia popular y además se establece que Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) tiene legitimación activa para intervenir en caso de que exista una afectación al interés público y ejercitar la acción civil o penal contra responsables de delitos federales ordinarios y delitos meramente ecológicos. Sin embargo, “la burocratización” y la falta de experiencia impidieron que este mecanismo tuviera el éxito deseado.

En un principio, el artículo 202 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente⁶² señalaba que la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, en el ámbito de sus atribuciones, estaría facultada para iniciar las acciones que procedieran, ante las autoridades judiciales competentes, cuando conocieran de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación ambiental. Ni en el artículo 202 ni en el capítulo VII de la LGEEPA, se regulaba una acción colectiva o procedimiento similar, sin embargo es interesante y al mismo tiempo importante constatar que al menos había un mecanismo previsto para la defensa de uno de los derechos difusos más importantes: el derecho y protección al medio ambiente.

Para el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito el procedimiento administrativo instaurado ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, con motivo de una denuncia regida por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, cuyo procedimiento reviste las características de una verdadera acción popular, se estima que las cuestiones respecto a la personalidad de las personas que realizaron dichas denuncias no tiene trascendencia, pues de conformidad con lo dispuesto por los artículos 189, 190 y 202 de la LGEEPA, en dicho procedimiento resulta intrascendente la

⁶² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de enero de 1998.

*personalidad de quien promueve la acción, toda vez que la denuncia popular puede ser presentada por toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades, por actos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales*⁶³.

Se piensa que la denuncia popular es el antecedente de la acción colectiva ambiental en nuestro país ya que se complementaba con el contenido del tan citado artículo 180 de la LGEEPA que tutela los derechos ambientales de personas afectadas ya sea de manera individual o colectiva. Este precepto permite otorgarle capacidad de acción a las comunidades afectadas en lo individual o colectivo para impugnar actos de autoridad que contravengan la legislación ambiental en México, sin más requisitos que demostrar en el procedimiento que se ha causado un daño a los recursos naturales, la flora, fauna silvestre, la salud pública o a la calidad de vida. Así, el fundamento jurídico de la denuncia popular se encuentra tanto en el artículo 189, como en el artículo 200 de la LGEEPA⁶⁴. Sin embargo, el problema de la denuncia popular es que jurídicamente constituía solamente una recomendación pública y autónoma emitida por la PROFEPA, mas no tenía efectos vinculantes y además se dependía del lento actuar de la Procuraduría.

Al igual que las acciones de grupo previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor, la denuncia popular prevista en la LGEEPA se vio entorpecida en gran medida debido a que se introdujo en el ámbito del derecho administrativo. Este ha crecido de manera monstruosa debido a que la tutela de los derechos de *tercera generación* se encomendó en un principio a organismos administrativos

63 Tesis VI.1o.A.244 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, p. 2808. PERSONALIDAD. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CUANDO SE ADUCE LA FALTA DE AQUÉLLA CON MOTIVO DE UNA DENUNCIA POPULAR PREVISTA EN LA LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE (INAPLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 4/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN).

64 Cfr. Gutiérrez Nájera, Raquel, *Introducción al Estudio del Derecho Ambiental*, 7ª ed. México, Porrúa, 2011, p. 486.

federales aún cuando existían diferentes mecanismos para tutelarlos, como las acciones colectivas.

CAPÍTULO II

LAS ACCIONES COLECTIVAS EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS: ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y LATINOAMÉRICA

2.1. ACCIONES COLECTIVAS EN NORTEAMÉRICA⁶⁵.

Los autores que iniciaron los procesos masivos o colectivos en Estados Unidos fueron los litigantes, al ampliar su actividad litigiosa en el año de 1966, al darse las reformas al procedimiento civil norteamericano. Con los cambios en las Reglas Federales para el Procedimiento Civil (*"Federal Rules of Civil Procedure"*), se creó una "ley modelo" la cual sirvió para reformar las normas de los Estados miembros de Estados Unidos y mejorar los procesos colectivos. Además, se buscó superar las enormes dificultades que entorpecían a las *"class actions"* y ampliar las materias aplicables, como por ejemplo en accidentes masivos, calidad en productos, responsabilidad ambiental, prácticas monopólicas, derechos de autor, marcas y patentes, quiebras, derechos de los consumidores, derechos de usuarios financieros, fraudes, derechos corporativos, discriminación laboral, etc⁶⁶. Las *"class actions"* permitieron que diversos sectores sociales que antes tenía negado el acceso a la justicia, pudieran ejercitar una acción judicial, ya sea para cobrar daños y perjuicios (*"damage class actions"*) o para impedir la violación de ciertos derechos humanos (*"injunctive class actions"*), como sucedió en los años 60's, al

65 Sería imposible analizar la experiencia en la defensa o tutela de derechos difusos, colectivos e individualmente homogéneos en los diversos sistemas jurídicos que existen en el mundo. Tampoco se quiere caer en el *"cliché"* de solamente explicar la experiencia de países occidentales. Existe mucha bibliografía que versa sobre los procesos colectivos en países asiáticos, así como de tradiciones jurídicas mixtas (Cfr. Gidi, Antonio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *"Procesos Colectivos"*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004). El objetivo de analizar la regulación de las acciones colectivas en Estados Unidos, Europa, Brasil, Argentina y Colombia se debe simplemente por la trascendencia e impacto que han tenido en sus ámbitos internos, la cercanía con México, las similitudes que existen con su sistema jurídico (el caso de los países latinoamericanos) y por el otro lado la "negativa" que ha habido en el continente europeo de utilizar las acciones colectivas en su ámbito interno y comunitario. Además, en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al artículo 17 Constitucional, se hacía hincapie en estos países debido al impacto y efectividad que han tenido.

66 Schuwerk, Robert P., *"An overview of class action litigation in the United States of America"*, en Ovalle Favela, José (coord.), *"Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo"*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p.134.

buscar la aplicación y respeto de las leyes norteamericanas de 1964 y 1965 que establecían los “*Civil Rights*”⁶⁷.

¿Quién tiene la legitimación procesal activa para interponer una acción colectiva en Estados Unidos? En primer lugar, las asociaciones de personas o individuos (“*associational standing*”). Estas asociaciones tienen la ventaja de especialización y generalmente poseen un grado más elevado de independencia frente a las ramas políticas del Estado⁶⁸. Las “*class actions*” iniciadas por sindicatos norteamericanos se engloban en este supuesto. Por lo general, el tipo de reclamos que realizan tiene como objetivo proteger cuestiones no monetarias; fallos con órdenes de hacer o no hacer (“*injunctive class actions*”). Sin embargo, es impensable poseer asociaciones para todos los intereses colectivos, las cuales muchas veces deben de tener requisitos preestablecidos (existencia previa a la interposición de una acción colectiva), lo cual acota la posibilidad de intervenir rápidamente o adaptarse al tipo de situación⁶⁹.

El segundo supuesto sería el procurador local o federal (“*attorney general*”), quien no tiene las funciones del Ministerio Público que existe en los sistemas jurídicos civilistas, sino que es un *fiscal* que actúa en nombre y en representación del gobierno (local o federal), el cual está facultado para interponer acciones colectivas en favor y beneficio del interés público de sus jurisdicciones, bajo el principio “*parens patriae*” o con el interés de proteger y preservar algo⁷⁰. En este caso la resolución que se busca suele ser una orden de hacer o no hacer (“*injunctive class action*”) o una que busque una indemnización por el daño causado (“*damage class action*”). El problema de las acciones colectivas interpuestas por el “*attorney general*” es que no tienen la especialización en los campos específicos a los cuales se refieren los nuevos derechos, aunado a la

67 Cabrera Acevedo, Lucio, “*El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*”, México, Porrúa, 2000, p. 21.

68 Cappelletti, Mauro, *op.cit.*, nota 52, p. 248.

69 *Ibidem*, p.249.

70 Cfr. Jolowics, J. Anthony, “*El procedimiento civil en el common law. aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX*”, en Cabrera Acevedo, Lucio (coord.), “*LXXV años de evolución jurídica en el mundo*”, v.III., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978, p.154.

“politización” de su actuar. La existencia de esta figura jurídica es una de las más nobles y valiosas que existen, ya que tiene como finalidad velar y proteger derechos de interés público (*“public interest litigation”*), los cuales muchas veces no suelen ser del interés de abogados postulantes privados.

El tercer supuesto es la acción colectiva invocada por cualquier ciudadano, siempre y cuando sea miembro de la “clase” o “categoría” y que el juez lo considere un representante adecuado para el grupo. Las acciones colectivas presuponen la imposibilidad de reunir a todos los miembros de la “clase o grupo” como parte demandante, evitan que grupos numerosos se presenten ante tribunales, para ahorrar tiempo real y de trabajo (*economía procesal*). ¿Cuál es la forma de costear el juicio cuando se inicia el procedimiento por uno de los propios afectados? A través de los abogados contratados. Como bien afirma Gidi, en el sistema estadounidense el verdadero representante de los intereses de grupo en el tribunal y hasta última instancia, es el abogado del grupo y no los miembros ni el representante del grupo. El abogado es abiertamente visto como un empresario y la acción colectiva es una inversión realizada por el postulante⁷¹. Esto ha puesto en debate la eliminación del miembro del grupo como un representante, dado la legitimación colectiva que tiene el abogado durante todo el proceso. En efecto, cuando la acción colectiva tiene como finalidad darle acceso a la justicia a cientos o miles de personas que tendrían negado este derecho por la poca cuantía de sus reclamos, el proceso colectivo se vuelve más interesante ya que la suma total de indemnización (*“damage award”*) sería muy elevada, y por ello un ejército de abogados estaría listo para asesorar al grupo⁷².

La persona que representa al grupo, es vista como la parte actora (*“the named plaintiff”*) y los demás miembros son vistos como los “innombrados” miembros de la clase. La misma acción colectiva es una demanda representativa; en vez de que sea nombrado al mandante o representante (que en los casos normales sería el

71 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p.8.

72 Fiss, Owen, *op.cit.*, nota 25, p.23.

abogado), este se autonombra para representar a la clase⁷³. Pero este autonombramiento no debe ser visto como un poder o mandato (“*proxy*”), sino solamente un instrumento par asegurar que el actor, efectivamente va ser lo suficientemente capaz de responder por el grupo⁷⁴. Tarea nada fácil⁷⁵.

2.1.1. Los requisitos previstos en la “*Rule 23*”.

La “*Rule 23(a)*” señala que una acción colectiva, con la finalidad de proporcionar un proceso justo, deberá cumplir con ciertos requisitos para obtener un correcto actuar por parte de los representantes sin afectar los derechos de los miembros no presentes en juicio.

Los requisitos son los siguientes: i) el grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos los miembros sea impracticable (“*numerosity*”); ii) deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (“*commonality*”); iii) las pretensiones o defensas del representante del grupo deben ser típicas o iguales a los de los miembros del grupo (“*typicality*”) y iv) los intereses del grupo deben estar adecuadamente representados en juicio (“*adequate representation*”)⁷⁶. Además de los requisitos previstos en la “*Rule 23(a)*”, si se busca interponer una acción colectiva del tipo “*23(b)*”, se debe cumplir al menos con uno de los dos requisitos previstos en esa subcategoría, siendo estos que la acción colectiva sea el medio superior para resolver la controversia (“*superiority*”) y la predominancia de la acción colectiva frente a las acciones individuales (“*predominance*”).

a. Impracticabilidad del litisconsorcio (“numerosity”).

73 Jolowicz hace una interesante distinción entre las “*class actions*” y el “*public interest litigation*”. En el primero, el representante del grupo busca la protección tanto de un derecho individual como los derechos de otras personas que representa. En la acción de interés público no se persigue la defensa de un derecho individual, sino de toda la comunidad y solamente protege al individual o actor en cuanto que es partícipe de tal comunidad, lo que se asemeja la acción popular en países “civilistas”. Cfr. Jolowicz, *op.cit.*, nota 70, p. 142.

74 Fiss, Owen, *op.cit.*, nota 25, p.25.

75 *Ibidem*, p.26.

76 Gidi, Antonio, “*Las acciones colectivas en Estados Unidos*” en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p.3.

La “Rule 23” no señala un número predeterminado de miembros *a priori* para cumplir con el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio, dado que la cuestión a regular no se basa realmente en un aspecto numérico. Se llega a pensar que las “*class actions*” son un sustituto del litisconsorcio, lo cual es erróneo, toda vez que los miembros de la acción colectiva no participan en la demanda en ningún sentido, ni siquiera eligen a su representante.

Cuando el grupo es extremadamente numeroso, el litisconsorcio es impracticable. Lo interesante es cuando el grupo es pequeño y el juez debe analizar cuestiones de hecho y de derecho, entre ellas el reducido valor de las pretensiones individuales de los miembros del grupo, lo cual en la práctica haría “antieconómica” la proposición de acciones individuales. Otro caso sería el de los grupos formados por personas vulnerables (por ejemplo niños, o personas con discapacidades físicas, mentales, intelectuales o financieras) o simplemente ignorantes de los hechos y del derecho⁷⁷. Al final, el número de miembros del grupo no constituye un factor determinante para que proceda la acción, ya que en realidad juegan otros factores como: i) la naturaleza y complejidad de la acción; ii) el monto individual de cada demanda; iii) la distribución geográfica de los miembros de la clase; iv) el carácter del derecho objeto del juicio, etc.⁷⁸

b. Cuestión común (“commonality”).

Deben existir cuestiones de hecho o derecho comunes los miembros del grupo para que pueda cumplirse el segundo requisito previsto en la “Rule 23”. Una de las finalidades de la acción colectiva norteamericana es juntar un gran número de personas, muchas veces indistinguibles, para que en juicio sean tratadas como una sola. Evidentemente, no todas las pretensiones de los miembros serán idénticas, pero basta que no causen perjuicio a algún otro miembro y que no obstaculicen la acción colectiva. Se han llegado a admitir acciones colectivas cuando se actualizan o registran patrones de conductas discriminatorias, aun

⁷⁷ *Ibidem*, p.4.

⁷⁸ Bianchi, Alberto, *op.cit.*, nota 19, pp. 62 y 63.

cuando ello haya afectado de diversas maneras a los miembros de la clase o grupo⁷⁹.

c. Tipicidad (“typicality”).

Este requisito señala que las pretensiones y defensas del representante del grupo sean típicas a los hechos que hacen valer los miembros del grupo. Además de la existencia de cuestiones comunes entre los miembros del grupo, es necesario que el representante del grupo tenga los mismos intereses y haber sido afectado como un miembro del grupo. Por ello, el representante promueve en su propio nombre y en nombre de todas las personas en situación similar (“*sue on behalf of himself and all others similarly situated*”)⁸⁰. Al final, lo que busca salvaguardar la ley, es que ninguna pretensión o interés de algún miembro sea descuidado en el proceso y vincular todas las pretensiones debido a que el representante es uno de ellos, es también un afectado y miembro del grupo.

d. Representación adecuada (“adequate representation”).

En la teoría y práctica este es el requisito más importante ya que su objeto es buscar el respeto del debido proceso⁸¹, toda vez que existen miembros ausentes y su finalidad es que la sentencia pueda vincular a todos los miembros del grupo. Se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes en juicio a través del representante, quien es una especie de “portavoz”, con el objetivo de

79 *Ibidem*, p. 64. Respecto a este requisito, resulta interesante el caso “*Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*”, el cual fue resuelto el pasado 20 de junio de 2011 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Betty Dukes junto con otras cuatro mujeres demandaron a las cadenas comerciales en las que trabajan debido a que dichas empresas no respetaban sus derechos laborales, por diferencias salariales, de prestaciones y ascensos en razón de su sexo. En una cerrada decisión (cinco votos en contra y cuatro a favor), el Máximo Tribunal norteamericano resolvió en contra de las demandantes, al señalar que el requisito de “*commonality*” no fue debidamente probado. Con un fallo favorable, cerca de 1.6. millones de mujeres hubieran sido beneficiadas, toda vez que Wal-Mart es la empresa minorista más grande del mundo. *Cfr.* “*Supreme Court of the United States*”, syllabus “*Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes et al*”, <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277.pdf>

80 Gidí, Antonio, *op.cit.*, nota 76, p. 6.

81 El derecho al debido proceso se encuentra expuesto en las V y XIX enmiendas de la Constitución norteamericana. Implica la facultad que tiene la persona afectada de ser presentada ante un tribunal y presentar su defensa antes de ser privado o ver disminuida su libertad o propiedad. El afectado debe ser escuchado, tener por ofrecidas sus pruebas y testimonios, de tal modo que nunca pueda ser privado de su libertad si no se agotan previamente las formalidades de su defensa. *Cfr.* López Monroy, José de Jesús, “*Sistema jurídico del common law*”, 5ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 8

garantizar que el posible resultado obtenido en el juicio colectivo no difiera de los posibles resultados que se obtendrían individualmente. En la práctica, los jueces se han sometido a la realidad, ya que el verdadero portavoz del grupo es el abogado de la acción colectiva, debido a que muchas veces el representante no muestra interés en participar activamente, ni tiene los conocimientos o pericia para hacerlo, por lo cual deja de participar una vez que es certificada la “*class action*”. Pero al haber intereses tan altos, la conducta del abogado debe ser y es vigilada por el juez durante toda la sustanciación del juicio. Mauro Cappelletti señala que el juez debe determinar que el actor sea miembro de una “clase” de personas cuyo interés ha sido llevado a juicio y que acciona, precisamente, en beneficio del interés de la misma clase, como un “adecuado representante” aun cuando no haya sido formalmente investido de tal representación⁸².

e. Superioridad (“superiority”) y predominancia (“predominance”).

El requisito de “*superiority*” se actualiza cuando queda demostrado que la acción colectiva es el mejor medio para hacer valer un derecho. El juez deberá determinarlo al tomar en consideración que: i) hay miembros del grupo que podrían presentar sus demandas de forma individual; ii) si existen otros litigios de miembros del grupo; iii) si existe un deseo de concentrar todos los reclamos en un solo foro; iv) las dificultades de no llevar una acción colectiva. Al considerar estos factores, el juez hace un análisis de la necesidad y viabilidad de utilizar la acción colectiva y determinará si la demanda colectiva es el medio *superior* o el mejor mecanismo para resolver la controversia⁸³.

El requisito de predominancia (“*predominance*”) se refiere a que en cada acción colectiva, las cuestiones de hecho y de derecho son comunes a todos los miembros de la clase y *predominan* sobre cualquier hecho que afecte de manera

82 Cappelletti, Mauro, “*Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 31-32, enero-agosto, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978, p. 26.

83 Fiss, Owen y John Bronsteen, “*The Class Action Rule*”, *Notre Dame Law Review*, Estados Unidos, vol. 78, núm. 5, 2003, p. 1424.

individual a cada miembro del grupo⁸⁴. En las acciones colectivas del tipo “(b)(3)”, es necesario que las cuestiones de hecho o de derecho, predominen a los intereses individuales, con la finalidad de comprobar su viabilidad en la certificación⁸⁵.

2.1.2. Tipos de “class actions” previstas en la “Rule 23”.

Además de los requisitos previstos en la ley, el representante del grupo y muchas veces la contraparte, deberán demostrar y convencer al juez, el “tipo” o “categoría” de acción colectiva que se busca hacer valer. No existe propiamente una clasificación de las acciones colectivas, pero cada subdivisión o subcategoría de la “Rule 23”, determinará el caso específico, debido a que el derecho norteamericano no ha creado especies o clasificaciones abstractas de intereses o derechos subjetivos, tales como derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos, propios de sistemas jurídicos de tradición romanista. Antonio Gidi explica que *“los abogados en las jurisdicciones del “common law” piensan en la ley en términos de tipos de acciones o tipos de hechos, los abogados civilistas piensan en “tipos de derechos sustantivos”*⁸⁶.

La primera lectura de la “Rule 23(b)” puede ser confusa y ambigua, por ello se optó por “desmenuzar” los supuestos previstos en cada subcategoría, debido a que cada una tiene ciertas particularidades.

a) “Rule 23 (b)(1)”.

Las acciones colectivas previstas en esta “categoría” están orientadas hacia las pretensiones de carácter declarativo o inhibitorio (“*injunctive class actions*”). Este tipo de acciones colectivas se crearon para evitar daños o dificultades a los miembros del grupo derivadas de decisiones incompatibles y generadas por la presentación de una multiplicidad de acciones individuales en vez de una sola

84 *Ídem*.

85 Schuwerk, Robert P., *op.cit.*, nota 66, p. 154.

86 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p.52.

controversia colectiva⁸⁷. Esta categoría tiene una subdivisión. La “*Rule 23(b)(1)(A)*”, permite la acción colectiva conocida como “*incompatible standards class actions*”, la cual es utilizada en los casos en que se puede someter a la contraparte del grupo a ciertos estándares debido a la posible existencia de múltiples acciones individuales, por lo cual, una mejor solución es que se trate de modo uniforme a los miembros del grupo. Esta acción colectiva se ha utilizado para invalidar contribuciones, para reclamar un servicio a empresas de seguros o de telecomunicaciones o en el caso en que accionistas reclaman ciertos derechos corporativos. La otra subdivisión es la prevista en la “*Rule 23(b)(1)(B)*”, la cual se interpone bajo el argumento de que los miembros del grupo podrían ver afectados sus derechos debido a una acción que es interpuesta de manera individual. Esta acción colectiva es conocida como “*limited fund class action*” y se utiliza en los casos en que se demanda a una empresa que no pudiera tener dinero suficiente para pagar la indemnización a la cual fue condenada. Por ello y por su propia naturaleza, se limita el derecho de “*opt out*” o autoexclusión, toda vez que al permitir este derecho se podría obstaculizar la efectividad de la acción colectiva. Este tipo de acciones colectivas están encaminadas a resolver un problema común: evitar que las demandas derivadas de pequeños daños sufridos consuman todo el fondo o capital de una empresa, sin que todos los afectados puedan ser indemnizados⁸⁸.

b) “*Rule 23 (b)(2)*”.

Las acciones colectivas de esta categoría se dan debido a que el demandado, realizó algo, se negó a actuar o dejó de ejercer un deber legal, lo cual afectó a los miembros del grupo. Esta acción es conocida como “*injunctive class action*” y “*declaratory class action*”. Su aplicación es clara en cuanto a las acciones colectivas que se hacen valer para proteger los “*civil rights*”, ya sea por cuestiones de discriminación, protección al medio ambiente, segregación racial, o que involucre cualquier situación controvertida que pueda solucionarse a través de una

87 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 76, p.12.

88 Schuwerk, Robert P., *op.cit.*, nota 66, p.163.

decisión declaratoria o inhibitoria⁸⁹. El comité responsable de las reformas de 1966 explicaba que las acciones colectivas que emanan de la fracción (b)(2) surgían del litigio que buscaba la protección y respeto de los derechos civiles que empezaban a surgir en esa época y que apenas empezaban a tener *forma*⁹⁰.

c) “Rule 23 (b)(3)”.

Estas acciones tienen como finalidad pretensiones de carácter pecuniario o indemnizatorio, conocidas como “*class actions for damages*”. Por su naturaleza, es la más controversial. El representante del grupo debe demostrar que la acción colectiva es la mejor técnica o medio para solucionar la controversia y con ello cumplir con el requisito atípico conocido como “*superiority*”. Además, las cuestiones de hecho y de derecho deben ser comunes a todos los miembros de la clase y predominar sobre cualquier hecho que afecte de manera individual a cada miembro del grupo (“*predominance*”). Una vez iniciada la acción colectiva, debe notificarse a todos los miembros posibles del grupo, con la finalidad de darles la oportunidad de excluirse si así lo desean⁹¹.

Los requisitos antes mencionados determinan el tipo o categoría de acción colectiva; algunas están encaminadas a tutelar derechos constitucionales o civiles y otras buscan obtener una compensación económica. Es posible que una acción colectiva pueda encuadrar dentro de una o más categorías, lo cual no obstaculizará su procedencia⁹².

89 Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 76, p.14.

90 Fiss, Owen y John Bronsteen, *op.cit.*, nota 83, p. 1433. Uno de los casos más importantes respecto a las “*class actions*” norteamericanas en contra de la discriminación racial es “*Brown vs. Board of Education*”. En el año de 1954, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió la “*class action*” interpuesta por los padres de Linda Brown, en representación de ella y de todos los estudiantes afroamericanos víctimas de la discriminación racial. La Corte resolvió a favor de los demandantes, al declarar que la existencia de sistemas escolares segregados (unos para blancos y otros para negros) era inconstitucional ya que violaba el principio de igualdad o de protección de la ley. *Cfr.* Bianchi, Alberto, “*Control de Constitucionalidad*”, 2ª ed., Argentina, Ábaco de Rodolfo Depalma, t. 2, 2002, p. 130.

91 Bianchi, Alberto, *op.cit.*, nota 19, p. 76.

92 *Ibidem*, p. 80.

2.1.3. La certificación, notificación y otros aspectos procedimentales.

Certificación.-

La “*Rule 23*” contempla una primera etapa que debe llevar acabo el juez cuando se le presenta una acción colectiva, que inicia al corroborar si el actor (“*plaintiff class*”) en verdad existe; si sí existe analizará si se cumplen con los requisitos previstos en la ley (“*Rule 23 (a)*”) y en caso de que sí se cumplan todos los requisitos será analizado el posible actuar del representante del grupo y su abogado. Este procedimiento o estudio previo es conocido como la “*class certification*”⁹³. En Estados Unidos la certificación (“*certification*”) de las acciones colectivas es negada en numerosos casos por el miedo de que los intereses de los miembros ausentes no sean atendidos⁹⁴. En caso de que el juez decida negar la certificación, la acción colectiva no quedará extinta y podrá proseguir en forma individual. La certificación es una decisión de naturaleza eminentemente procesal que se refiere a la efectiva procedencia de la acción en forma colectiva⁹⁵. Es tan importante la certificación dado que con ella se transforma una masa amorfa de individuos en una entidad jurídicamente reconocida, la cual se apersona en juicio para exigir un derecho. Es una decisión crucial en el proceso, permitirá que la sentencia tenga efectos generales o “*erga omnes*”. Una vez que el juzgador decide certificar la acción colectiva, el poder de negociación del grupo incrementa considerablemente, lo que permite que el demandado busque o esté en disposición de negociar y llegar a un arreglo o convenio (“*settlement*”).

La disputa entre las partes sobre la certificación, en general, es una de las más áridas batallas en una “*class action*”. El demandado se opone ferozmente y se levantan todas las objeciones imaginables para impedir la certificación. Es una gran responsabilidad la que tiene el juez ya que, si no existiera otra técnica alternativa para la solución de una controversia, negar la certificación de una acción colectiva sería como negarle el acceso a la justicia a miles de personas.

93 Schuwerk, Robert P., *op.cit.*, nota 66 p. 136.

94 Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p.112.

95 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 76, p. 16.

Basta imaginar la denegación de una certificación derivada de una acción colectiva en la que hay de por medio cientos o miles de pequeños reclamos económicos. Si fuera negada la certificación de la acción colectiva, difícilmente los afectados decidirían litigar un asunto en el que los honorarios de los abogados serían mayores a la cuantía del reclamo. Con fundamento en la “*Rule 23 (f)*”, existe la posibilidad de apelar la decisión de certificar o no una acción colectiva y en caso de que el juez dude la procedencia de la certificación, deberá resolver a favor de ésta.

Notificación.-

En cualquier proceso, la notificación siempre será un problema para el actor y una carga de trabajo para el juzgado. En las acciones colectivas cobra especial relevancia una adecuada o al menos aceptable notificación. El hecho de que existan personas que ni siquiera podrían estar enteradas de que serán defendidas en juicio es crucial, a tal grado de que en caso de que la acción colectiva no fuese exitosa, no podrá posteriormente reclamar en lo individual lo mismo que fue previamente reclamado en la acción colectiva. La notificación (“*notice*”) informa a una buena parte de la colectividad lo que estará en controversia y les da la oportunidad de manifestar lo que a su derecho convenga y en su caso, optar por autoexcluirse de la “*class action*” (“*opt out*”). Uno de los casos más citados en la literatura norteamericana sobre acciones colectivas es el caso *Eisen v. Carlisle & Jaquelin*. Aquí, lo que se presentó fue la disputa teórica sobre lo que debe de prevalecer, la notificación individual o colectiva. En esta acción colectiva había por lo menos 6’000,000 de afectados, de los cuales eran fácilmente identificables por nombre y dirección 2’250,000 miembros. Desgraciadamente, en ánimos conservadores y ortodoxos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ordenó que se notificaran esos 2’250,000 miembros, lo cual tuvo un costo de \$225,000 dólares, gasto que tuvo que ser financiado por el representante de la acción colectiva⁹⁶.

96 Fiss, Owen, *op.cit.*, nota 74, p.27.

El objeto de la notificación (“*notice*”) es informar a los ausentes sobre la proposición y certificación de una acción colectiva. Al final, se exige solamente que se haga un esfuerzo genuino para informar a los miembros ausentes, lo cual puede ser realizado vía correo, avisos radiofónicos, televisivos, páginas web o por cualquier otro medio que verdaderamente hubiera podido llegar al conocimiento de algún miembro afectado. El problema de una insuficiente o inadecuada notificación podría repercutir en los efectos de la sentencia y no vinculará a todos los miembros del grupo.

Existe una distinción en el tipo de notificación que se debe practicar en cada tipo o categoría de acción colectiva. En las “*class actions*” del tipo “(b)(1)” y “(b)(2)”, el requisito de notificación es menos rígido⁹⁷. En las acciones colectivas del tipo “(b)(3)” se ha establecido el requisito de notificar personalmente a la mayoría de los miembros del grupo, lo cual puede tener un costo muy elevado. Sin embargo, al final lo que determinará la rigidez de la notificación personal de los miembros será el caso en concreto y la discrecionalidad del juez.

Cosa juzgada.-

En las acciones colectivas, el grupo está presente en juicio, por lo cual la sentencia que pronuncie el juez vinculará a todos sus miembros. El efecto vinculante de las sentencias (“*erga omnes*”) y el efecto de cosa juzgada (“*res judicata*”), es parte de la esencia de la acción colectiva. Por “*erga omnes*” se entiende que la resolución pronunciada abarca a todos, hayan sido parte o no, se encuentren mencionados u omitidos en la relación (vínculo) que se haga o exista⁹⁸. Dicho de otro modo, es la eficacia que tienen determinados actos, frente a todos, aún aquellos que no son parte en los mismos⁹⁹. La “*Rule 23*” señala que cualquier resolución derivada de una acción colectiva tendrá efecto sobre todos los miembros si fue certificada la acción, aún y cuando no fueron notificados o no tuvieron la oportunidad de participar o autoexcluirse. El efecto vinculante de la

97 Bianchi, Alberto, *op.cit.*, nota 19, p. 88.

98 Cabanellas de Torres, Guillermo, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, 17 ed., Argentina, Heliasta, 2005, p. 146.

99 De Pina Rafael y Rafael de Pina Vara, “*Diccionario de Derecho*”, 27ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 271.

sentencia para quienes no han sido parte en el proceso, se vuelve una cuestión “medular”, ya que se ve sacrificado el derecho individual, ante una exigencia de carácter general¹⁰⁰.

Integración del grupo (“opt out” y “opt in”). -

Para que tenga efectos vinculatorios la sentencia de una acción colectiva, se creó la ficción jurídica de que estaban presentes en juicio todos los miembros de la clase. Si un miembro del grupo no está de acuerdo con la futura actuación del representante de la acción colectiva puede excluirse del procedimiento y preservará su derecho para litigar sus reclamos de manera individual¹⁰¹. El gran problema son los miembros ausentes, los cuales no tienen “ni voz ni voto” en la sustanciación del juicio, por lo cual se crearon tres técnicas para velar sus intereses.

La primera es la de presencia obligatoria conocida como “*mandatory class action*” o “*no opt out class action*” que se actualiza en los tipos “*b(1)*” y “*b(2)*” de la “*Rule 23*”. Esta técnica se da en los juicios donde la pretensión del grupo es de naturaleza indivisible y en los casos de una posible insolvencia económica del demandado, en los cuales todos los miembros estarán presentes y no podrán excluirse del juicio. La segunda técnica es conocida como “*opt in*”, en la que se considerarán como miembros del grupo sólo las personas que busquen o soliciten ser parte del proceso colectivo. El problema de este método es que por falta de conocimiento o información, muchas personas pueden quedar excluidas del juicio. La tercera técnica es la de “*autoexclusión*” u “*opt out*”, a través de la cual se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio y se condiciona su exclusión a una manifestación expresa¹⁰². Este método permite que el grupo sea más amplio, toda vez que los miembros permanecerán como tales en ausencia de cualquier acto en contrario. Aún cuando el porcentaje de autoexclusión sea muy bajo, es importante que existan mecanismos que permitan

100 Bianchi, Alberto, *op.cit.*, nota 19, p.97.

101 Fiss, Owen y John Bronsteen, *op.cit.*, nota 83, p. 1441.

102 Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 27, pp. 21 ss.

a los miembros decidir si quieren ser parte del juicio colectivo o no. Es una concesión a la individualidad de los miembros del grupo y al interés de cada uno de ellos¹⁰³. Los tribunales federales permiten el derecho de autoexclusión solamente en las acciones colectivas del tipo “(b)(3)”. Como se comentó, las acciones colectivas del tipo “(b)(1)” y “(b)(2)” no tienen este derecho¹⁰⁴.

Competencia.

Hay acciones colectivas con requisitos más específicos como las del tipo “(b)(3)”, las cuales pueden ser conocidas por tribunales federales si las cuestiones de derecho o de hecho, son comunes a todos los miembros del grupo, si predominan sobre las que afectan sólo a unos cuantos de sus miembros y también cuando el juez estima que la acción colectiva es superior a cualquier otro mecanismo procesal¹⁰⁵. Se han dado además muchos precedentes y reformas a las leyes para especificar la competencia de los tribunales. Un claro ejemplo, es la creación de la “*Class Actions Fairness Act*” de 2005 (mejor conocida como “CAFA”). Con dicha ley, la jurisdicción y competencia de temas federales se agrandó, lo que ha permitido que acciones colectivas de diversas materias y con un valor de \$5'000,000 de dólares en disputa, sea competencia del fuero federal¹⁰⁶. El fuero muchas veces será definido por la estrategia legal del abogado del grupo, quien por sus conocimientos, pericia y agudeza, sabrá en que fuero será más adecuada la sustanciación de la acción colectiva, al tomar en cuenta diferentes factores, entre ellos la cuantía en disputa, el tamaño del grupo o clase, la familiarización con los juzgados locales y federales, o el criterio de los jueces que pudieran conocer el juicio.

Desistimiento y transacción.

El desistimiento o la celebración de una transacción (“*settlement*”) no se puede realizar sin la aprobación del tribunal que conozca la sustanciación de la acción

103 Fiss, Owen y John Bronsteen, *op.cit.*, nota 83, p. 1422.

104 Anscombe, J. Anthony y Alison Williams, “USA”, “*Class & Group Action 2010*”, Inglaterra, GLG, 2009, p. 152.

105 Jolowics, J. Anthony, *op.cit.*, nota 70, p.154.

106 Piché, Catherine, *op.cit.*, nota 26, 2009, p. 122.

colectiva. Además, se deberá notificar a todos los miembros de la clase, en la forma en la que tribunal lo determine, para informar las causas del desistimiento o los términos de la transacción o convenio al que hayan llegado las partes. Las acciones colectivas norteamericanas llegan a ser procesos costosos y cansados, aunado a que el grupo en si se vuelve poderoso y con un mayor nivel de negociación frente al demandado. Es por ello que surjan negociaciones para llegar a un convenio previo a la certificación. Al final, el desistimiento de la acción o la celebración de un convenio pueden llegar a afectar los derechos de los miembros que nunca estuvieron enterados de la existencia de la acción colectiva y con ello obstaculizar sus derechos para demandar individualmente. Al revisar el convenio, el juez ordenará se notifique y otorgará a los miembros no presentes la posibilidad de autoexcluirse¹⁰⁷. El tribunal debe determinar también que el “*settlement*” es justo, adecuado, razonable y no es resultado de los intereses del representante de la acción colectiva y de la parte demandada¹⁰⁸. Una gran parte de las acciones colectivas que llegan a tribunales y que sobreviven la certificación, son resueltas por convenios y no por sentencias¹⁰⁹.

2.1.4. La trascendencia de las “*class actions*” en Estados Unidos.

Al reformarse las Reglas Federales para el Procedimiento Civil, el número de acciones colectivas en Estados Unidos incrementó considerablemente, lo que convirtió a las “*class actions*” en un valioso instrumento para la administración de justicia y permitió que cientos de pequeños reclamos fueran resueltos. Las “*class actions*” norteamericanas tienen tres objetivos que las vuelven un mecanismo único en relación a la tutela de derechos colectivos. Primero, brindan *economía procesal* ya que permiten que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas sean sustituidas por una sola y única demanda. Esto trae beneficios en cuestión de ahorro de tiempo y dinero para el grupo, para el Poder Judicial y para el demandado. El segundo objetivo es el *acceso a la justicia*. Muchos derechos podrían parecer poco “justiciables” por su propia naturaleza y por la cuantía de lo

107 Fiss, Owen y John Bronsteen, *op.cit.*, nota 90, p.1449.

108 Anscombe, J. Anthony y Alison Williams, *op. cit.*, nota 104, p.155.

109 *Cfr.* Schuwerk, Robert P., *op.cit.*, nota 66, p. 143.

reclamado. Las acciones colectivas en Estados Unidos han permitido que cientos o miles de personas que ni siquiera podían saber que sus derechos fueron violados o simplemente que no contaban con la iniciativa, la independencia o la organización necesaria para hacerlos valer en juicio, pudieran reclamar ante un tribunal sus derechos¹¹⁰. El tercer objetivo es la *efectividad* de estos mecanismos, lo que ha permitido la mejora de políticas públicas. El actuar de un juez en el sistema jurídico norteamericano es totalmente diferente al que tiene un juez de tradición jurídica civilista. El juzgador norteamericano no solo resuelve controversias, sino que sus fallos son retomados y crean políticas públicas que justifican y rectifican el actuar de las personas y de la misma autoridad administrativa¹¹¹.

Antonio Gidi señala que el poder judicial norteamericano juega un importante papel político y social. Los jueces crean políticas públicas de carácter sustantivo y regulan a la sociedad por medio de los precedentes dictados en sentencias de litigios privados y públicos¹¹². Tan es así, que la cultura política norteamericana ha apoyado la ideología del litigio como una efectiva y positiva forma de regular la sociedad. La tradición jurídica del “*common law*”, se creó originalmente (y además ha crecido y mejorado) gracias a los jueces que razonan cuidadosamente entre un caso y otro, al crear un cuerpo de normativo que obliga a los jueces posteriores a decidir los casos similares de manera análoga, a través de la doctrina “*stare decisis*”¹¹³. La regla que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga su observancia en todos los casos futuros similares o análogos, se basa en esa doctrina¹¹⁴. Las acciones colectivas han generado muchos precedentes, toda vez que la “*Rule 23*” no es suficientemente para resolver todas las controversias que se llegan a dar.

110 Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 76, p. 2.

111 Merryman, John Henry, *op.cit.*, nota 1, p.72.

112 Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 7

113 Merryman, John Henry, *op.cit.*, nota 1, p.72.

114 Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *op.cit.*, nota 15, pp. 120 y 121.

Los efectos de las “*class actions*” pueden ser dos: las “*damage class actions*”, que tienen como finalidad reclamar el pago en dinero por daños y perjuicios y las “*injunctive class actions*”, las cuales buscan dar ordenes, prohibiciones o la suspensión de actos, sin fines pecuniarios e impedir la consumación de actos que causan una afectación.

Para Mauro Cappelletti, las “*class actions*” norteamericanas, han permitido una “metamorfosis” en el procedimiento civil estadounidense, debido a que con estos procesos¹¹⁵: i) se modifica el alcance del debido proceso legal (“*due process*”), ya que si se tuvieran que dar todas las manifestaciones del debido proceso, sería imposible la sustanciación de las “*class actions*”; el sentido de la “*res judicata*” debe tener efectos generales y vinculantes para todos los miembros de la *clase* y iii) se da un gran cambio en la *concepción del daño*, ya que ahora el daño es resarcible de forma global a los afectados.

La “*Rule 23*” es perfectamente simétrica; no existe impedimento alguno que limite la posibilidad de que una persona demande a una colectividad. Sin embargo, en palabras de Owen Fiss, “*los casos en que la parte demandada es el grupo, son tan raros como los unicornios*”¹¹⁶. En efecto, bajo la “*Rule 23*” es posible demandar a un grupo, pero estas acciones colectivas pueden incurrir en el grave problema de que el actor escoja de forma inadecuada al representante del grupo, el cual puede estar no calificado para serlo o que no tenga ningún interés en serlo. Aún así, son muy raras las acciones colectivas “pasivas” y a lo largo de este trabajo no se ha encontrado información de alguna¹¹⁷.

Las “*class actions*” presuponen cierta *clase* de casos o litigios susceptibles de ser sustanciados en un solo juicio, una clase de litigios que, como señala la doctrina estadounidense, son susceptibles de un tratamiento común o “*class treatment*”¹¹⁸. Tamayo y Salmorán opina que las “*class actions*” son un instrumento probado de

115 Cappelletti, Mauro, *op.cit.*, nota 103, p.251.

116 Fiss, Owen y John Bronsteen, *op.cit.*, nota 19, p.1422.

117 Schuwerk, Robert P., *op.cit.*, nota. 66, p.135.

118 Tamayo y Salmorán, Rolando, *op.cit.*, nota 16, p. 151.

control de la administración y un medio apto para la consecución del Estado de bienestar; un medio para la implementación de las decisiones establecidas en normas pragmáticas¹¹⁹.

Al final, el uso intensivo de las acciones colectivas en Estados Unidos ha generado dos efectos: el primero sobre los tribunales, especialmente en la Corte Suprema, debido a que se ha convertido en una “tercera instancia”, lo que ha asemejado su tarea a un cuerpo legislativo. El segundo efecto sería en la abogacía, al crear uno de los ejercicios más nobles e interesantes del ejercicio profesional del abogado norteamericano: la defensa de los intereses públicos (“*public-interest advocacy*”), lo cual ha permitido la enorme ayuda a personas que por cuestiones económicas no podían acudir a tribunales en la defensa de sus derechos¹²⁰.

2.2. LA UNIÓN EUROPA Y LAS ACCIONES COLECTIVAS.

En Europa, las acciones colectivas no han tenido un gran auge como en Estados Unidos, ni el interés que los países latinoamericanos han demostrado sobre procesos colectivos. En estricto sentido, las acciones colectivas sí existen en Europa, las cuales pueden ser interpuestas por organizaciones civiles o por autoridades públicas, sin embargo son inexistentes aquellas que son interpuestas por miembros individuales del grupo afectado¹²¹.

Actualmente, en casi todos los países miembros de la Unión Europea, es posible presentar acciones colectivas respecto a violaciones en materia de derechos de consumidores¹²², pero, la acción colectiva con fines indemnizatorios es bastante rara y prácticamente inexistente. Resulta curioso ver que en Europa existe una gran preocupación por la defensa del consumidor pero no se ha decidido

119 *Ibidem*, p.158.

120 *Cfr.* Bianchi, Alberto, *op.cit.*, nota 19, p.49.

121 Lindblom Per Henrik y Robert Nordh, “*La ley sueca de procedimientos de grupo*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p.97.

122 Vitonen, Klaus, “*Las acciones colectivas en Finlandia*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p.134.

implementar ningún mecanismo sistemático, con reglas establecidas que pueda ser utilizado por los mismos afectados de un grupo.

En los años 70's, varios países europeos mostraron un gran interés en tutelar derechos difusos o colectivos. En Francia se publicaron dos importantes leyes que daban legitimidad al Ministerio Público para combatir delitos raciales y para permitir que asociaciones privadas pudieran proteger intereses colectivos de consumidores ("*Loi Royer*" del 27 de diciembre de 1973 y la Ley del 1° de julio de 1972)¹²³. En 1970, se creó en Suecia el "*ombudsman*" de los consumidores, quien estaba facultado para iniciar procedimientos ante tribunales mercantiles en contra de abusos comerciales y publicitarios en perjuicio de los consumidores. En el Estado federal de Baviera, en Alemania, toda persona física o jurídica estaba legitimada para accionar ante la Corte Constitucional bávara contra los actos legislativos que lesionaran sus libertades fundamentales y la sentencia que se emitiera tenía efectos "*erga omnes*" lo cual era una eficaz acción popular protectora de derechos fundamentales. En marzo de 1972, el Consejo de Estado italiano, reconoció la legitimación procesal de la asociación privada "*Italia Nostra*" para defender y salvaguardar el patrimonio histórico, artístico y natural, contra un permiso administrativo que había autorizado la construcción de una carretera en las cercanías del Lago Tovel en Trento, Italia¹²⁴.

Uno se puede dar cuenta que los consumidores adquirieron una "conciencia de categoría" y comenzaron a promover la formación de asociaciones para agrupar experiencias e información, instruirse en cuanto a su competencia técnica y sobre todo comenzaron a presentarse frente a los empresarios como interlocutores fuertes¹²⁵. Con la creación de la Unión Europea, la defensa comunitaria era importante y además urgente. A la fecha, se han publicado diversas Directivas¹²⁶ con la finalidad de proteger los derechos de consumidores, sin embargo no han

123 Cfr. Cappelletti, Mauro, *op.cit.*, nota 82, p. 30.

124 *Ibidem*, pp. 13 ss.

125 *Ídem*.

126 Las directivas son textos legales que establecen objetivos a los Estados miembros, texto que deberán incorporar en su ámbito interno.

tenido el éxito esperado o apenas comienzan a tomar cierta relevancia. Tres ordenamientos son los ejemplos más significativos, los cuales se describen a continuación:

*“Libro verde” sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*¹²⁷.-

Este *libro verde*¹²⁸ fue uno de los primeros ordenamientos que trataron de analizar la situación continental respecto a la protección de los consumidores. Se empezaba a sentir la preocupación de que al crearse un mercado único, existirían muchos litigios en materia de consumo, por lo cual, este ordenamiento fue un intento de prever las posibles dificultades y asentar preguntas claves, como por ejemplo quién estaría facultado para resolver una controversia, quién tendría legitimación para interponer una demanda y cuál sería el foro para la sustanciación de los procesos. Frente a todo ello, se presentaba un tema de gran relevancia: el futuro litigio comunitario *“transfronterizo”* o *“transnacional”*. Además, permitía la posibilidad de que diversos intereses colectivos fueran defendidos por organizaciones de consumidores.

Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.-

El 11 de junio de 1998 fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas la Directiva 98/27/CE, la cual es el intento más citado en la doctrina por ser el más ambicioso en armonizar la defensa de los consumidores en el viejo continente. La Directiva esta basada en el hecho que existen entidades a nivel nacional que protegen los intereses de los consumidores llamadas *entidades competentes*. Estas pueden ser grupos privados, aunque también pueden ser entidades públicas independientes como el Director General de Comercio Justo

127 COM(93)576, de fecha 16 de noviembre de 1993.

128 Los *Libros Verdes* son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema en específico. Los *Libros Verdes* invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan y pueden dar origen a iniciativas legislativas que se reflejan en *Libros Blancos*.

(“*Office of Fair Trading*”) en el Reino Unido o el Defensor de los Consumidores en Suecia y Dinamarca¹²⁹. Esta Directiva tiene como propósito otorgar a las *entidades competentes* el derecho de solicitar una orden para prohibir las violaciones a los diferentes ordenamientos descritos en el anexo de la misma Directiva¹³⁰.

La asociación que buscaba ejercer una “acción colectiva” debía solicitar al Estado Miembro que informara a la Comisión Europea del hecho ilícito para que pudiera ejercer la acción intentada. La Comisión incluía el nombre de la *entidad competente* y lo publicaba en el Diario Oficial Europeo. Lo anterior pudiera parecer un tipo de “certificación” para ejercer una *cuasi* acción colectiva. La sociedad europea está acostumbrada a crear asociaciones civiles con la intención de proteger diversos derechos colectivos, las cuales tienen una gran popularidad y permiten la organización de individuos, pero es evidente que el procedimiento a seguir es muy tedioso y poco efectivo. Sin embargo, es una directiva que puede conllevar a una sentencia con efectos de *suspensión o cesación*¹³¹ (“*injunctive effects*”), pero que apenas está en su primera etapa de creación¹³².

129 Jongbloed, W. Anthonie, “*Las acciones colectivas en Holanda*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p.197.

130 Directiva 84/450/CEE, que trata sobre publicidad engañosa; Directiva 85/577/CEE, sobre la protección de consumidores en caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo; Directiva 89/522/CEE, sobre el ejercicio a actividades de radiodifusión televisiva; Directiva 90/314/CEE, sobre viajes, vacaciones y circuitos combinados; Directiva 92/28/CEE, sobre la publicidad en medicamentos para uso humano; Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados por consumidores; Directiva 94/47/CE, sobre la utilización de inmuebles en regimiento de tiempo compartido y la Directiva 97/7/CE, sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

131 Las demandas que pueden presentar las asociaciones de consumidores y otras organizaciones representativas de intereses colectivos en Europa son de dos órdenes: pueden estar encaminadas a representar una categoría de justiciables dentro de sus demandas individuales, como en las “*class actions*” del derecho norteamericano o en las “*actions en représentation conjointe*” del derecho francés, o también se puede promover en nombre del interés general, como el caso de lo que se llama ahora “*les actions en cessation*”. Cfr. Ovalle Favela José, *op.cit.*, nota 58 , p. 151.

132 No obstante, ya habido países miembros de la Unión Europea que han interpuesto litigios “transfronterizos” con fundamento en esta directiva. Como ejemplo, está el litigio promovido por la “*Office of Fair Trading*” del Reino Unido en contra de la empresa belga D Duchesne SA, debido a que la empresa demandada solía enviar correos no solicitados por sus usuarios. Cfr. “*First ever cross-border court action by OFT*”, <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2004/63-04#note1>

*“Libro verde” sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de competencia*¹³³.-

Razones económicas fueron básicamente la fuente que dio la posibilidad de adoptar las *“class actions”* en materia de competencia económica en la Unión Europea. Se argumentó en este *Libro Verde* de fecha 19 de diciembre de 2005, que las acciones colectivas pueden permitir juntar todas las controversias en un solo procedimiento, lo que reduciría los costos del litigio y permitiría evitar contradicciones en las sentencias que se llegaran a emitir además de que las acciones colectivas son una valiosa herramienta para obtener indemnizaciones por daños a la sana competencia económica. Este *Libro Verde* no ignora que es costoso y técnico el litigio de competencia económica y además plantea la posibilidad de implementar mecanismos que permiten demandar la reparación de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento contrario e ilegal de algunos agentes económicos. Uno de estos mecanismos eran las acciones colectivas ya que éstas pueden servir para reunir toda una serie de pequeñas indemnizaciones en una sola demanda y ahorrar así tiempo y dinero¹³⁴.

2.2.1. El caso europeo en general: dudas respecto a la efectividad de las acciones colectivas.

Europa en general se ha negado a permitir la introducción de acciones colectivas en su ámbito comunitario y en el derecho interno de algunos Estados miembros¹³⁵. Parece que Europa ha tenido miedo de que el sistema jurídico comunitario se

133 COM(2005) 672, 19 de diciembre de 2005.

134 Es importante mencionar que el 2 de abril de 2008 la Comisión Europea publicó un *Libro Blanco* denominado *“Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”*. Este instrumento tenía como finalidad mejorar el *Libro Verde* de 2005. Sin embargo no mencionó nada sobre la implementación de acciones colectivas en la Unión Europea en materia de competencia económica. Lo único trascendente es la posibilidad de implementar “demandas colectivas”, sin proponer algún mecanismo efectivo para tutelar derechos colectivos.

135 Cfr. Pinna, Andrea, *“Recognition and Res Judicata of US Class Action Judgements in European Legal systems”*, *Erasmus Law Review*, v. 1, Holanda, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2008, pp. 31-62. El autor habla del impacto que ha habido en Europa sobre la “jurisdicción transnacional” de los Tribunales norteamericanos, además de cómo algunos países miembros de la Unión Europea han acatado las resoluciones de Tribunales norteamericanos. Pinna menciona que puede ser peligroso para las empresas demandadas que los tribunales europeos no reconozcan las sentencias estadounidenses, ya que ello permitiría que otros afectados vuelvan a demandar a la misma empresa en diferentes jurisdicciones.

“americanice”, a tal grado que ha habido académicos que han declarado que Europa “*ni necesita, ni desea el litigio de la acción colectiva al estilo estadounidense*”¹³⁶. Además, el miedo se incrementa al ver que muchas empresas europeas como, *Royal Dutch Shell, Vivendi Universal, Parmalat, Nokia, Alstom, Deutsche Telecom*, y muchas otras han sido llevadas a tribunales norteamericanos debido a “*class actions*” interpuestas contra ellas¹³⁷. Sin embargo, en años recientes, los Estados miembros han discutido en su ámbito interno la posibilidad de implementar un sistema parecido a la “*Rule 23*” (como lo han hecho Noruega, Suecia o Finlandia). Por ejemplo, se ha argumentado que el derecho de autoexclusión (“*opt out*”) podría presentar problemas con relación a la Convención Europea de Derechos Humanos. Existe jurisprudencia que ha señalado que el artículo 6º de dicha Convención establece que cada persona tiene derecho a acceder a la Corte cuando está en disputa alguno de sus derechos, así como el derecho de los demandados de conocer a su adversario¹³⁸. El razonamiento es que el resultado negativo de una acción colectiva pudiera impedir que los derechos de un miembro sea perseguido en una demanda individual, aún si no ha tomado los pasos necesarios para ser parte de la acción colectiva intentada¹³⁹. Lo anterior se podría resolver con una “*class actions*” con la modalidad “*opt-in*”. Esta preocupación también existía en el sistema norteamericano, la diferencia es que en Estados Unidos se apostó a que el requisito de representación adecuada podría resolverlo.

136 Cfr. Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p. 123.

137 Cfr. Pinna, Andrea, “*Les groupes internationaux de sociétés face aux class actions américaines*”, en X. Boucobza, G. Mecarelli, “*Groupes internationaux de sociétés: nouveaux défis, nouveaux dangers*”, Economica, Paris, 2007, p.2. Asociaciones civiles europeas ya han interpuesto demandas colectivas en la jurisdicción norteamericana. Un ejemplo es la “*class action*” interpuesta por la asociación de consumidores francesa “*UFC-Que Choisir*”, la cual fue presentada ante un juzgado en Delaware debido a las supuestas prácticas monopólicas de la empresa Intel. Un ejemplo más reciente y de gran relevancia es la “*class action*” interpuesta en contra de *Vivendi Universal, S.A.*, la cual fue certificada por una Corte en Nueva York, en la que había miles de afectados franceses, suizos, holandeses y norteamericanos representados en juicio. La Corte condenó a la empresa *Vivendi* al pago de una millonaria condena indemnizatoria.

138 *Ibidem*, p.37.

139 Reusch, Christian, “*Las acciones colectivas en Noruega*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 146.

Al igual que el comercio y los negocios, los litigios se han globalizado. Muchas empresas con base en Estados Unidos tienen socios en Europa, y viceversa. Por ello, mientras más agresivos sean los demandantes en Europa (ya sean empresas, asociaciones civiles, o los mismos miembros de un grupo) los Estados miembros y la misma Unión Europea tendrán que mejorar los mecanismos jurisdiccionales que a todas luces no han podido solucionar la tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Sería interesante que a nivel comunitario se pudiera empezar a discutir seriamente la implementación de una regulación que permita tutelar derechos colectivos, cosa que hasta el momento no ha sucedido. La Unión Europea tiene la oportunidad de diseñar su propio modelo de litigio colectivo, lo que evitaría repetir los errores y defectos del sistema norteamericano y por fin tener una regulación verdaderamente efectiva para tutelar derechos colectivos.

2.3. LA EXPERIENCIA DE BRASIL.

Desde los años noventa, la República Federativa de Brasil aventaja a todos los países latinoamericanos en la preocupación política y jurídica respecto a la elaboración de ordenamientos específicos para tutelar derechos colectivos, lo cual fue atendido en 1988, al momento de crear su actual Constitución, ordenamiento legal que protege numerosos derechos colectivos, tanto sustantivos como procesales.

El procedimiento para proteger derechos difusos y colectivos está previsto en la Ley de Acción Civil Pública de 1985 y el procedimiento para la protección de los derechos individuales homogéneos está previsto en el Código de Defensa del Consumidor promulgado en el año de 1990, lo que ha creado la normativa reguladora de acciones colectivas en Brasil. Con la nueva constitución brasileña y las leyes secundarias, se desarrolló un sistema de litigio colectivo aceptable para los abogados civilistas, lo que ha permitido crear derechos sustantivos elaborados y justiciables.

La acción civil pública, las nuevas terminologías y las categorías contempladas en el artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (en él cual se encuentra la distinción derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos), así como la doctrina que se ha elaborado en el país sudamericano, han sido las aportaciones más importantes al litigio colectivo. Son varios elementos del litigio colectivo brasileño que pueden ser de gran interés para el abogado “comparativista”. El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil enumera las categorías de derechos de grupo que pueden ser protegidos por las acciones colectivas en Brasil: i) “*derechos difusos*”, los cuales son *trasindividuales*¹⁴⁰ e *indivisibles*, que pertenecen a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por *circunstancias de hecho* en una situación específica; ii) “*derechos colectivos*”, que son *trasindividuales* e *indivisibles*, pero pertenecen a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una *relación jurídica* y iii) “*derechos individuales homogéneos*”, los cuales son individuales, divisibles y tienen un *origen común*. Mientras los derechos colectivos y difusos tienen una finalidad de hacer o no hacer (“*injunctio*”), los derechos individuales homogéneos se conciben para la protección de derechos subjetivos individuales, como las acciones colectivas por daños individuales (“*class actions for individual damages*”)¹⁴¹. Este tipo de acción colectiva es la más recurrente cuando se buscan indemnizaciones y si llega a tener éxito, cada miembro del grupo deberá llevar su propio caso al tribunal de manera individual, para comprobar que es un miembro del grupo (causalidad) y para probar la cantidad y la extensión de los daños individuales sufridos¹⁴². La protección colectiva de derechos individuales homogéneos debe obedecer los requisitos de prevalencia de cuestiones de hecho y de derecho y superioridad por parte de la tutela colectiva sobre la individual, para

140 El concepto *trasindividual* es producto de la doctrina brasileña y consiste en un derecho que no es individual, sino que existe como una sola entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. El legislador brasileño incorporó este concepto por la necesidad de reconocer explícitamente la existencia de una nueva categoría de derechos positivos y así evitar errores de interpretación por parte de los tribunales y juristas más conservadores. *Cfr.* Antonio Gidi, *op. cit.*, nota 29, pp. 53 y 54.

141 *Ibidem*, p.52.

142 *Ibidem*, p. 63.

así llegar a una justicia eficaz en la sentencia, lo cual se asemeja a las “*class actions*” previstas en la “*Rule 23 (b)*”¹⁴³.

El sistema procesal brasileño tiene dos tipos de acciones colectivas: a) las que tutelan derechos difusos y colectivos, cuyo procedimiento está regulado principalmente en la Ley de Acción Civil Pública y b) las acciones colectivas que tutelan derechos individuales homogéneos, cuyo procedimiento está regulado en los artículos 91 al 100 del Código de Defensa del Consumidor¹⁴⁴. Estas leyes prevén la regulación de las acciones colectivas en Brasil, las cuales se complementan unas a otras, lo que permite que una amplia gama de derechos sea protegida, sin estar limitada solamente a unas cuantas materias¹⁴⁵. Es importante mencionar que a diferencia de otros sistemas jurídicos, en Brasil el derecho privado y procesal son de índole o fuero federal, regulados por códigos comerciales uniformes en los veintiséis Estados que conforman la República Federativa de Brasil, lo que ha evitado conflictos de leyes, como pasa en Estados Unidos.

Respecto a la legitimidad procesal para interponer una acción colectiva, el artículo 82 del Código del Consumidor confiere legitimación exclusivamente al Ministerio Público, a la República Federativa de Brasil, a los Estados, municipios y el Distrito Federal (Brasilia), a los órganos administrativos y a las asociaciones privadas (“ONG”). Los individuos, sean o no miembros del grupo afectado, carecen de legitimación para demandar en nombre de los intereses del grupo, con excepción de la limitada finalidad de la acción popular. La acción popular es el único tipo de

143 Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, “*El anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos para los países iberoamericanos y la legislación brasileña*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), “*La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 522.

144 Nery Junior, Nelson, *op.cit.*, nota 10, p. 433.

145 La sociedad brasileña, al igual que la mexicana, no es tan litigiosa como la sociedad norteamericana. Sin embargo, Brasil ha empezado a experimentar con estos procesos masivos en contra de empresas y en contra del mismo gobierno, juicios que han sido “eccléticos” y curiosos. Como ejemplo, se puede mencionar la acción colectiva que se interpuso en contra de la *United International Pictures*, por producir y exhibir la película “Madagascar”, ya que, según una asociación civil, el personaje de la cebra incitaba al público a consumir éxtasis. Cfr. “*Las acciones colectivas en América Latina: Un informe sobre leyes vigentes, propuestas e iniciativas legislativas*”, Instituto de la Judicatura Federal, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/DiploAccionesColectivas/LeyReforma300811AccionesColectivas.pdf>

acción colectiva en Brasil que es realizada exclusivamente por personas privadas, pero su fin es muy limitado, mecanismo regulado en la Ley de Acción Popular, que da a los ciudadanos brasileños legitimación para demandar solamente por violaciones de derechos públicos, al patrimonio público, al medio ambiente, a derechos históricos y de valor cultural o de moralidad en la administración pública¹⁴⁶. Al estar la legitimación colectiva limitada a organizaciones y a entidades oficiales, la necesidad de que el juez controle la adecuada representación se reduce. Respecto a las asociaciones civiles y el Ministerio Público, resulta de gran relevancia lo siguiente:

Asociaciones civiles.

El legislador brasileño determinó que las acciones colectivas estarían mal representadas si ésta responsabilidad recayera en un miembro del grupo, por lo cual se determinó que la mejor opción era que la ley atribuyera legitimación a las asociaciones privadas. Es por ello que las asociaciones deben tener programas bien definidos y solamente podrán promover acciones colectivas para proteger intereses esencialmente relacionados con los fines institucionales establecidos en sus estatutos. Con el objetivo de que las asociaciones cumplieran con una debida representación, la ley determinó que éstas tuvieran al menos un año previo de creación, aunque en los casos de evidente interés social este requisito se puede “flexibilizar”. También existe la posibilidad de crear asociaciones “*ad hoc*”, establecidas posteriormente a los hechos que producen la acción colectiva.

Ministerio Público.

Muchas asociaciones han promovido acciones colectivas, pero el Ministerio Público (estatal y federal) ha jugado un papel protagonista en la protección de derechos colectivos en Brasil. En efecto, el Ministerio Público ha interpuesto importantes acciones colectivas para prohibir conductas ilegales o abusivas

¹⁴⁶ Cfr. Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 29, p. 73.

(“*injunctive class actions*”) donde el interés social era alto¹⁴⁷. Resulta algo irónico que uno de los más frecuentes demandados sea el gobierno brasileño y el actor más frecuente sea el Ministerio Público¹⁴⁸.

Cosa juzgada.

Respecto el efecto de cosa juzgada (“*res judicata*”) en las sentencias, la ley brasileña señala que una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no podrá perjudicar sus derechos individuales. Si la sentencia en una acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes se beneficiarán con la resolución. Si el grupo pierde, la pretensión solamente se desechará¹⁴⁹. Ahora, respecto a las acciones colectivas en las que se defendieron derechos individuales homogéneos, la finalidad se limita a que se declare la responsabilidad del demandado. En caso de ser exitosa, cada miembro del grupo es beneficiado por ésta declaración y tendrá que presentar su propio caso ante el tribunal para establecer que es un miembro del grupo y probar el monto y la extensión de los daños individuales sufridos, lo cual evidentemente hace más tedioso el procedimiento. Si el juez absuelve al demandado, los miembros del grupo no serán perjudicados por la sentencia colectiva y podrán promover sus propias acciones individuales¹⁵⁰.

Existen muchas críticas a los procesos colectivos en Brasil, entre ellas se encuentra la notificación requerida, la cual se satisface con la sola publicación en un periódico oficial. Esta notificación ficticia y superficial es notoriamente inadecuada, particularmente porque casi nadie lee los periódicos oficiales. Además, la ley establece que esta notificación solamente debe realizarse en acciones colectivas por daños individuales; en las acciones colectivas que buscan

147 Un caso interesante es la acción colectiva interpuesta por la Procuraduría Pública de Minas Gerais, en contra de McDonald’s, en la que se solicitó incluir información nutrimental en sus productos. En vez de litigar el caso, el demandado decidió celebrar un convenio para incluir la información nutrimental no solo a nivel estatal sino a nivel nacional, a fin de evitar casos similares.

148 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p. 89.

149 *Ibidem*, p.100.

150 *Ibidem*, p.104.

la protección de derechos difusos y colectivos no es requisito legal ninguna notificación. También se ha criticado la ausencia de alguna disposición que hable sobre una acción colectiva “pasiva”, aunado a la inexistencia respecto a la regulación de los arreglos o convenios a los cuales las partes puedan llegar¹⁵¹.

Se reconocen las grandes aportaciones que ha hecho Brasil a los procesos colectivos, la directa influencia del modelo norteamericano, la forma en la que adecuó las “*class actions*” a su sistema jurídico y como se ha convertido en el país que más ha influenciado a los países latinoamericanos para mejorar la protección de derechos colectivos.

2.4. ARGENTINA Y EL AMPARO COLECTIVO

Argentina no tiene ningún ordenamiento jurídico que regule de forma armónica las acciones colectivas. Sin embargo, en 1994, una importante reforma constitucional¹⁵² fue aprobada en Argentina, lo que permitió que la protección de una nueva gama de derechos pudieran ser tutelados. La defensa de los derechos de *tercera generación* estaba ahora prevista en el texto constitucional argentino. El artículo 41 establece la protección a un ambiente sano y el artículo 42 otorga a los consumidores y usuarios el derecho a una sana protección, así como la protección y seguridad en sus intereses económicos¹⁵³. El artículo 43 Constitucional permitió que con el juicio de amparo se pudieran confrontar todo tipo de discriminaciones y además proteger el medio ambiente, libre competencia, derechos de consumidores y usuarios y todo tipo de derechos de *incidencia colectiva*. La Constitución Nacional prevé la *acción de amparo* para tutelar derechos colectivos, lo que en la práctica gradualmente se ha ampliado a todo tipo de acciones, como

151 *Ibidem*, pp. 40 y 41.

152 La constitución que rige actualmente Argentina fue aprobada en el año de 1853 y solamente ha sido reformada siete veces.

153 Mairal, A. Hector, “*Collective and Class Actions in Argentina*”, Estados Unidos, Stanford University, p. 7, http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Argentina_National_Report.pdf

las ordinarias, sumarias, así como aquellas que buscan una resolución declarativa o suspensiva¹⁵⁴.

Existen dos leyes argentinas que buscan proteger derechos colectivos. La primera es la Ley de Defensa del Consumidor (también conocida como *Ley 24.240*), la cual no ha resultado ser del todo efectiva en cuestión de resarcimiento de perjuicios¹⁵⁵. Gracias a las reformas de ésta ley y a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, los consumidores, autoridades locales o nacionales, el “*ombudsman*”, asociaciones no gubernamentales y el Ministerio Público Fiscal tendrán legitimación activa para interponer una “acción de clase”. Las resoluciones que se dicten derivadas de estos procesos tendrán efectos “*erga omnes*” y vincularán a todos los afectados con circunstancias similares o que no se autoexcluyeron del proceso. Además, la *Ley 24.240* permite llegar a convenios, que deberán ser calificados por el Ministerio Público Fiscal, quien determinará si los intereses de los afectados fueron debidamente protegidos. Posteriormente, si el Procurador determinó que los intereses fueron debidamente tutelados, el juez lo aprobará y dará la opción a los miembros autoexcluirse de este convenio¹⁵⁶.

154 Art. 43.- *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

155 Mairal, Hector, *op.cit.*, nota 153, p.12.

156 Artículo 54 de la Ley 24.240.

La segunda ley es la 11.723 del año de 1995, encargada de regular los mecanismos procesales de tutela ecológica en la provincia de Buenos Aires, la cual confiere legitimación al afectado, asociaciones y al Defensor del Pueblo para interponer demandas colectivas y las sentencias que se lleguen a emitir tendrán efectos “*erga omnes*”. El gran desperfecto de ésta ley es que la llamada “acción reparadora” sólo tiene por objeto restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales dañados por el acto denunciado, sin contemplar la posibilidad de condenar al responsable al pago de daños y perjuicios¹⁵⁷. Parece que en el caso argentino, existe una tendencia legislativa de reconocer derechos sustantivos colectivos, pero se ha dejado de lado los mecanismos procesales para tutelarlos o hacerlos valer, toda vez que el amparo no es el medio idóneo para hacerlo siempre.

Argentina no cuenta con un cuerpo normativo sistemático en materia de procesos colectivos. En la práctica, se ha intentado en la vía ordinaria y mediante controles de constitucionalidad (v.gr. acción de amparo y “*habeas corpus*”). Esta última innovación que deriva de la reforma al artículo 43 Constitucional, no es la vía idónea para interponer juicios colectivos y mucho menos para buscar algún tipo de indemnización económica. En efecto, el juicio o la *acción de amparo*, tiene por objeto la pretensión de cesación o inhibición de violaciones o amenazas manifiestas al orden jurídico, lo cual se podrá ver exteriorizado en una sentencia declarativa, o condenatoria de hacer o no hacer. Pero no puede intentarse por esta vía la condena indemnizatoria por los daños provocados¹⁵⁸. Además, el amparo argentino sólo procede ante situaciones de violaciones manifiestas y sólo puede intentarse para buscar la pretensión destinada a hacer cesar la infracción, sin poder obtener el resarcimiento de los perjuicios que aquella ha causado¹⁵⁹.

157 Cfr. Berizonce, Roberto y Leandro J. Giannini, “La acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos en el anteproyecto iberoamericano de procesos colectivos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p.78.

158 *Ibidem*, p. 77.

159 *Ibidem*, p. 78.

Para Gozaini, amparar de manera colectiva significa dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual. No se trata de una elección, sino una armonización necesaria allí donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo. Los intereses colectivos se caracterizan por su no individualización, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran. La importancia del amparo colectivo radica en que la legitimación procesal colectiva no atiende tanto a quienes reclaman, sino el objeto que piden se proteja¹⁶⁰.

La interpretación judicial de los preceptos constitucionales 41 y 43, que protegen el derecho a un ambiente sano y los derechos de *incidencia colectiva* debe atender a que la tutela se materialice de un modo efectivo tanto respecto del daño colectivo como de las consecuentes y diversificados derechos subjetivos homogéneos¹⁶¹. Aún cuando el amparo colectivo no resulte el medio idóneo para defender derechos colectivos, es de suma importancia la existencia de este mecanismo por su “modalidad” colectiva para tutelar derechos fundamentales. En otras palabras, si llegara a existir un texto normativo que regule las acciones colectivas, gracias a la reforma del artículo 43 constitucional la tutela de derechos de incidencia colectiva será mayor, toda vez que no solamente existirá la regulación de las acciones colectivas como procesos ordinarios, sino también mecanismos de control constitucional protectores de una colectividad con sentencias vinculantes.

Las primeras leyes federales argentinas del siglo XIX tuvieron una fuerte influencia de las leyes de 1789 norteamericanas, las cuales regulaban el poder judicial en los Estados Unidos. Es por ello que la Corte Suprema Argentina tradicionalmente ha seguido de cerca los precedentes norteamericanos, en especial los que han

160 Gozaini, Osvaldo, “*El amparo y la defensa de los derechos colectivos*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Edgar Danés Rojas (coords.), *La protección Orgánica de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, p. 95.

161 Cfr. Morello, Augusto, “*La Corte Suprema de Argentina y el Derecho Ambiental*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T.IX, Tribunales Constitucionales y Democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 338.

ayudado a construir las reglas constitucionales del poder judicial¹⁶². Es por esto que en el sistema jurídico argentino la jurisprudencia emanada del tribunal constitucional tiene un gran peso. Por ello y al no existir un ordenamiento regulador de las acciones colectivas en Argentina, se explicarán dos casos que han sido materia de estudio por el mundo académico y profesional, toda vez que son un “parteaguas” en relación a los procesos colectivos en Argentina, juicios que son conocidos como “*Halabi*” y “*Verbitsky*”.

2.4.1. El caso “*Halabi*”.

El 24 de febrero de 2009, la Corte Suprema de Argentina emitió la sentencia que puso fin a un complicado juicio, derivado de la acción de amparo promovida por el abogado Ernesto Halabi en contra del Estado. El abogado Halabi interpuso su demanda en contra de la *Ley 25.873* la cual autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determinara en que casos y con que justificativos, lo cual constituía una violación a sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario y a su deber de confidencialidad ante sus clientes como abogado. El Estado señaló que era necesaria la ley para combatir “*el flagelo de la delincuencia*”, y por ende buscó la manera de aminorar el efecto “*erga omnes*” que pudiera tener la sentencia. Por ello, dado que la parte actora había ganado en las dos primeras instancias¹⁶³, el Estado Nacional interpuso un *recurso extraordinario*, el cual fue conocido por la Corte Suprema Nacional de Justicia.

La Corte Suprema resolvió que, respecto a la viabilidad de la acción de amparo, era correcto lo resuelto por las dos autoridades anteriores, toda vez que no existía otro remedio judicial más idóneo para proteger los derechos invocados. Además, en materia de legitimación procesal, el Tribunal Constitucional realizó una clasificación o categoría de derechos: los individuales, los de *incidencia colectiva* que tienen por objeto proteger bienes colectivos y de *incidencia colectiva*

¹⁶² Cfr. Mairal, Hector, *op.cit.*, nota 153, p.2.

¹⁶³ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal número 10 y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II.

referentes a intereses individuales homogéneos, estos últimos parecidos a los derechos individuales homogéneos brasileños¹⁶⁴. La falta de regulación de procesos colectivos, constituía una mora que el legislador debía solucionar, con la intención de facilitar el acceso a la justicia, ya que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer¹⁶⁵.

La Corte resolvió que la pretensión deducida por Halabi podía ser calificada como un ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, ya que la pretensión no constituía en procurar la tutela de sus propios intereses, sino que, por la índole de sus derechos, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones¹⁶⁶. Lo anterior fue resuelto así toda vez que no era posible reclamar de forma individual una ley de este tipo ya que las sentencias que se pudieran emitir hubieran llegado a ser contradictoria y obstaculizar o aminorar la posibilidad de proteger el interés colectivo.

Esta fue una resolución que permitió introducir en el sistema jurídico argentino la “*acción de clase o colectiva*”, un mecanismo novedoso en materia de juicios constitucionales, aunado a que el Tribunal Constitucional argentino aplicó un debido control de convencionalidad al velar por el respeto de los artículos 11 (derecho a la intimidad) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomó en consideración la regulación y experiencia de otros países y analizó también los sistemas jurídicos norteamericanos, españoles y brasileños.

2.4.2. El caso “*Verbitsky*”.

Una innovación importante en el derecho argentino es el “*habeas corpus colectivo*” exitosamente iniciado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) representado por Horacio Verbitsky, contra la provincia de Buenos Aires, asociación que buscaba una reforma al sistema penitenciario en la provincia

164 “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N.*”, p. 4. http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Fallo_Halabi_Ernesto.pdf

165 *Ibidem*, p. 8.

166 *Ibidem*, p. 10.

bonaerense. El CELS interpuso una acción de “*habeas corpus*”¹⁶⁷ en nombre de todas las personas privadas de su libertad que se encontraban encerradas en prisiones de la provincia de Buenos Aires, establecimientos que se encontraban superpoblados. Esta asociación buscaba cambiar las condiciones en las que vivían los presos, los cuales estaban encerrados en calabozos en estados deplorables, carecían de ventilación, higiene y luz natural, sin mobiliario alguno, tenían que utilizar simplemente el piso para desarrollar sus actividades, lo cual propiciaba el riesgo de propagación de enfermedades, así como un aumento en violencia física y sexual. Esta acción fue interpuesta ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, tribunal que rechazó la acción intentada. Por lo anterior, la parte accionante interpuso un recurso extraordinario para que conociera del asunto la Suprema Corte de Buenos Aires, tribunal que nuevamente desechó la acción intentada.

El CELS interpuso un recurso extraordinario federal, el cual llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual consideró procedente el recurso. El Máximo Tribunal Argentino declaró que las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas*, recogidas por una ley nacional (24.660) configuraban como pautas fundamentales a las que se debía adecuar toda detención¹⁶⁸. La Corte consideró que, aún y cuando la Constitución no preveía un “*habeas corpus colectivo*”, el contenido del artículo 43 Constitucional podía ser extensivo a esta acción. El Tribunal Constitucional analizó la pretensión inicial, la cual era demostrar que las cárceles bonaerenses no eran sanas, limpias o seguras y que lesionaba el derecho a un trato digno y humano que tenían los presos, al poner en peligro la vida y la integridad no sólo de los presos, sino

167 El “*habeas corpus*” era el procedimiento consuetudinario que permitía someter a los jueces al examen de las órdenes de aprehensión ejecutadas y la calificación de la legalidad de sus causas. Son un antecedente histórico del juicio de amparo penal. Desde sus orígenes, el “*habeas corpus*” ha sido en los Estados Unidos un recurso (“*writ*”) ante la autoridad judicial para preservar la libertad personal contra aprehensiones o detenciones arbitrarias o no justificadas provenientes de autoridades administrativas y específicamente políticas. Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, “*El juicio de amparo*”, 32ª ed., México, Porrúa, 1995, pp. 65 y 82.

168 “*Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*”, p.8, <http://www.adccorte.org.ar/recursos/340/Verbitsky.pdf>

también de los guardias y generar peligro e inseguridad a terceros ajenos como los vecinos de las penitenciarías y familiares de los detenidos.

Con el objetivo de que la administración pública no ignorara la resolución, la Corte Suprema obligó el cumplimiento de su mandato, al establecer lo siguiente en los puntos resolutivos de la sentencia¹⁶⁹: *1. Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada; 2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención; 3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos; 4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de la Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; 5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada; 6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia; 7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la*

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 67.

Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales y 8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curie, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

No se puede dejar de reconocer la decisión del Máximo Tribunal Argentino al emitir un fallo de esta naturaleza ya que acertadamente reconoció los derechos individuales homogéneos de los internos al poseer un “*origen común*” de hecho y de derecho en la causa, derivado de las pésimas condiciones en las que todos los presos bonaerenses vivían¹⁷⁰.

2.5. LA ACCIÓN POPULAR Y DE GRUPO EN COLOMBIA.

En Colombia existe la *acción popular* y la *acción de grupo*, mecanismos colectivos que están previstos en el artículo 88 de la Constitución Política de ese país¹⁷¹ y regulados en la *Ley 472* de 1998. En el sistema jurídico colombiano, los intereses colectivos y difusos se engloban dentro de los *intereses colectivos*, y la distinción se hace entre éstos y los *intereses de grupo*, que corresponden a los intereses individuales homogéneos. Para mejor comprensión, se explicaran ambos mecanismos.

170 Nuevamente, es importante resaltar el contenido de esta sentencia emitida por el máximo tribunal argentino. Al igual que en el fallo “Halabi”, la Corte Suprema de Justicia de Argentina aplica un debido control de convencionalidad, ya que en el fallo “Verbitsky”, la Corte Suprema Argentina consideró lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Instituto de Reducción del menor vs. Paraguay*”, así como lo dispuesto en las *Reglas Mínima para el Tratamiento de Reclusos*, emitido por las Naciones Unidas.

171 Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

a.- Acción popular.

Por acción popular se suele entender la que puede ejercer cualquier ciudadano en defensa del interés de una comunidad de personas o del interés público¹⁷². La Constitución Colombiana señala que las acciones populares buscan proteger derechos e intereses colectivos. Ya en la *Ley 472* se describe una lista no limitativa de las materias en las que son procedentes: violaciones a la moralidad administrativa, el goce del espacio público, defensa del patrimonio público y cultural, la libre competencia económica, el acceso a servicios públicos, derechos de los consumidores, así como derechos e intereses colectivos previstos en leyes ordinarias, tratados internacionales y Constitución¹⁷³. El artículo 12 de la *Ley 472* menciona que tendrá legitimación para interponer una acción popular: i) toda persona natural jurídica; ii) organizaciones no gubernamentales; iii) entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre y cuando los actos no se hayan originado en su actuar; iv) el Procurador General de la Nación y v) los alcaldes y servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de esos derechos e intereses.

La misma naturaleza de la acción popular permite una legitimación activa “*quisquis de populo*”, ya que ni siquiera es necesario ser un miembro del grupo (contrario a lo que sucede con las “*class actions*” norteamericanas) y por lo tanto ser titular de por lo menos un fragmento del derecho en cuestión¹⁷⁴.

Las acciones populares buscan evitar el daño contingente (finalidad de carácter preventivo), cesar el peligro (finalidad suspensiva de actos de peligro de violación de intereses colectivos) y amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos (la restitución de las cosas a su estado anterior). La ley faculta al juzgador para decretar, de oficio o a petición de parte, las medidas que estime

172 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 9, p.89.

173 Parra Quijano, Jairo, “*Algunas reflexiones sobre la ley 472 de 1998 conocida en Colombia con el nombre de Acciones Populares y Acciones de Grupo*”, en Ovalle Favela, José (coord.), “*Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2004, p.113.

174 Cappelletti, Mauro, *op.cit.*, nota 52, p.252.

pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido que las acciones populares tienen carácter público, ya que suponen la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en un grupo de individuos. Son de carácter preventivo, lo que significa que no es requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se buscan amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, debido a los fines públicos que la inspiran¹⁷⁵. Se trata de un mecanismo de protección de derechos colectivos preexistentes ya que se busca el restablecimiento del uso y goce de esos derechos, los cuales fueron lesionados.

b).- Acciones de grupo.

Estas acciones se ejercen exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnizaciones derivado de perjuicios sufridos de manera uniforme, por un conjunto de personas. Son 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 personas¹⁷⁶.

La ley exige ciertos requisitos de procedencia, entre los cuales se encuentran que: i) la acción de grupo se interponga por un conjunto de veinte personas como mínimo; ii) que cada una de esas personas, sea física o moral, haya sufrido un perjuicio individual y iii) que ese grupo de personas comparta condiciones uniformes respecto de la causa del daño, entendido esto como la situación común en las que se han colocado tales personas, lo que permitirá identificarlas como grupo antes de la ocurrencia del daño y obtener el reconocimiento y pago de la indemnización¹⁷⁷.

175 Parra Quijano, Jairo, *op.cit.*, nota 173, pp. 119 y 120.

176 Artículo 3° de la *Ley 472* de 1998.

177 Parra Quijano, Jairo, *op.cit.*, nota 173, p. 123.

Los derechos protegidos en la vía de acción de grupo es extensiva, ya que cualquier derecho colectivo, puede ser protegido por esta vía, siempre y cuando los intereses derivados de su vulneración puedan ser reivindicados por este mecanismo procesal, es decir, que se trate de intereses particulares indemnizables¹⁷⁸. Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en los casos en que haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo (“*opt out*”). La sentencia tendrá efecto de cosa juzgada con quienes fueron parte del proceso y vinculará a todas aquellas personas que no se excluyeron de la acción intentada¹⁷⁹.

Por lo anterior, la diferencia entre las Acciones Populares y Acciones de Grupo radica en que las primeras buscan proteger derechos colectivos o difusos, de manera preventiva e indemnizatoria, sin existir intereses o derechos patrimoniales privados en beneficio de la comunidad. Por el otro lado, las acciones de grupo se asemejan más a las “*class actions*” norteamericanas o a las acciones colectivas brasileñas que buscan proteger derechos individuales homogéneos, ya que persiguen una reparación económica por medio de una reclamación conjunta de derechos individuales de carácter privado y meramente procesal.

Sin embargo, aún cuando la ley ha buscado la manera de incentivar a la sociedad colombiana, parece que ésta ha preferido seguir con el sistema de protección individual y no acudir a estos dos mecanismos colectivos¹⁸⁰.

2.6. ¿UN CÓDIGO IBEROAMERICANO DE PROCESOS COLECTIVOS?

La idea de realizar un Código Modelo Iberoamericano de Procesos Colectivos surge en 2002 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en un seminario celebrado en Roma, Italia. Esta idea provocó un gran entusiasmo en el mundo intelectual y por ello el primer borrador fue presentado en la *XVIII Jornada*

178 *Ibidem*, p.127.

179 *Ibidem*, p. 129.

180 Resulta interesante el contenido del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, ya que dicho precepto legal establece que el demandante de una acción popular tendrá derecho a recibir un “incentivo” que el juez fijará entre 10 y 150 salarios mínimos. Con ello, se busca fomentar el litigio de interés público.

Iberoamericana de Derecho Procesal, realizada en Montevideo, Uruguay y finalmente se transformó en proyecto, debido a que fue aprobado en octubre de 2004, durante la realización de las *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, en Caracas, Venezuela. El trabajo tiene miras a futuro y buscaba crear una “ola” legislativa que llegara a todos los países iberoamericanos para tratar de homologar normas reguladoras de acciones colectivas¹⁸¹. México no fue la excepción, ya que la iniciativa de reforma constitucional del Senador Murillo Karam (la cual se analizará en el capítulo cuarto de este trabajo) fue influenciada por el Código Modelo Iberoamericano.

Hubiera sido ambicioso que las legislaciones iberoamericanas retomaran el contenido del Código Iberoamericano de Procesos Colectivos, como sucedió con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁸², en materia de arbitraje comercial. Ésta “Ley Modelo” armonizó y modernizó la regulación arbitral internacional, cuya adopción fue recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y recogida por más de 48 jurisdicciones, entre ellas México, al establecerla en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio¹⁸³.

El Código Modelo de Procesos Colectivos reproduce en gran parte la legislación brasileña sobre acciones colectivas, especialmente lo establecido en la Ley de Acción Civil Pública y el Código del Consumidor¹⁸⁴. Sin embargo, el proyecto representa un gran avance con relación al derecho brasileño, al mejorar cuestiones que la legislación brasileña dejó a un lado, como la adecuada representación, el objeto del proceso, carga de la prueba y acciones colectivas pasivas. La situación de la defensa de los intereses “trasindividuales” en

181 Cfr. “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Exposición de Motivos”, en Gidi, Antonio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), “Código Modelo de Procesos Colectivos”, México, Porrúa, 2008, p.421.

182 “United Nations Commission on International Trade Law” o “UNCITRAL” en sus siglas en ingles.

183 Gonzalez de Cossio, Francisco, *Arbitraje*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 10.

184 Gidi, Antonio, “Notas críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 407.

Iberoamérica es insuficiente y nada heterogénea, por no decir caótica,¹⁸⁵. Como bien lo explica Ada Pellegrini, *“las dificultades de acceso a la justicia, el modo de ser del proceso, las características de la magistratura, las distintas técnicas procesales, son muy similares entre los países que componen la comunidad iberoamericana, encontrando mejor respuesta en un modelo de acciones colectivas que atienda esas características comunes, que en un modelo de “common law”, de orígenes, evolución y realidad totalmente distinta”*¹⁸⁶. No se descarta que en un futuro pueda haber una homologación iberoamericana y crear un sistema armónico que permita un estudio sistemático del fenómeno que producen los procesos colectivos dentro de la sociedad.

185 Ada Pellegrini Grinover, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *“La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, *introducción*.

186 *Ídem*.

CAPÍTULO III

CONCEPTOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

3.1. ANÁLISIS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Después de conocer el origen de las acciones colectivas y su regulación en otros países, lo procedente es analizar que son las acciones colectivas, su naturaleza jurídica y qué protegen o buscan tutelar. La regulación de las acciones colectivas que se decidió implementar en México fue diseñada con la intención de adecuarla a su sistema jurídico, en base en la experiencia norteamericana y de otros países latinoamericanos. Una nueva gama de derechos sustantivos (derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos) fueron plasmados en la ley, aun cuando ya existían en la doctrina. Estos nuevos derechos no pertenecen propiamente al derecho público ni al derecho privado, sino que se encuentran a la mitad del camino. También se piensa que no se ubican ni en el derecho público ni privado, sino en el social, sólo que a diferencia de lo que sucede con el derecho del trabajo o el agrario (que se refieren a grupos organizados) estos derechos rigen para agrupaciones o sectores desorganizados, cuyos miembros se desconocen entre sí y quienes los forman pueden entrar y salir del grupo en cualquier momento¹⁸⁷. Debido a que un buen número de derechos de *tercera generación* no encuentran fácil cabida en las figuras tradicionales de los derechos públicos subjetivos, se ha empezado a discutir la creación de una nueva categoría conceptual, conocida como los “*derechos o intereses colectivos latu sensu*” los cuales son el género y que a su vez se dividen en los “*derechos difusos*”, “*derechos colectivos en stricto sensu*” y los “*derechos o intereses individuales homogéneos*”, que son las especies.

187 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “*Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*”, México, colección Breviarios Jurídicos, Porrúa, 2004, p. 5.

3.1.1. Concepto de acción colectiva.

Para empezar a hablar de las acciones colectivas, primero se debe entender la conformación de su nomenclatura. La palabra acción tiene su origen en la expresión latina “*actio*”, la cual es un sinónimo de “*actus*” y aludía, en general, a los actos jurídicos¹⁸⁸. La doctrina concibe la acción como el derecho en ejercicio¹⁸⁹. En suma, la acción es el estado dinámico del derecho¹⁹⁰. Por acción procesal se entiende la posibilidad de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión jurídica, postular una decisión sobre su fundamento y en su caso la ejecución de lo resuelto¹⁹¹. Por colectivo, se entiende que algo pertenece o es relativo a una agrupación de individuos o relacionado con todas ellos, sin distinción¹⁹². Lo anterior ya empieza a explicar en sencillas palabras, que una acción colectiva es una institución que le permite a una agrupación de personas acudir ante un juez para buscar la protección de un derecho.

Antonio Gidi señala que por acción colectiva se debe entender *una acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)*¹⁹³. Este concepto es correcto, toda vez que cubre los tres elementos básicos de esta institución jurídica procesal: la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de cosa juzgada. El desperfecto se puede encontrar en la palabra *acción*, lo cual convierte al concepto “circular” o redundante.

Lindblom y Nordh señalan que *la acción colectiva (de grupo) es una demanda presentada por un representante que resulta en una decisión obligatoria a favor o en contra de todos los miembros de un grupo*¹⁹⁴. Este concepto no explica bien lo

188 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 3, p.152.

189 Cabanellas de Torres, Guillermo, *op.cit.*, nota 98, p. 16.

190 De Pina, Rafael y José Castillo Larrañaga, “*Derecho Procesal Civil*”, 13^a ed., México, Porrúa, 1979, p. 161.

191 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 3, p. 163.

192 Cabanellas de Torres, Guillermo, *op.cit.*, nota 98, p. 72.

193 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p.31.

194 Lindblom Per Henrik y Robert Nordh, *op.cit.*, nota 121, p.95.

que es una acción colectiva debido a que no se conceptualiza como una demanda, sino en todo caso como un proceso que busca llegar a una resolución con efectos de cosa juzgada (“*res judicata*”).

Para Klaus Vitonen, las acciones colectivas son *acciones ejercitadas ante una Corte en la que un demandante (un miembro o no de un grupo específico) instaura una demanda para el beneficio de un grupo sin el permiso expreso de los miembros del mismo, y esto da lugar a un juicio que es obligatorio a favor o en contra de los miembros del grupo*¹⁹⁵. Este concepto tampoco es correcto, ya que se podría confundir con la “acción popular”, la cual puede ser ejercida por cualquier persona, sea o no afectada, en beneficio de la sociedad.

Para Storme y Judo, *la acción colectiva es una acción por la cual una persona física o jurídica que, de una manera u otra, ha sufrido daños por la actuación de un tercero, pide la constatación de ello y reclama una indemnización por ello, no sólo en su propio nombre, sino también en nombre de todas las personas que pudieran encontrarse potencialmente en la misma situación*¹⁹⁶. Mismo supuesto, este concepto también es “circular” y no aclara la esencia de las acciones colectivas, ya que con estos procesos colectivos no solamente se busca una condena indemnizatoria.

La doctrina brasileña ha debatido enormemente sobre los elementos de las acciones colectivas. Para Barbosa Moreira, la idea fundamental de las acciones colectivas es que el litigio puede ser llevado a juicio por solo una persona. Para Já Rodolfo de Camargo Mancuso, la acción colectiva se da cuando un grupo de personas está cubierto por la cosa juzgada o cuando los efectos de la sentencia son amplios. Para Kazuo Watanabe, la naturaleza verdaderamente colectiva de la demanda depende no solamente de la legitimación activa para demandar la acción y de la naturaleza de los intereses o derechos de los vinculados, sino también de

195 Vitonen, Klaus, *op.cit.*, nota 122, p. 125.

196 Storme, Marcel y Frank Judo, “*La class action de derecho belga*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*Procesos Colectivos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 313.

la causa invocada¹⁹⁷. Por otro lado, el Código Modelo de Procesos Colectivos señala que *las acciones colectivas son aquellas demandas a través de las cuales se pretende deducir jurisdiccionalmente la tutela de derechos trasindividuales e individuales homogéneos*¹⁹⁸.

Para las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, *la acción colectiva es aquella institución procesal que permite la defensa, protección y representación jurídica colectiva de derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo dentro de una sociedad*¹⁹⁹.

Si se toman todos los elementos de los conceptos anteriores y los elementos constitutivos de cada una, las acciones colectivas son procesos por medio de los cuales, un miembro de un grupo o una persona legitimada por la ley, busca la protección de un derecho *trasindividual e invisible o individual homogéneo*, a través de una resolución que vinculará a todas aquellas personas que sufrieron una afectación derivada del mismo acto²⁰⁰.

3.1.2. Tipos de acción en el derecho procesal civil.

El estudio de la acción es materia propia del derecho procesal, aunque durante mucho tiempo ha estado entregada a la actividad de los civilistas. Existen muchas clasificaciones de la acción, derivadas de la teoría general del proceso y de todas las obras que han escrito los expertos en la materia. Es por ello que no se puede hablar de una sola teoría, sino de *teorías sobre la acción*. Una de estas

197 Cfr. Gidi, Antonio, "El concepto de acción colectiva", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), "La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", 2ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 14 ss.

198 Venturi, Elton, "Concepto de acción colectiva", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), "Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano", México, Porrúa, 2008, p. 8.

199 Discusión y votación en el Senado del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene el proyecto de decreto que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sesión ordinaria del día 10 de diciembre de 2009, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=1658&lg=61>

200 Para Ovalle Favela, un proceso es el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas en que ella intervienen y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable. Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 3, p. 194.

clasificaciones es la que depende del “*objeto inmediato de la demanda*”. Dentro de esta clasificación, habrá acciones meramente *declarativas*, a través de las cuales la parte actora pide al juzgador una sentencia que elimine la incertidumbre en torno a la existencia, inexistencia o modalidad de una relación jurídica. Existen las *acciones constitutivas*, las cuales buscan que una sentencia constituya, modifique o extinga una relación o situación jurídica sustantiva. Habrá también *acciones de condena*, por medio de las cuales la parte actora busca que el juzgador dicte una sentencia en la que se ordene a la contraparte llevar acabo una conducta determinada. Existen también las *acciones ejecutivas* a través de las cuales el actor pretende llegar a una resolución que ordene la realización coactiva de un derecho reconocido en un título ejecutivo. Por último, dentro de esta misma clasificación existen las *acciones cautelares*, las cuales buscan llegar a una resolución que proteja, de manera provisional y hasta el dictado de una sentencia definitiva, las personas, bienes o derechos que sean objeto del proceso²⁰¹.

Así también existe la clasificación que depende del “*derecho subjetivo material*” que se pretende hacer valer. En esta clasificación, se suelen distinguir tantas clases de acciones como ramas del derecho sustantivo existan, lo que la convierte en una clasificación sustantiva y no adjetiva. Así, se suele hablar de acciones civiles (la cual a la vez se subdivide en acciones reales, personales o mixtas), mercantiles, laborales, penales, de amparo, etc.

También existe la clasificación de la acción que depende del “*tipo de interés que se busca proteger*”, y que se subdivide en las *acciones particulares*, que se ejercen para proteger intereses jurídicos individuales, *acciones públicas*, las cuales son ejercidas por órganos del Estado, en nombre del orden o de la seguridad pública y las *acciones colectivas*²⁰², las cuales se ejercen para proteger

201 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 3, pp. 169 y 170.

202 Es importante mencionar que derivado de la reforma al artículo 107 constitucional publicada el pasado 6 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, ahora dicho precepto prevé los derechos o intereses legítimos colectivos. Sin duda este precepto constitucional fomentará el estudio de las acciones colectivas, toda vez que el derecho de accionar colectivamente una presunción ya ha sido constitucionalizada.

los intereses de toda una comunidad de personas²⁰³. Esta última es de reciente estudio en México y su estudio se debe gracias a la experiencia que han tenido otros países, en especial los latinoamericanos. Sin duda en próximos años, se empezará a estudiar en las escuelas de Derecho una nueva clasificación de acciones derivada del interés colectivo "*latu sensu*", que a la vez está dividido en *acciones colectivas "stricto sensu"*, las *acciones difusas* y las *acciones individuales homogéneas o de incidencia colectiva*.

3.1.3. Diferencia entre derecho e interés en el ámbito procesal.

Al investigar sobre las acciones colectivas, se utilizan indistintamente los sustantivos *derechos* o *intereses* para los adjetivos: colectivos, difusos, sociales de grupo, de clase, de serie, de incidencia colectiva, supraindividuales, trasindividuales o individuales homogéneos. ¿Será necesario hacer una distinción? Depende de la postura de la persona quien lo analiza. Un constitucionalista dirá que lo que se busca proteger no son intereses, sino derechos. El *derecho subjetivo*²⁰⁴ es un poder reconocido expresamente en la ley o Constitución, al cual corresponde una actuación (u omisión) determinada para que obtenga la satisfacción pertinente²⁰⁵. Por otro lado, un procesalista diría que lo que se busca defender es un interés, debido a que se actúa por la necesidad de obtener una resolución judicial que proteja el derecho de una persona reconocido en algún ordenamiento jurídico, ante su violación o desconocimiento por parte de otra persona o bien cuando simplemente exista un estado de incertidumbre que deba ser eliminado mediante la declaración judicial²⁰⁶.

203 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 3, p. 171.

204 Miguel Villoro Toranzo señala que el derecho como facultad recibe el nombre de "derecho subjetivo", por atender al "sujeto" que tiene la facultad o poder (el derecho), bajo la protección de la ley, de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás. Es clara la conceptualización individualista que ha creado el derecho subjetivo en el sistema jurídico mexicano. *Cfr.* Villoro Toranzo, Miguel, "*Introducción al estudio del derecho*", 19ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 6.

205 Gelsi Bidart, Adolfo, "*Interés difuso y derecho procesal*", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XXXV julio-diciembre, UNAM, 1985, p. 544.

206 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 3, p. 165.

Ferrer Mac-Gregor²⁰⁷ señala que el interés se divide en simple, jurídico y legítimo. El *interés simple* tiene una concepción más amplia y se identifica con las acciones populares, debido a la legitimación que tiene cualquier ciudadano para accionar por el solo hecho de ser miembro de la sociedad y alcanzar un beneficio para la colectividad. Por mucho tiempo se pensó que este tipo de interés no tenía ninguna protección directa, ya que los particulares no contaban con los medios para exigir su cumplimiento a través de mecanismos jurisdiccionales²⁰⁸ y únicamente se daban a conocer a través de la denuncia o queja²⁰⁹.

El otro tipo de interés es el jurídico. La Suprema Corte²¹⁰ ha explicado que el *interés jurídico* es el derecho reconocido por la ley, conocido en la doctrina como *derecho subjetivo*. El *derecho subjetivo* supone la conjunción en esencia de dos elementos inseparables: una facultad de exigir y una obligación traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en *privados* (cuando el obligado sea un particular) y en *públicos* (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado). Sólo podrá pedir la tutela jurisdiccional la persona que sea titular de un derecho sustantivo; su conceptualización no se compadece con las necesidades de una sociedad moderna ni da respuesta a los retos del derecho público contemporáneo²¹¹. Ésta es una de las razones de por qué la defensa de derechos colectivos no tuviera cabida en el sistema jurídico mexicano. El *rigorismo* de la doctrina en torno al interés jurídico no permitió que los derechos o intereses de grupo fueran reclamables dado que su titularidad no pertenece a una sola persona, sino a toda una colectividad de personas²¹².

207 Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 187, pp.19 y 20.

208 Tesis I.4o.A.357 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 1309, INTERÉS LEGÍTIMO. CONCEPTO.

209 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *“Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales”*, México, Porrúa, 2005, p. 138.

210 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, volumen 37, enero de 1972, p. 25, INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.

211 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *“Hacia una nueva ley de amparo”*, 3ª ed., México, Porrúa, 2012, p.44.

212 *Ibidem*, p. 46.

Por último, está el *interés legítimo*, el cual se encuentra a medio camino de los otros dos. Su titularidad la tiene cualquier persona (física o moral) y otorga la facultad de exigir el respeto de un derecho o la reparación de un perjuicio derivado de una conducta antijurídica. El ministro Arturo Zaldívar señala que en el interés legítimo no se requiere de una afectación al derecho subjetivo, aunque sí a la esfera jurídica entendida en sentido amplio²¹³. Con la incorporación del concepto de interés legítimo en el sistema jurídico mexicano, los gobernados podrán accionar cuando resientan una afectación en su esfera jurídica y/o en un derecho subjetivo, por lo cual se amplía la protección a aquellos derechos o intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos.

La frontera entre derecho subjetivo e interés ya era antes obsoleta, pues quien ejerce una acción también tiene un interés protegido por un poder que se le concede a su voluntad de representarlo y defenderlo²¹⁴. Gordillo señala que para Jellinek y parte de la doctrina alemana, un derecho subjetivo se concibe como el poder de voluntad conferido por el orden jurídico a un individuo en su propio *interés*. Así, queda claro que hay interés en quien acciona pues su propia conducta es la mejor prueba de ello²¹⁵.

Si bien para algunos autores existen diferencias “*ontológicas*” entre el derecho subjetivo y el interés legítimo y que la doctrina ha elaborado múltiples teorías y discutido ampliamente sobre sus diferencias, lo cierto es que en algunos países carece de sentido esta discusión, ya que en el momento en que los intereses son reconocidos constitucionalmente, asumen el status de derechos y desaparece cualquier razón práctica o teórica para diferenciarlas, como sucede en la doctrina brasileña²¹⁶. Aplicar el derecho significa pensar conjuntamente el caso y la ley de manera tal que el derecho propiamente dicho se concrete²¹⁷. Por ello, existe identidad entre los conceptos “intereses” y “derechos”, porque una vez que los

213 *Ibidem*, p. 58

214 Gordillo, Agustín, “*La defensa del usuario y del administrado*”, Tratado de Derecho Administrativo, t. 2, 9ª ed., Argentina, F.D.A., 2009, p 9.

215 *Ídem*.

216 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 187, p. 9.

217 Gelsi Bidart, Adolfo, *op. cit.*, nota 205, p. 535.

intereses pasan a ser plasmados en el ordenamiento jurídico, ellos asumen el mismo status de un derecho y desaparece cualquier razón práctica o teórica que los diferencie. La experiencia en otros sistemas jurídicos (Brasil, Argentina) y la doctrina señalan que con el fin de evitar dudas en la interpretación de diferentes especies de pretensiones trasindividuales (difusas y colectivas) e individuales homogéneas, estratégicamente se ha apoyado la decisión de adoptar indistintamente las expresiones *intereses* o *derechos*.

3.1.4. Por qué acción colectiva y no acción de clase.

Se ha discutido ampliamente la decisión de llamar a las acciones colectivas de esta forma y no optar por el nombre de acción de clase, acción civil pública, recurso público o de otra forma similar. La expresión "*class action*" ya está arraigada en el sistema jurídico norteamericano. Al utilizar la palabra "*class*" no se define un estrato social, sino una condición jurídica similar a todos los miembros del grupo afectado. No se utilizó la expresión "*collective action*" debido a que ésta ya se utilizaba en el ámbito económico. Otros autores hablan de la expresión "acción de grupo", la cual no difiere mucho de "*class action*", solamente que con esta definición se limitaría a un grupo definido, aún cuando existen procesos colectivos en los que los miembros no son identificables, como en las acciones colectivas en las que se buscan tutelar derechos difusos. Otros hablan sobre acciones multi-partes, lo cual también es inadecuado, debido a que en una acción colectiva puede haber formalmente un solo representante del grupo. Países francófonos utilizan el nombre "*recours collectifs*", lo cual es erróneo, debido a que las acciones colectivas no son un medio de impugnación, sino un proceso en el que se busca una resolución que tenga efectos vinculantes a todos los miembros (cosa juzgada). Por ello, se apoya la idea de Antonio Gidi, respecto a que los países de tradición de derecho civil deberían adoptar la expresión "acción colectiva", como ha sucedido en Italia ("*azione collettiva*"), Portugal, Brasil ("*ação coletiva*") o como en España (acción colectiva)²¹⁸.

218 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, pp. 33 y 34.

3.1.5 El objeto de las acciones colectivas.

Las acciones colectivas tienen como finalidad proteger derechos o intereses esencialmente colectivos, que son los *difusos* y los *colectivos en estricto sentido* y los originalmente individuales, pero que son tutelados colectivamente por razones de estrategia, conocidos como *individuales homogéneos*²¹⁹ o de *incidencia colectiva* (como han sido llamados en Argentina). El objeto de las acciones colectivas es proteger estos derechos, los cuales tienen pequeñas diferencias en su procedimiento y finalidad. De modo general, los derechos difusos y colectivos son los que pertenecen al grupo como un todo, buscan una sentencia que dicte una orden de hacer o no hacer (parecido a las “*injunctive class actions*” norteamericanas)²²⁰. Los derechos homogéneos se conciben para la protección de derechos subjetivos individuales, tales como las acciones colectivas por daños individuales (“*class actions for individual damages*”)²²¹, y que tienen como finalidad obtener una sentencia indemnizatoria que vincule a todos los afectados.

Una forma de clasificarlos y entenderlos es en base a que los derechos colectivos “*latu sensu*” son el género y los derechos difusos, derechos colectivos en “*stricto sensu*” y los derechos individuales homogéneos son las especies. Más adelante se verán las diferencias entre éstos derechos, pero para empezar a diferenciarlos, los derechos difusos son derechos *trasindividuales e indivisibles*, que pertenecen a un grupo indeterminado de personas vinculadas únicamente por *circunstancias de hecho* en una situación específica. Los derechos colectivos son también *trasindividuales e indivisibles*, pero pertenecen a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una *relación jurídica*. Los derechos individuales homogéneos son derechos individuales divisibles que tienen un *origen común*. En los dos primeros, la resolución beneficiará o perjudicará a todos los miembros de la colectividad de forma idéntica, sin que

219 Watanabe, Kazuo, “*Acciones Colectivas: Cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 3.

220 La doctrina también los ha llamado “*supraindividuales*”. Cfr. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, “*La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*”, España, Aranzadi, SA, 1999, p. 61.

221 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p. 52.

pueda dividirse el objeto litigioso en “cuotas individuales” identificables o separadas, pues son derechos “esencialmente colectivos”, mientras que los derechos individuales homogéneos son “accidentalmente colectivos”²²².

Dos conceptos saltan a la vista: *trasindividualidad* e *indivisibilidad*. El primero consiste en un derecho que no es individual, sino que existe como una entidad distinta a cualquier individuo o grupo de individuos (trasciende al individuo) sin ser simplemente una colección de derechos individuales²²³. Los individuos integrantes de los grupos sociales son titulares de un derecho trasindividual y lo comparten de manera idéntica y en toda su integridad. Este término fue una aportación del sistema jurídico brasileño, ya que la ley lo incorporó debido a que el legislador sintió la necesidad de reconocer explícitamente la existencia de una nueva categoría de derechos positivos para evitar errores de interpretación por parte de los tribunales y juristas conservadores.

Un derecho es *indivisible* debido a que no puede ser dividido en pretensiones individuales e independientes, atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Los intereses de los miembros del grupo están demasiado relacionados entre sí, lo que implica que si se satisfacen las pretensiones de uno de ellos, se satisfacen las de todos los miembros y viceversa; si se violan las pretensiones de un miembro, se violan las de todos los miembros del grupo. Esta regla sólo se suspende en los casos de acciones colectivas en defensa de derechos individuales homogéneos, debido a que los derechos son divisibles, pues en teoría son derechos individuales pero demandados colectivamente y además cada uno de los miembros del grupo deberá demandar la cantidad indemnizatoria que busca recibir derivado del algún daño.

Un derecho difuso pertenece a una comunidad formada de personas indeterminadas e indeterminables; el derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada de personas indeterminadas pero “más determinables” y los derechos individuales homogéneos pertenecen a una

222 Cfr. Ovalle Favela, José, *op.cit.* nota 9, p. 88.

223 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p. 53.

comunidad formada de personas perfectamente individualizadas, pero por estrategia, demandan un derecho de forma colectiva²²⁴.

Definir quien tiene legitimación procesal activa en una acción colectiva es un punto toral, implica tener que determinar quien puede reclamar y defender estos derechos. Los intereses colectivos crearon la problemática en determinar quienes pueden iniciar los procesos colectivos. La solución que se ha dado en otros países se encuentra en dársela a instituciones procesales ya existentes, como por ejemplo el Ministerio Público, al *Ombudsman*, a las asociaciones, personas portadoras o en representación de los grupos afectados²²⁵. Los intereses colectivos rompen los esquemas tradicionales de la misma legitimación. La actividad jurisprudencial ha señalado que la legitimación en el proceso (“*ad procesum*”) y la legitimación en la causa (“*ad causam*”) son situaciones jurídicas distintas, toda vez que la primera de ellas, que se identifica con la falta de personalidad o capacidad en el actor, se encuentra referida a un presupuesto procesal, necesario para el ejercicio del derecho de acción que pretenda hacer valer quien se encuentre facultado para actuar en el proceso como actor, demandado o tercero. La legitimación activa en la causa es un elemento esencial de la acción que presupone o implica la necesidad de que la demanda sea presentada por quien tenga la titularidad del derecho que se cuestiona, esto es, que la acción sea entablada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional²²⁶. En los intereses de grupo se encuentra una legitimación “*sui generis*”, ya que el reclamo se hace a nombre propio y en nombre de todos los posibles afectados por un determinado hecho o acto. Gutierrez de Cabiedes señala que con la legitimación colectiva, el alcance y el ámbito de legitimados puede ser individual o *supraindividual* (colectiva)²²⁷. Por ello, se ha optado por

224 Gidi, Antonio, “*Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), “*La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 30.

225 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 187, pp. 25 y 26.

226 Tesis 35, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, agosto de 1998, p. 68, LEGITIMACIÓN “AD-CAUSAM” Y LEGITIMACIÓN “AD-PROCESUM”.

227 Gutierrez de Cabiedes, Pablo, *op.cit.*, nota 220, p. 187.

confiar la representación a una combinación de individuos, entidades públicas y asociaciones, lo cual, adicionado con otros instrumentos y etapas procesales (como la certificación) se corrobora la adecuada representación de todos los miembros del grupo.

Aunado a lo anterior, la sentencia de una acción colectiva debe tener efectos *ultra partes* (más allá de las partes) o “*erga omnes*” de la cosa juzgada (“*res judicata*”). Esto constituye un elemento esencial del proceso colectivo²²⁸. Si la sentencia tuviera limitado el efecto de sólo vincular a las partes presentes se destruiría la esencia fundamental de las acciones colectivas, ya que otro objeto de estos procesos colectivos es la economía procesal que brindan. Esto significa que la decisión pronunciada necesariamente afectará la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad o del grupo, que son, en conjunto, los verdaderos y únicos titulares del derecho en litigio. Es aquí donde yacen los grandes beneficios que podrían aportar las acciones colectivas mexicanas, al tomar en cuenta la experiencia que han tenido diferentes sistemas jurídicos, la regulación que decidieron implementar y aprender también de sus errores.

Las acciones colectivas aportan a un Estado de Derecho grandes beneficios jurídicos, sin embargo, de nada sirve el reconocimiento de nuevos derechos y de una nueva institución jurídica procesal si no se abren los cauces para su efectiva utilización. La falta de un adecuado sistema de acceso a la justicia genera desconfianza en las instituciones del Estado y una percepción de que éste es incapaz de establecer aquellos mecanismos que pueden resolver adecuadamente los conflictos sociales, lo que eleva la tensión social. En una sociedad tan desigual como la mexicana, con importantes atrasos culturales y cívicos, resulta complejo

228 Antonio Gidi señala que no existe una diferencia “ontológica” entre la cosa juzgada “*ultra partes*” y la cosa juzgada “*erga omnes*”. Sin embargo, se ha llegado utilizar la expresión “*erga omnes*” para prescribir que la cosa juzgada alcanza a toda la comunidad titular del derecho lesionado, como en los casos de acciones colectivas difusas y colectivas. La expresión “*ultra partes*” se utiliza en el caso de las sentencias derivadas de acciones colectivas individuales homogéneas, debido a que solamente la colectividad titular del derecho violado y sus miembros deben ser alcanzados por la cosa juzgada y no todas las personas indiscriminadamente. La expresión “*erga omnes*” tiene una connotación más amplia que “*ultra partes*”. Cfr. Gidi, Antonio, “*Cosa juzgada en acciones colectivas*” en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, pp. 269 ss.

participar en procesos técnicos, largos y por lo tanto costosos. Permitir que quienes tengan derechos en común se agrupen para que los hagan valer de manera conjunta, es un modo de facilitar el acceso a la justicia y reducir costos.

Las acciones colectivas se unen a la conjunción del nuevo juicio de amparo y al nuevo sistema de protección constitucional e internacional de derechos humanos que dieron origen a la Décima Época del Seminario Judicial de la Federación el pasado 4 de octubre de 2011, derivado de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 6 y 10 de junio de 2011. Lo anterior se debe al gran beneficio que aportan las acciones colectivas a uno de los derechos humanos y fundamentales con mayor trascendencia: el derecho al acceso a la justicia, mismo que se analiza a continuación.

3.2. EL ACCESO A LA JUSTICIA, ¿DERECHO HUMANO, GARANTÍA INDIVIDUAL O DERECHO FUNDAMENTAL?

Los conceptos de “derechos fundamentales”, “derechos humanos” y “garantías individuales” no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Antes, había una mayor confusión debido a que el nombre del capítulo primero de la Carta Magna hablaba de las “garantías individuales”, pero ahora, derivado de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, lo que se protege son derechos humanos y derechos fundamentales, por lo cual es necesario hacer una debida distinción de estos tres conceptos.

Una garantía no es equivalente a un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, de *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado o no respetado²²⁹. La confusión de utilizar indistintamente “garantías” por “derechos” ha alcanzado la jurisprudencia y en la práctica se sigue cometiendo este usual error. La historia constitucional mexicana, receptora del liberalismo del siglo XIX, reconoció las llamadas garantías individuales como una expresión fundamental de un Estado

229 Carbonell Sánchez, Miguel, op.cit., nota 37, pp. 6 y 7.

que pretendía proteger y fomentar los derechos y libertades de las personas que habitaban en él. Gozaíni explica que nominar “garantías individuales” a los derechos fundamentales remonta al viejo esquema del individualismo que establece derecho a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos) responsables²³⁰. El juicio de amparo se convertiría en el instrumento procesal que daría expresión y respuesta concreta a ese diseño constitucional y lo ha sido hasta ahora, al ser el único medio procesal de defensa de los derechos de particulares contra las arbitrariedades del poder público. Sin embargo, éste no puede ser el único mecanismo para llevar a cabo esa difícil tarea.

Los derechos humanos son una categoría más amplia, son derechos que están previstos en tratados internacionales y en la práctica se suelen utilizar con menos rigor jurídico que el término “derechos fundamentales”. De hecho, hay derechos humanos que no están expresamente previstos en la Constitución, pero sí contemplados en los tratados internacionales a los que México se ha adherido, como por ejemplo los que versan sobre la libertad de conciencia, la duración razonable de los procesos, indemnizaciones por error judicial, etc.²³¹

Eduardo J. Couture tuvo la visión de desentrañar la *acción* del contenido del artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, cuyo texto es el siguiente: *“toda persona tiene un derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*. Es por ello, que el derecho de accionar tiene naturaleza jurídica de derecho humano²³². Dentro de los derechos humanos reconocidos en diversos ordenamientos jurídicos internacionales o

230 Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op.cit.*, nota 209, p. 102.

231 Sánchez Gil, Rubén, “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 4, Porrúa, julio-diciembre, 2005, p.257.

232 Cfr. Rey Cantor, Ernesto, “Acción popular de inconstitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, Porrúa, enero-junio, 2004, p. 119.

nacionales, se encuentran aquellas que aseguran las condiciones para el ejercicio y defensa de los derechos ante tribunales mediante el proceso. Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevar a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas, sino todo lo contrario, se entiende que todo derecho fundamental es un derecho humano constitucionalizado. Los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano están previstos como tales en la Constitución y por lo tanto el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano y un derecho fundamental.

La impartición de justicia se satisface mediante la real y máxima salvaguardia de los derechos de los individuos. De aquí emana la idea de que la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos y que constituyen tres derechos fundamentales: el acceso a la justicia; el debido proceso y una vez dictada sentencia, la *plena efectividad de su pronunciamiento*²³³. Acceso a la jurisdicción, debido proceso²³⁴ y eficacia de la sentencia. Gonzalez Pérez señala que el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, ésta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas²³⁵.

El derecho de acceso a la justicia es de carácter adjetivo, puesto que no protege directamente algún tipo de interés, sino que les concede la posibilidad de tener una vía jurisdiccional por medio del cual se pueda obtener el respeto de sus derechos. Lo anterior, ha generado confusión pues se piensa que el acceso a la

233 González Pérez, Jesús, "*El derecho a la tutela jurisdiccional*", 3ª ed., España, Editorial Civitas, 2001, p. 34. La plena ejecución debe ser entendida no sólo como un poder o una potestad de los tribunales, sino un derecho del justiciable por medio del cual se hace efectivo su derecho de tutela jurisdiccional.

234 En la doctrina iberoamericana se ha difundido enormemente la expresión "debido proceso legal", que no es más que la traducción literal al español de "*due process of law*", introducida en la V enmienda para el proceso penal y XIV para todo tipo de proceso, plasmadas en 1789 y 1868, respectivamente, en la Constitución Norteamericana de 1787. En México, el debido proceso legal se introdujo en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Política de 1917, en el cual se advierte la influencia de la XIV enmienda y se conoce como "garantía de audiencia". Cfr. Ovalle Favela, José, "*Bases Constitucionales para el proceso civil en Iberoamérica*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T.X, *Tutela Judicial y Derecho Procesal*, UNAM, 2008, pp. 685, ss.

235 González Pérez, Jesús, *op.cit.*, nota 233, p. 33.

justicia es un derecho de “segunda categoría” o “colateral” de un derecho fundamental sustantivo, lo cual es totalmente falso, puesto que los derechos sustantivos no tendrían efectividad alguna si no existiera un modo por el cual remediar su violación²³⁶.

El Pleno de la Suprema Corte interpretó en una jurisprudencia por contradicción de tesis el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución. Señaló que este precepto garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte de un proceso y promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resolverán las pretensiones planteadas²³⁷.

Al catalogar la concepción de acceso a la justicia como un derecho humano y derecho fundamental en el momento en que es *positivizado* y plasmado en la Constitución, se vuelve un deber a cargo del Estado, ya que al tener monopolizada la actividad judicial, se vuelve un protagonista de la función jurisdiccional. Un limitado acceso a la justicia constituye, una de las formas más odiosas de exclusión, que no se puede separar de la desigualdad y la pobreza²³⁸. El derecho a un efectivo acceso a la justicia debe considerarse como un derecho humano de importancia primordial, que alivia la pobreza legal (o incapacidad de hacer uso de la ley y de sus instituciones) la cual debe ser una de las mayores preocupaciones

236 Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *“El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 12 y 13.

237 Jurisprudencia 113/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XIV, septiembre de 2001. p. 5, JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.

238 Sin embargo, es necesario entender que este derecho humano y fundamental no es ilimitado y en los casos en que exista una confrontación entre el acceso a la justicia y otro bien constitucionalmente protegido, debe resolverse mediante la ponderación de derechos, que en pocas palabras significa determinar que derecho, de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, nota 231, p 244.

del poder público²³⁹. Si al acceso a la justicia se le da la categoría de derecho humano, al alcance de todo individuo para contar con procesos expeditos y respetuosos del debido proceso y tener así justicia efectiva y de calidad, grupos desfavorecidos o excluidos podrían tener la oportunidad de hacer valer sus derechos. He aquí la relevancia de las acciones colectivas, ya que se convierten en un mecanismo encaminado a cumplir con un efectivo acceso a la justicia. Antes, se pensaba que por la naturaleza vaga, demasiada abstracta y general, los derechos colectivos eran “injustificables”. Watanabe señala que *“aún sin organización, los intereses o derechos colectivos, por el hecho de ser de naturaleza indivisible, presentan una identidad tal, que independientemente de su armonización formal, pasan a formar una sola unidad, haciéndose perfectamente viable y hasta deseable su protección jurisdiccional en forma molecular”*²⁴⁰.

En numerosas oportunidades, este derecho se ve impedido por la acción conjunta y combinada de diversas categorías de obstáculos de índole económicos, físicos, geográficos, institucionales o socioculturales, lo cual se agudiza cuando los mecanismos tendientes a superarlos en numerosas oportunidades resultan insuficientes. Sagües explica estos obstáculos²⁴¹:

- a) *obstáculos de índole económico*. - estos obstáculos cobran mayor relevancia en aquellos sistemas jurídicos en donde aún existen las costas, desembolsos generados por la necesidad de asesoría legal y costos propios de la tramitación de todo el proceso (gastos en copias, “gratificaciones”, traslados a tribunales en otras jurisdicciones, etc.).

239 Zapata Bello, Gabriel, “Acceso a la justicia”, en Valadés Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas, “Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 386.

240 Watanabe, Kazuo, *op.cit.*, nota 219, p. 9.

241 Sagües, María Sofía, “El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Proyección en la jurisdicción constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T.IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, UNAM, 2008, pp.594 y 595. Respecto a la asesoría legal, resulta interesante la distinción entre los litigantes “ocasionales” y repetitivos”. Según Cappelletti, la gente que puede pagar los servicios de un litigante “repetitivo” tienen mayores oportunidades de ganar el caso debido a que éstos profesionistas tienen más experiencia y por ende puede plantear mejor el litigio, tiene relaciones informales con miembros de las instituciones que emiten las decisiones finales y tienen mayores recursos económicos para financiar diversos gastos durante el juicio debido a que tienen más casos e ingresos. *Cfr.* Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *op.cit.*, nota 236, p. 19.

- b) *Obstáculos jurídicos o de índole normativa.*- la lentitud del servicio de procuración de justicia, la complejidad del mismo, anacronismos de la norma procesal, conllevan inevitablemente a ser un mero obstáculo al acceso a la justicia. No se desconoce que la carga laboral del poder judicial es inmenso y que humanamente es difícil resolver con celeridad todas las controversias que le son planteadas, sin embargo tampoco se desconocen las usuales prácticas de utilizar formalismos rigurosos para desechar nuevas demandas o sobreseerlas²⁴².
- c) *Obstáculos generados por carencia de formación.*- La Judicatura muchas veces desconoce la preparación que tienen los servidores públicos encargados de la administración y procuración de la justicia. Lo anterior, además de una inadecuada preparación y falta de información, impide a los poderes judiciales resolver las controversias que les son planteadas.
- d) *Obstáculos generados en la desconfianza del sistema judicial.*- La visión del mundo jurídico como algo viciado y ajeno conlleva a un rechazo al sistema judicial y a preferir no “accionar” la maquinaria jurisdiccional aunado a que la corrupción que existe en los poderes judiciales agrava la desconfianza. Gutiérrez de Cabiedes señala que estos obstáculos también son barreras *culturales*, debido a la deficiente educación e información de los ciudadanos

242 Sánchez Gil, Rubén, *op.cit.*, nota 231, p. 240. En este excelente artículo, el autor habla sobre la usual práctica de Juzgados de Distrito de desechar amparos por “encontrar” improcedencias, lo cual contraviene el principio “*pro persona*” o “*pro homine*” y el derecho fundamental de acceso a la justicia. De la creciente necesidad de optimizar los derechos humanos, ha surgido el principio de interpretación de los derechos humanos conocido como “*pro homine*”. Este es uno de los principios mayormente aceptados, tanto por la doctrina como por los diversos operadores jurídicos como los Tribunales Constitucionales, Salas Constitucionales y Cortes Supremas de diversos países. Tiene como objetivo acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental. Derivado de la reforma constitucional publicada en el DOF el pasado 10 de junio de 2011, este principio ha sido plasmado en el artículo 1° de la Constitución. El principio “*pro homine*” ha sido materia de estudio del Poder Judicial de la Federación, al establecer que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para la persona, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva y en el caso del juicio de amparo, a favor del impetrante de garantías. Tesis I.4o.A.464 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XXI, febrero de 2005, p. 1744, “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. Tesis I.44o.A.441 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2385, “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.

acerca de sus derechos y obligaciones y por la ignorancia de la ley respecto a los derechos que ésta concede²⁴³.

Además de lo anterior, es necesario superar los esquemas de un “garantismo procesal” de carácter meramente individualista, no solo enfocado a salvaguardar al individuo sino también para salvaguardar múltiples grupos de individuos no organizados. Estados Unidos lo hizo al modificar su “*due process*” con las “*class actions*” debido a que este mecanismo era el único modo de otorgar una tutela efectiva a grupos vulnerables. El acceso a la justicia por la vía colectiva debe ser entendido como una condición de existencia y prevalencia de la democracia, debido a las posibilidades de romper los innumerables obstáculos involucrados, mediante el empleo de técnicas diferenciadas de legitimación activa y de eficacia en la cosa juzgada²⁴⁴.

3.2.1. El acceso a la justicia en México.

Para el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho no es suficiente la incorporación de nuevos derechos sustantivos al sistema jurídico, sino establecer acciones y procedimientos sencillos y eficaces que permitan su ejercicio y defensa adecuada, pues de lo contrario se estaría inmerso en un sistema perverso que provocaría violaciones a los derechos y al sistema jurídico en general, al ser simplemente toleradas por falta de medios idóneos a un real acceso a la justicia²⁴⁵.

La doctrina y los criterios jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación, han establecido que el artículo 17 de la Constitución establece cinco derechos fundamentales: 1) la prohibición de la autotutela o "hacerse justicia por propia mano"; 2) el derecho a la tutela jurisdiccional; 3) la abolición de costas judiciales; 4) la independencia judicial, y 5) la prohibición de la prisión por deudas del orden

243 Cfr. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *op.cit.*, nota 220, p. 124.

244 Venturi, Elton, “¿Quién necesita protección jurisdiccional colectiva?”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano”, México, Porrúa, 2008, p. 3.

245 Iniciativa de reforma constitucional presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, Gaceta del Senado núm. 185 del 7 de febrero de 2008, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=7119&lg=60>.

civil. El segundo, puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o defenderse de ella, con la finalidad de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión²⁴⁶.

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega el acceso a la justicia, lo que implica el deber del Estado de remover todos aquellos obstáculos materiales que impidan o dificulten el acceso efectivo de las personas a los tribunales²⁴⁷. La lentitud en los procesos, la onerosidad en los juicios, los excesivos formalismos en los códigos procesales, deficiencias organizativas de los tribunales, burocratismos y la corrupción en los servidores públicos del Poder Judicial, son algunos ejemplos de los obstáculos que ha tenido el acceso a la justicia en México. Todo ello, aunado a la idea de ver al Derecho como una barrera cultural que impide el acceso al sistema de impartición de justicia lo que ha provocado conceptos e imágenes totalmente erróneas y desvirtuadas respecto al papel de los jueces, servidores públicos encargados de la administración de la justicia y de los mismos abogados.

El artículo 17 Constitucional trae aparejado importantes cuestiones para el ámbito constitucional, procesal y administrativo. Del derecho constitucional, en la medida en que le corresponde clarificar el alcance del acceso a la justicia como derecho fundamental, las correlativas obligaciones del Estado en términos del establecimiento y funcionamiento de los tribunales, así como la efectiva tutela de los otros derechos fundamentales que emanan del derecho de tutela jurisdiccional efectiva (debido proceso y el efectivo cumplimiento de las sentencias). Al derecho procesal le corresponde definir diversas cuestiones operativas relacionadas con el proceso jurisdiccional, desde las reglas de composición y competencia de los

246 Jurisprudencia 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p 124, GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES.

247 Ovalle Favela, José, *“Garantías Constitucionales del Proceso”*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 153.

órganos judiciales, las etapas del proceso en sentido estricto, hasta lo relacionado con el ejercicio profesional de los abogados litigantes. Al derecho administrativo le toca intervenir en la organización y funcionamiento de la justicia como servicio público²⁴⁸, ya que el acceso a la justicia no se ha limitado a ser solamente un mero servicio público a cargo del Estado, sino un derecho social básico en las sociedades modernas, que busca garantizar la tutela de los derechos, tanto individuales como colectivos. Todo ello debido a que un mejor acceso a la justicia es fundamental para alcanzar una democratización, institucionalización y redefinición de la relación entre los gobernados y el Estado.

La Segunda Sala de la Suprema Corte, ha manifestado que existen ciertos principios que se encuentran en el derecho fundamental de acceso a la justicia, los cuales son²⁴⁹: 1. *De justicia pronta*, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. *De justicia completa*, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita un pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. *De justicia imparcial*, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, sin favoritismos a alguna de las partes y 4. *De justicia gratuita*, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

248 Cfr. Fix Fierro, Hector y Sergio López-Ayllón, "El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria", en Valadés Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas, "Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 112

249 Jurisprudencia 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209, ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.

El Estado mexicano ha reconocido una nueva gama de derechos e intereses derivado de nuevos fenómenos, como aquellos económicos (derechos de los consumidores, competencia económica o derechos de usuarios financieros), derechos sociales (como el derecho agrario, seguridad social, a la educación, a la vivienda) o al medio ambiente. En la práctica los individuos se enfrentan a dos grandes problemas: i) la forma en que estos derechos o intereses pueden ser protegidos de forma efectiva cuando los afectados o los interesados en hacerlos valer, no son susceptibles de ser identificados; ii) la superación de la perspectiva clásica de la protección individual de los derechos, es decir, aquella que requiere que los individuos deben estar plenamente identificados y acreditar en forma fehaciente el daño o la lesión a sus intereses en forma individual²⁵⁰. Las normas que en un momento cumplieron las expectativas y demandas habidas en materia de protección de los derechos de las personas, hoy son insuficientes a partir de la creciente complejidad de las relaciones entre los miembros de la colectividad y el surgimiento de nuevas formas de interacción entre ellos. La legislación ha sido rebasada por una nueva realidad²⁵¹. Es por ello que fue necesario implementar las acciones colectivas en el sistema jurídico mexicano, debido a la nueva gama de derechos o intereses colectivos y la falta de efectivos mecanismos para protegerlos²⁵².

3.2.2. El acceso a la justicia y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Son muchos los ordenamientos jurídicos internacionales firmados y ratificados por México que prevén la tutela de derechos humanos. Los más relevantes por su

250 Discusión y votación en el Senado del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos, *op.cit.*, nota 199.

251 *Ídem*.

252 Con el afán de ampliar el acceso a la justicia en México, se han creado sistemas de defensoría de oficio a nivel federal y local, así como organismos “para-judiciales” que tienen como objetivo proteger sectorialmente derechos de los particulares, desde el ámbito administrativo, como la PROFECO, la PROFEPA, la PROFEDET, la Procuraduría Agraria, etc. Además, con la reforma al artículo 17 de la Constitución, publicada el pasado 18 de junio de 2008 en el DOF, los medios alternativos de solución de controversias (v.gr. el Arbitraje, Mediación, Negociación o la Amigable Composición) propician una reducción en la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

amplitud y trascendencia son la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁵³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵⁴ (conocido como “Pacto de Nueva York”), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁵⁵ (también conocida como “Pacto de San José”). Derivado de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, la obligación de los jueces mexicanos de velar los derechos humanos y aplicar un verdadero control de convencionalidad, hacen que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cobre especial relevancia. Este sistema regional de derechos humanos, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, ha recalcado la obligación de los Estados de proveer efectivos mecanismos procesales para tutelar derechos humanos. Por ello, los tribunales de México tienen la obligación adquirida ante la comunidad internacional de hacer efectivo (en todo caso y al máximo grado posible) el acceso a la justicia.

A partir del caso “*Radilla Pacheco vs México*” y las medidas a seguir para que el Poder Judicial de la Federación diese cumplimiento a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que es obligación de todo juez aplicar un debido control de convencionalidad, el cual tiene como objetivo velar que las disposiciones contenidas en tratados internacionales que versen sobre derechos humanos no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas²⁵⁶. Para realizar esto, los operadores jurídicos (v.gr jueces, magistrados, ministros, Ministerios Públicos)

253 Adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

254 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981.

255 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

256 El 26 de mayo de 2010, el entonces Presidente de la Suprema Corte, el Ministro Guillermo Ortiz Mayagotia, planteó al Pleno la “consulta a trámite” sobre las medidas a seguir para que el Poder Judicial diese cumplimiento a la sentencia emitida en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, consulta que generó gran interés en diferentes medios. La cuestión se tramitó en el expediente *varios 912/2010* y a lo largo de cinco sesiones, celebradas entre el 4 y el 14 de julio de 2011, el Pleno de la SCJN analizó y debatió el proyecto presentado por la ministra Luna Ramos que expuso cuestiones fundamentales relacionadas con el alcance de los compromisos internacionales de México en materia de derechos humanos, el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana, la obligatoriedad y alcance de la jurisprudencia interamericana, el control de convencionalidad, los límites a la jurisdicción militar y la capacitación permanente en materia de derechos humanos y estudio de la jurisprudencia interamericana. *Cfr.* García Ramírez, Sergio y Mauricio Iván del Toro Huerta, “*México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, México, Porrúa, 2011, pp. 203 ss.

deben tomar en cuenta el contenido de los tratados internacionales y las interpretaciones que se les han dado²⁵⁷. Dicho de otra manera, existe la obligación de aplicar los tratados internacionales de derechos humanos en armonía con las leyes internas²⁵⁸.

El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicte en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada y vinculante. Lo único que procede es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en todos sus términos. Por ello, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto²⁵⁹.

El artículo 8° de la Convención Americana consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual se desprende que los Estados no deben poner trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos, dificulte u obstaculice de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8° de

257 Tesis I.4o.A.91, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

258 La Suprema Corte ha señalado que el mecanismo *ex officio* de control de convencionalidad en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1° y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano no fue parte. Tesis P. LXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, "PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LXVIII/2011 (9°).

259 Tesis P. LXV/2011 (9a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, p. 556, SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.

la Convención²⁶⁰. La Corte Interamericana se ha pronunciado de la misma manera en el caso “*Radilla Pacheco vs. México*”, al establecer que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa condena o reparación. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación de los estándares de protección de los derechos humanos²⁶¹.

El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar este artículo, la Corte ha señalado que éste precepto establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Hasta hace pocos años, la falta de un recurso judicial no se consideraban siquiera un problema. La Corte ha señalado en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática. En el artículo 25 de la Convención se establece que todo recurso debe ser rápido y sencillo aún cuando se busque tutelar derechos no individuales²⁶².

De ambas disposiciones se desprende el derecho humano que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento, y a un verdadero acceso a la justicia. La protección judicial que reconoce la Convención Americana

260 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantos vs. Argentina*, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2002, p. 28.

261 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo Radilla Pacheco vs México*, sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009, p. 71.

262 Cfr. Courtis, Christian, “*El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, Porrúa, enero-junio, 2006, p.42.

comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable.

3.3. INTERESES O DERECHOS DIFUSOS.

Por difuso (del latín “*diffusus*”) se entiende aquello que es ancho o excesivamente dilatado, por ende, un interés difuso significa un interés muy extendido, dilatado o numeroso. Cuando existe un interés difuso hay una generalización del mismo interés, una pluralidad de sujetos que pueden invocar su titularidad y que son indeterminables²⁶³.

Los intereses difusos, tienden a ser globales y a desconocer fronteras. Son los que plantean mayores problemas en cuanto a nivel internacional²⁶⁴ y que han permitido que diversas organizaciones no gubernamentales empiecen a tener un activismo supranacional. Es por ello que estos derechos pertenecen a la comunidad como un todo y no sólo a los miembros individuales de un grupo debido a su naturaleza trasindividual. En efecto, un derecho difuso es trasindividual e indivisible debido a que pertenece a un grupo de gente no identificable, sin vínculos previos, que solamente están relacionados entre sí por un acontecimiento específico. Se relacionan con el sujeto, no como individuo sino como miembro de un conglomerado amplio de personas, lo que genera una pluralidad de *situaciones comunes*. Estos miembros del conglomerado son indeterminables o de muy difícil determinación²⁶⁵. Por ello, los derechos difusos son aquellos trasindividuales de naturaleza indivisible y cuyos titulares están vinculados por *circunstancias de hecho*²⁶⁶.

263 Gelsi Bidart, Adolfo, *op. cit.*, nota 205, p. 541.

264 Las lesiones a los intereses difusos pueden originar conflictos supraindividuales de índole material y social muy importantes, que en muchos casos trascienden las fronteras nacionales, razón por la cual tanto los ordenamientos jurídicos nacionales como internacionales deben hacer los máximos esfuerzos para prevenirlos y evitarlos. *Cfr.* Cabrera Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 55, p. 217.

265 Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 187, p. 13.

266 Zaneti Junior, Hermes, “*Derechos Colectivos Lato Sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “*La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 47.

Toda la sociedad es titular de éstos derechos, cuyos individuos son absolutamente indeterminados o individuos que, casi siempre, ni siquiera se conocen. Son indeterminables en la medida que no poseen entre sí o con la parte contraria ninguna relación jurídica. Sin embargo, que una comunidad amorfa, fluida y sin personalidad jurídica tenga su titularidad, no significa que estos derechos no sean “justiciables”; todo lo contrario, el titular será la comunidad o colectividad, una “no persona” es titular (sujeto de derecho), lo cual evidentemente rompe la tradición jurídica del derecho subjetivo²⁶⁷.

Respecto a la defensa y tutela de los derechos difusos, resulta interesante mencionar el amparo promovido por la comunidad de Mininuma cuya demanda estaba encaminada a defender el derecho a la salud de todos sus habitantes. En este caso, conocido (como “*Mininuma*”), los promoventes presentaron una demanda de amparo indirecto en contra de la Secretaría de Salud del Estado de Guerrero, en contra del Gobierno estatal de Guerrero, el Subsecretario de Coordinación Sectorial de la Secretaría de Salud de Guerrero y el Jefe de la Jurisdicción Sanitaria, Región Montaña, debido a que las personas que habitaban en dicha comunidad, ubicada en el municipio de Metlatónoc, Guerrero (pueblo indígena mixteco conocido por su extrema pobreza) nunca habían contado con una clínica cercana, ni personal médico capacitado, ni había sido posible tener acceso a una provisión básica de medicinas que les permitiera atender enfermedades curables. El Juzgado Séptimo de Distrito del estado de Guerrero conoció dicho juicio y se radicó bajo el número de expediente 1157/2011-II. En una inusual sentencia, el Juez de Distrito amparó a la parte quejosa al señalar que las autoridades responsables no habían respetado el derecho fundamental a la salud y con ello se discriminaba a todos los habitantes de Mininuma. Por ello, se ordenó la sustitución de la precaria clínica que existía por un verdadero centro de salud apegado a los programas estatales con la infraestructura, personal y

267 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 224, p. 32.

medicamentos necesarios²⁶⁸. Con este caso, queda claro como todo habitante de Mininuma era titular del derecho violado y como todo habitante de dicha comunidad fue beneficiado con el fallo del Juez de Distrito. Lo que interesa aquí es que la sentencia consideró el daño que sufría toda la comunidad y que la titularidad del derecho no era individual, ya que se trataba de algo *indivisible* y *trascendía* a cada habitante de Mininuma.

La gente suele confundir los derechos difusos con los colectivos. La distinción fundamental consiste en que los difusos se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado amplio, una pluralidad de situaciones comunes. En cambio, los colectivos atienden a colectividades o grupos limitados y circunscritos. Unos son indeterminables o difícilmente determinables y los otros son fácilmente determinables²⁶⁹. Ferrer Mac-Gregor señala que la distinción de las situaciones “difusas” y “colectivas” a veces no resultan tan precisas y claras, pues no existen propiamente diferencias “ontológicas” entre ambos conceptos; los dos obedecen al fenómeno supraindividual, son indivisibles y rompen la concepción clásica individualista del derecho subjetivo²⁷⁰.

Cuando se trata de la tutela de derechos trasindividuales (difusos y colectivos), parece evidente que el simple hecho de demandar la protección de pretensiones sociales o comunitarias indivisibles hace ya presumir la relevancia social de la demanda. El titular del derecho no es un individuo, sino la misma comunidad pero al mismo tiempo no pertenecen a nadie en particular. La cuestión que interesa es que debe haber alguien autorizado para reclamar la lesión del bien colectivo. Los integrantes del grupo titulares de estos derechos, están vinculados entre sí únicamente por circunstancias fácticas, como por ejemplo el consumidor de un

268 Cfr. Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Aline Rivera Maldonado, “El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 251, enero-junio, UNAM, 2009, pp. 103 ss.

269 Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 187, p. 12.

270 *Ibidem*, p. 13.

determinado producto o servicio, que alguien viva en cierto lugar o el hecho de que alguien esté expuesto a publicidad engañosa o abusiva²⁷¹.

3.4. INTERESES O DERECHOS COLECTIVOS.

Los derechos colectivos en estricto sentido son trasindividuales, de naturaleza indivisible y su titularidad la tiene un grupo, categoría o clase de personas, vinculadas entre sí o con la parte contraria por una *relación jurídica o de derecho*. El interés o derecho colectivo en estricto sentido, está ligado a los individuos no solo por circunstancias fácticas, sino también por relaciones jurídicas formales. Esto permite la posibilidad de conformar grupos de personas, clase o categoría, en los cuales se encuentran pretensiones comunes e indivisibles. La *relación jurídica base* que une a los individuos en una clase, grupo o categoría, es perfectamente distinguible y puede ser legal y hasta contractual²⁷².

Christian Courtis explique que la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el *caso Awas Tigni*, tuvo que analizar los derechos colectivos de la comunidad indígena nicaragüense “*Awas Tigni*”. La Corte interpretó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad privada, en el sentido de incluir también la protección de la propiedad colectiva. El litigio involucraba la denuncia de falta de demarcación y titulación de la tierra comunitaria indígena y de concesión de explotaciones privadas en ese territorio. Para la Corte, la preservación de las tierras en disputa, no solamente implicaba la defensa de una propiedad, sino de un bien comunal que preservaba la identidad de la comunidad indígena que implicaba el legado cultural y espiritual de los “*Awas Tigni*”²⁷³.

Las pretensiones en acciones colectivas en estricto sentido son también indivisibles debido a que es imposible dividir las en cuotas atribuibles a cada

271 Venturi, Elton, *op.cit.*, nota 244, p. 17.

272 Son fácilmente detectables los ilegales contratos de adhesión que podrían combatirse con acciones colectivas que buscan tutelar derechos colectivos en estricto sentido, ya que hasta los consumidores más cultos pocas veces se dan cuenta de haber firmado un contrato. *Cfr.* Cappelletti, Mauro, y Bryant Garth, *op.cit.*, nota 236, p. 18.

273 Courtis, Christian, *op.cit.*, nota 262, p. 47.

miembro del grupo o limitar el remedio otorgado a miembros específicos del grupo, ya que se busca llegar a una sentencia uniforme e indivisible. Por ello, los derechos colectivos atienden a colectividades o grupos limitados y circunscritos “fácilmente determinables”.

3.5. INTERESES O DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS O DE INCIDENCIA COLECTIVA.

Homogeneidad no es sinónimo de igualdad, sino de *afinidad*. Así, los derechos individuales homogéneos son derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como *derechos subjetivos*, sólo que ahora reflejan la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción; la acción colectiva por daños individuales (“*class actions for damages*”)²⁷⁴. El *origen común* es la causa que genera el reclamo de todas las pretensiones individuales en una sola. Por ello, la homogeneidad no altera ni compromete la esencia del derecho, ya que ésta sigue siendo una pretensión individual.

La legislación y doctrina brasileña, pionera en este tema, introdujo los derechos individuales homogéneos, que en realidad son derechos individuales y que por efectividad se demandan colectivamente. A diferencia de los derechos “supraindividuales” (difusos y colectivos), estos son calificados como “esencialmente individuales”; un interés que es colectivo sólo en la forma en la que es ejercido, no en su esencia. Son auténticos derechos individuales y debido al problema o conflicto fáctico, adquiere un alcance plural por encontrarse involucrados en él multitudes de personas, por lo cual se optó por un tratamiento procesal conjunto, o sea, colectivo²⁷⁵.

La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos descansa en dos factores: i) su *homogeneidad* al tener *origen común*, es decir, al producirse de una

274 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p.61.

275 Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, “*La Acción Colectiva: concepto y ámbito de aplicación*”, en Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), “*Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*”, México, Porrúa, 2008, p. 27.

misma fuente o causa; y ii) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de demandar colectivamente²⁷⁶. ¿Cuándo se puede decir que un conjunto de derechos individuales tiene un origen común? Cuando las causas para solicitar cada derecho individual son, si no exactamente las mismas, por lo menos similares al punto de ser indiferentes al momento de emitir una resolución. Las peculiaridades de cada caso individual son importantes solamente en la fase de liquidación de la sentencia colectiva, que será mediante una acción individual, ya que cada titular del derecho individual deberá comprobar la cantidad de su indemnización y acreditar que es miembro del grupo titular de los derechos individuales homogéneos juzgados en la sentencia colectiva²⁷⁷. La efectividad de las acciones para la defensa de derechos individuales homogéneos involucra la reducción de distintos intereses individuales a un núcleo general impersonal, que permite un juicio concentrado mediante la condena genérica y el fácil acceso a las posteriores acciones individuales de liquidación²⁷⁸.

Un caso interesante en el que se demandaron derechos individuales homogéneos es la “*class action*” conocida como “*Mexico Money Transfer Litigation*”²⁷⁹. En éste juicio se demandaba a las empresas *MoneyGram*, *Western Union* y *Orlandi Valuta*, debido a las comisiones que cobraban por las transferencias monetarias que hacían inmigrantes mexicanos en los Estados de California e Illinois. Los demandantes señalaban que los cargos eran excesivos e injustos. Mandar \$300 dólares a México costaba \$15 dólares. Era imposible que cada afectado acudiera al tribunal a reclamar los quince dólares que le cobraban las empresas

276 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 187, p. 15. Gutiérrez de Cabiedes señala que los estudiosos anglosajones han acuñado la expresión “*small claims*” (pequeñas reclamaciones) para describir la situación en la que los valores en juego son de escasa envergadura y superados por el costo del proceso. Se trata de cantidades pequeñas consideradas individuales y aisladas, pero muy numerosas y que agrupadas (homogéneas) tienen una entidad mucho más considerable. Cfr. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *op.cit.*, nota 220, pp. 122 y 123.

277 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 224, p.37.

278 Da Silva Araújo Filho, Luiz Paulo, “*El Anteproyecto de Código de Proceso Civil Colectivo Modelo para Iberoamericanos y los Intereses o Derechos Individuales Homogéneos*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), “*La tutela derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, 2ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 93.

279 “*México Money Transfer Litigation*”, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 01-1172, 01-1176, 7 de septiembre de 2001.

demandadas. Las empresas demandadas buscaron la manera de llegar a un convenio y por ello aceptaron cubrir todos los gastos del litigio, los honorarios de los abogados de la parte actora, otorgarle a todos los posibles afectados cupones y descuentos en sus envíos (equivalente a cuatrocientos millones de dólares) y poner a disposición de los consumidores servicios telefónicos para aclarar dudas respecto a los servicios de transferencias monetarias. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, Tribunal que avaló el convenio celebrado, señaló que los requisitos de *predominancia* y *superioridad* se actualizaban, debido a que todos los afectados tenían pequeños reclamos ("*small claims*"), el grupo era demasiado grande y el origen de la afectación era común a todos los miembros.

Christian Courtis señala que una de las razones que justifican la conveniencia de iniciar estas acciones colectivas se debe a la economía procesal que brindan. El acto u omisión ilícito es único y las cuestiones de derecho, hecho y prueba de todas las afectaciones son en parte idénticas. Tratar todas las afectaciones en una misma acción supone un ahorro considerable de tiempo y recursos²⁸⁰. Los supuestos en los que la acción colectiva individual homogénea podría ser procedente son tan amplios como cualquier acción individual que se interponga ante un tribunal. El *origen común* puede emanar tanto de la responsabilidad civil resultante de relaciones típicas del consumo (vicios en el producto o servicio, daños provocados por la mala calidad de un producto o servicio), responsabilidad ambiental (derrame de sustancias tóxicas que perjudican a pescadores o habitantes), previsión social (malos servicios de seguridad social o pago de pensiones) o civiles (derivados de la responsabilidad civil o daños y perjuicios). Este tipo de acciones colectivas constituyen una verdadera ampliación al acceso a la justicia de determinadas pretensiones subjetivas individuales, que si fueran llevadas a juicio por sus titulares, difícilmente llegarían a un tribunal derivado de

280 Courtis, Christian, *op.cit.*, nota 262, p. 59.

los diferentes obstáculos, en especial aquellos obstáculos económicos y normativos²⁸¹.

Al final, se reitera que estas definiciones abstractas son importantes solamente en tanto ellas facilitan una comprensión de los tipos de derechos que pueden ser protegidos colectivamente y la acción que proceda dependerá del caso en concreto. La experiencia brasileña ha señalado que respecto a los derechos difusos los miembros del grupo están vinculados por *circunstancias de hecho*; respecto a los derechos colectivos en estricto sentido los miembros estarán vinculados por una *relación jurídica común* y respecto a los derechos individuales homogéneos están vinculados por un *origen común*. Respecto a las acciones individuales homogéneas, se ha discutido que no basta la existencia de un *origen común* y se ha buscado la manera de imponer (en base a la experiencia de las “*class actions*” norteamericanas) el requisito de superioridad y predominancia con la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela colectiva y demostrar que sólo se podrá obtener justicia mediante ésta vía²⁸².

Como se puede extraer de la experiencia brasileña, muchas veces el Poder Judicial (en ánimos conservadores u ortodoxos) niega la admisión de demandas colectivas, no por la ausencia de legitimación activa, interés procesal o algún otro requisito, sino por la dificultad de encuadrar formalmente la pretensión material deducida en juicio a una de las categorías de intereses o derechos referidos en la

281 Alberto Benítez ofrece un claro ejemplo de las acciones individuales homogéneas: una empresa vende un total de 5000 llantas a un número igual de consumidores. Un estudio determina que las llantas tienen un defecto de fabricación que hace que exploten al alcanzar 80 km/h. El orden jurídico sustantivo ordenaría que la empresa llantera: a) reemplazara las llantas defectuosas o devolviera el costo pagado y b) reparar los daños causados por la explosión de las llantas a los consumidores afectados. Sin embargo, cada consumidor tendría que acudir de manera individual ante los tribunales a reclamar sus derechos. Si una llanta cuesta aproximadamente \$1,000.00 y los costos del abogado, el tiempo y gastos incidentales invertidos, son mayores al precio de la llanta, la racionalidad y viabilidad de iniciar un juicio es prácticamente nula. Los consumidores tendrían que aceptar su pérdida, tolerar la violación a sus derechos y permitir que la empresa se quede con ingresos indebidos. Con las acciones individuales homogéneas (o de incidencia colectiva) se podrían demandar indemnizaciones esencialmente individuales derivado de su origen común. Cfr. Benítez Tiburcio, Alberto, “*Acciones Colectivas en México*”, Jurípolis, *Revista de Derecho y Política del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales del Tecnológico de Monterrey*, vol. 2, núm. 10, 2009, p. 96, <http://www.ccm.itesm.mx/dhcs07/archivos/juripolis10.pdf>

282 Venturi, Elton, *op.cit.*, nota 244, p. 51.

ley²⁸³. Por ello, a pesar del intento legislativo (y también académico) de definir los derechos o intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, el único método apropiado para identificarlos envuelve necesariamente el caso en concreto. Sin una definición clara de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en la ley, los tribunales podrían acercarse al sistema de las acciones colectivas con un excesivo conservadurismo, lo sería terrible debido a que los derechos colectivos, caracterizados por su no individualidad e impersonalidad, se encuentran en permanente estado de amenaza.

283 *Ibidem*, p. 11.

CAPÍTULO IV

LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL

4.1. LA NECESIDAD DE PLASMAR LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El sistema tradicional de resolución de conflictos meramente individualista ha sido superado por la realidad. Si la sociedad cambia, es necesario que el sistema jurídico cambie. Lo anterior es así debido a que el Derecho no puede quedarse estático, sino todo lo contrario, debe ser dinámico y creado para resolver cualquier conflicto que se suscite o sea planteado ante un juzgador. La doctrina y la actividad jurisprudencial señalaban que el juicio de amparo era el único mecanismo necesario y suficiente para defender a los particulares contra abusos de autoridad, pero la realidad social, las relaciones entre gobernados y las relaciones de éstos con las autoridades, se han convertido cada vez más complejas. Además, la tutela de nuevos derechos se hizo cada vez más y más complicada; ¿cómo defender el medio ambiente, cómo exigir una vivienda digna y decorosa, o una educación de calidad? La introducción de estos nuevos derechos ha provocado un sinnúmero de discusiones, a tal grado que se ha pensado que estos derechos no son “justiciables”, debido al problema de su titularidad y la falta de mecanismos para tutelarlos o exigirlos. Sin duda, las acciones colectivas vienen a ser un valioso mecanismo jurídico y político.

El poder de un conglomerado de personas definidas o indefinidas se vuelve más fuerte en una negociación y por ende, con más oportunidades de tener éxito en la defensa de los derechos colectivos.

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera que plasmó la obligación del Estado de proteger derechos sociales. Sin embargo, de forma tardía protege derechos colectivos. En capítulos anteriores, se han explicado algunas razones que prueban la necesidad de plasmar las acciones colectivas en la Constitución, pero sin duda la más importante es que, además del juicio de amparo, los

particulares no tenían otro efectivo mecanismo para hacer valer sus derechos y en especial a tener un verdadero acceso a la justicia. Estos procesos colectivos hacen posible el acceso a la justicia para millones de mexicanos que han sido víctimas de abusos por parte de empresas públicas, privadas o por la misma autoridad, siendo uno de los mayores beneficios el efecto vinculante de las sentencias derivadas de estos juicios masivos. Es por ello que se debe estudiar el “génesis” de la reforma publicada el pasado 29 de julio de 2010 en el Diario Oficial de la Federación, por medio de la cual las acciones colectivas se volvieron una realidad en el sistema jurídico mexicano. Esta institución procesal es un poderoso mecanismo para la sociedad civil mexicana, permitirá ahora que los individuos se puedan organizar y logren librarse de ese sistema individualista que no ha podido solucionar todas las controversias planteadas ante los órganos jurisdiccionales.

Existen grupos, sectores, conglomerados y diversos tipos de colectividades que están en una posición de vulnerabilidad ante la ilegalidad, el abuso y el engaño de diversas empresas. Nadie escapa de esta realidad, ni siquiera las clases con las más altas y mejores condiciones económicas. Cualquier persona puede ser víctima de abusos, incumplimientos, malos tratos, prácticas monopólicas y cualquier otro supuesto imaginable. Por ello, se necesitan soluciones colectivas a males colectivos.

4.1.1. Contenido del artículo 17 Constitucional antes de la reforma.

Desde el 5 de febrero de 1917, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 17 Constitucional ha sido reformado tres veces. Este precepto fue retomado del mismo artículo 17 de la Constitución de 1857, sólo que tuvo algunos ligeros cambios, los cuales fueron aprobados por el Constituyente de Querétaro sin mayor discusión. En un principio, el texto de este precepto señalaba lo siguiente:

[...]

Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

[...]

La primera frase de este artículo prevé el derecho fundamental consistente en no ser sancionado penalmente por deudas de carácter civil. La Constitución del 57 plasmó este derecho en el artículo 17, lo que permitía hacer una distinción entre las sanciones penales y civiles, lo cual obligó al legislador a buscar otro tipo de condenas, por ejemplo aquellas que recayeran sobre los bienes del deudor o sobre el fruto de su trabajo. Que dicho precepto establezca que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter civil se debe a que el legislador buscó implementar el principio jurídico *“nulla poena sine lege”*, ya que antes en México eran frecuentes los casos registrados en que deudas puramente civiles eran saldadas no sólo con la privación de la libertad del deudor, sino hasta con su muerte²⁸⁴. En un sentido más amplio, la prohibición de prisión por deudas civiles estaba dirigida al legislador para que no estableciera procedimientos de apremio personal con la finalidad de obtener el cumplimiento de obligaciones civiles, mercantiles, laborales, fiscales o administrativas²⁸⁵. Lo anterior, no debe ser confundido con las “vías de apremio”. Las decisiones de un juzgador son actos de autoridad que deben ser obedecidos y por ello el juez debe tener todas las atribuciones necesarias para obtener su cumplimiento. Estas facultades disciplinarias obligan la observancia de sus resoluciones, que pueden consistir en multas, auxilio de la fuerza pública y hasta arresto por un máximo de treinta y seis horas, lo cual está expresamente establecido actualmente en el artículo 21 Constitucional.

La segunda disposición establece la prohibición de la autotutela, que consiste en la prohibición de ejercer violencia para reclamar un derecho propio por cuenta de

284 Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, nota 38, 629.

285 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 247, p. 171.

uno mismo. El llamado “derecho del más fuerte” o el “derecho de la fuerza”, en que se traduciría la autotutela, están absolutamente proscritos en toda comunidad civilizada. Por ello, el artículo 17 Constitucional retomó el mismo texto del artículo 17 de la Constitución de 1857²⁸⁶.

Su consecuencia da origen al derecho que establece que toda persona tendrá la posibilidad de acudir ante un órgano jurisdiccional para que le sea administrada justicia (derecho de acceso a la justicia) de forma gratuita²⁸⁷. Esta manera gratuita de prestar el servicio público jurisdiccional no siempre ha existido como garantía de las partes en juicio. Antiguamente los jueces tenían el derecho de percibir honorarios por la función que desempeñaban (como en la actualidad sucede con los árbitros comerciales) lo cual propiciaba la mercantilización de la justicia²⁸⁸. Ovalle afirma que *“la impartición de justicia debe dejar de ser una mercancía que se pone en venta por los tribunales y que compran los justiciables, para convertirse en un servicio que el Estado presta en forma completamente gratuita”*²⁸⁹. Sin embargo, esta prohibición no impide que se generen y cobren “costas procesales”, como por ejemplo edictos, el pago de derechos por inscripciones en los Registros Públicos de la Propiedad y del Comercio, el pago de honorarios de peritos, honorarios de abogados y diversos gastos necesarios para una correcta sustanciación procesal, además de la posible condena en costas de la parte vencida o la parte que haya actuado con temeridad y/o mala fe.

Tuvieron que pasar casi setenta años para que el artículo 17 Constitucional fuera reformado. El 17 de marzo de 1987 fue reformado y modificado, para quedar de la siguiente manera:

Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para

Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

286 Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, nota 38, p. 631.

287 Carbonell Sánchez, Miguel, *op.cit.*, nota 37, p. 721.

288 Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, nota 38, p. 632.

289 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 247, p. 158.

reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Con esta adición al artículo 17, queda claro que el legislador buscó establecer que todo proceso jurisdiccional debe ser expedito, sin dilaciones procesales. El derecho a un proceso sin dilaciones es el reflejo constitucional de la conocida máxima según la cual, “justicia retardada no es justicia”, es decir, que si una sentencia llega fuera de tiempo en realidad no sirve para nada. Para ser eficaz, el ejercicio de la jurisdicción debe ser tan rápido como lo permitan los derechos procesales de los justiciables²⁹⁰. Una justicia completa e imparcial se debe traducir en un proceso equitativo y razonable, lo cual viene de la mano con el derecho fundamental conocido como “garantía de audiencia” que emana del artículo 14 de la Carta Magna. Que los tribunales emitan sus resoluciones de manera completa significa que las leyes deben otorgar a las partes las oportunidades procesales adecuadas para exponer todas sus pretensiones, excepciones, ofrecer y aportar los medios de prueba que estime necesarios, siempre que sean relevantes y pertinentes en relación con el litigio, con lo cual quedará obligado el juzgador a resolver cada una de las pretensiones y excepciones planteadas. La imparcialidad es una condición esencial que debe satisfacer todo operador jurídico, debido a que su ejercicio jurisdiccional consiste en el deber de ser ajeno o extraño a los

290 Carbonell Sánchez, Miguel, *op.cit.*, nota 37, p. 729.

intereses de las partes en litigio y de dirigir y resolver el proceso sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas²⁹¹.

La segunda fracción agregada al artículo 17 establece que las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales. Esta reforma retoma dos principios fundamentales: el *régimen democrático* y la *división de poderes*, los cuales son necesarios en todo Estado democrático. El verdadero e irrenunciable significado actual del principio de la división de poderes reside en la independencia de las autoridades jurisdiccionales. Con la proliferación de tribunales administrativos que no pertenecen al poder judicial se ha debilitado la independencia judicial y ha propiciado la diversidad y contradicción de criterios jurisprudenciales y la distribución de recursos presupuestales con criterios dispares, recursos necesarios para una correcta procuración y administración de justicia²⁹². Si no hay independencia “externa” en los jueces, lo más probable es que todos los asuntos en los que existan altos intereses políticos y económicos, no podrán ser resueltos correctamente, pues ya sea que diversos poderes (Ejecutivo o Legislativo) o particulares (por lo general agentes económicos), a través de presiones y hasta por conductas ilícitas, pueden provocar una quiebra notable al principio de igualdad, lo que generará una sentencia viciada. Pero la independencia de los tribunales no solamente debe ser “externa” sino también “interna”. Lo anterior significa que los superiores jerárquicos no presionen u obliguen a los inferiores a decidir de determinada manera, por lo cual es necesario el fortalecimiento de las instituciones y crear órganos de gobierno dentro de los mismos poderes judiciales encargados de vigilar a los servidores públicos judiciales, como lo son los Consejos de la Judicatura Federal y estatales.

Posteriormente, el 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la segunda reforma al mismo precepto constitucional, para quedar de la siguiente manera:

291 Ovalle Favela, José, *op.cit.*, nota 247, p. 154.

292 *Ibidem*, p. 165.

<p><i>Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.</i></p>	<p><i>Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p><i>Las leyes federales preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.</i></p> <p><i>Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.</i></p>
---	---

El artículo 17 ahora prevería dos cosas importantes: la incorporación de mecanismos alternativos de solución de controversias y la implementación de juicios orales. El acceso a la justicia se ha intentado fortalecer a través de diversas vías, por ello, esta enmienda constitucional buscó plasmar nuevos mecanismos, que si bien no son la solución al problema de acceso a la justicia, ayudan a ampliar este derecho fundamental. En un principio, se buscaba garantizar que los ciudadanos pudieran tener acceso a mecanismos alternativos ágiles de solución

de controversias, procesos que debían regirse por los principios de equidad, imparcialidad, rapidez y profesionalismo toda vez que los ciudadanos en su mayoría, están indefensos ante grandes empresas públicas y privadas al no contar con el tiempo y los recursos suficientes para costear un juicio²⁹³. Además, se implementó el sistema procesal penal acusatorio en México, conocido como “juicios orales”, el cual ha merecido mayor atención, en virtud de que era esperada su incorporación en la Constitución desde hace algunos años²⁹⁴.

Ésta reforma fomenta la cultura de mediación y conciliación judicial entre las partes y permite que las personas puedan resolver sus conflictos sin autoridades al ser un mecanismo complementario al servicio de justicia ordinario. Con la inclusión de los “ADR” (*alternative dispute resolutions*) en la Carta Magna termina en definitiva un viejo debate sobre si dichos mecanismos eran o no inconstitucionales²⁹⁵, aun cuando previo a la reforma ya existían en leyes procesales y ya se había resuelto que respetaban las garantías de audiencia y debido proceso²⁹⁶. Parece ser que dentro de la cultura jurídica mexicana no existe una verdadera educación y efectiva información sobre los beneficios de llegar a un mutuo arreglo judicial. En vez de agotar tiempo y recursos económicos para llegar a una sentencia definitiva, lo usual es que las partes utilicen diferentes medios de impugnación y hasta juicios de amparo con la intención de subsanar omisiones procesales u obtener la protección de la justicia federal. Se reconoce la labor del legislador al buscar diversos mecanismos para maximizar el derecho de acceso a la justicia de todo individuo, tarea aun pendiente en México. No existen

293 Iniciativa de reforma constitucional presentada por Diputado Javier Martín Zambrano Elizondo, Gaceta Parlamentaria, año XII, núm. 2807, 27 julio de 2009.

294. En los transitorios segundo y tercero se estableció que respecto a esta materia, la entrada en vigor de la reforma ocurriría cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin exceder del plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Cfr. Urribarri Carpintero Gonzalo, “Finalmente, un estatuto constitucional para los mecanismos alternativos de solución de controversias...” en Urribarri Carpintero, Gonzalo, “Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 Constitucional”, México, Porrúa, 2010, p. 70.

295 *Ídem*.

296 Tesis 1a. CCLX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, p. 424, LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL NO PREVER UN RECURSO ORDINARIO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL.

“panaceas”, sino formas de subsanar desperfectos. La inclusión en la Constitución de los mecanismos alternativos de solución de controversias constituye un paso inmenso en el fortalecimiento de la democracia en México, al permitir que las voluntades privadas puedan manejar sus conflictos y convertir dicha opción en un derecho de las personas para decidir por sí mismas sus conflictos, sin la tutela de órganos del Estado²⁹⁷.

4.1.2. El costo de un litigio. Acceso a la justicia para grupos vulnerables.

Como fue explicado en el tercer capítulo, existen diversos tipos de obstáculos al acceso a la justicia y uno de los más frecuentes se debe a la falta de recursos económicos. Grupos vulnerables conformados por personas sin solvencia económica, personas con capacidades diferentes, o simplemente personas que ignoran la afectación que resienten en su esfera jurídica son los más afectados por este obstáculo. Ésta afectación por lo general se debe a tres razones: i) las tasas y costos de utilización de la justicia; ii) el desembolso generado por la necesidad de asesoría legal y iii) los demás costos propios de la tramitación de un proceso. Si bien existen diversos mecanismos para “paliar” este problema, como el Instituto Federal de Defensoría Pública o las defensorías de oficio locales, la desconfianza en ellos y la sobrecarga de trabajo que tienen, no permiten resolver el problema de fondo y por ello diversos grupos desprotegidos por su situación económica no cuentan con un medio efectivo de acceder a la justicia. Muchas veces los costos de un abogado, la falta de tiempo y diversos gastos que se tienen que realizar en la sustanciación de un proceso son mayores a las cantidades que se podrían llegar a demandar. Por ello, la racionalidad y viabilidad de iniciar un juicio es prácticamente nulo y la única opción es tolerar diversos tipos de violaciones, lo que aumenta el escepticismo en el sistema jurídico mexicano.

En México, los abogados cobran por sus servicios jurídicos de diversas maneras. Una de ellas es el “cobro por instancia”. Un abogado cobrará cierta cantidad por solamente estudiar un asunto, analizar la documentación y preparar el escrito

²⁹⁷ Díaz, Luis Miguel, “Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico”, en Uribarri Carpintero, Gonzalo, “Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 Constitucional”, México, Porrúa, 2010, p. 36.

inicial de demanda. Si el cliente busca que sea representado a lo largo de todo el juicio tendrá que pagar otra contraprestación. Haya o no sentencia favorable, los medios de impugnación (como por ejemplo los recursos de revocación, de apelación o algún incidente) así como los juicios de amparo que se lleguen a interponer, serán cobrados aparte, muchas veces por cantidades más elevadas. Otra forma de pagar los honorarios de un abogado es a través de una “*iguala*”. Ésta práctica es usual cuando personas, tanto físicas como morales, tienen diversos documentos por cobrar, o al revés, son demandados en diversos juicios, por lo cual, deciden contratar a un sólo abogado para que los represente en todos y el cliente pagará los honorarios de manera mensual, bimestral, semestral o la que se llegue acordar.

En México no es usual que los abogados cobren sus consultas por hora ni por “*quota litis*”, lo cual es conocido en Estados Unidos como “*contigent fees*”, que consiste en el pago de honorarios en base a lo que se obtenga en el litigio en caso de tener éxito. En tal hipótesis, el profesionista se convierte en “socio” del cliente al estipularse que los honorarios consistirán en una participación determinada en el resultado del negocio, por lo que la obligación principal del profesionista, que es la prestación de sus servicios, se convierte en una obligación de resultado y sólo tendrá derecho al pago de honorarios en proporción a lo que se obtenga en el litigio²⁹⁸.

Contratar los servicios de un abogado en México es demasiado caro y muchas personas no pueden costear una adecuada representación legal. En los países que tienen reguladas las “*class actions*”, las reclamaciones suelen ser muy cuantiosas y por ello los abogados generalmente cobran sumas muy elevadas. Sin embargo, la ventaja es que los miembros del grupo no deben de pagar nada ya que los abogados litigantes “*invierten*” en el asunto y pagan todos los gastos generados en juicio. En Estados Unidos por ejemplo, los abogados están muy bien pagados debido a que cobran por hora y/o con porcentajes altos del monto

298 Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. I Segunda Parte-1, enero a junio de 1988, p. 224, CUOTA LITIS, LA OBTENCION DE UNA PRESTACION EN EL JUICIO RELATIVO ES UN ELEMENTO DE LA ACCION DE PAGO DE HONORARIOS, SUSTENTADA DE UN PACTO DE.

obtenido al final del juicio (*“quota litis”*). Los altos honorarios, las altas compensaciones otorgadas por los jurados y la regla general norteamericana de que el vencido no es condenado a pagar los honorarios del vencedor (*“no fee shifting”*) ha provocado el surgimiento de una “barra empresarial” muy fuerte, que si bien ha permitido la expansión del acceso a la justicia a personas que ni siquiera pensaron podían ser representados en un juicio, no es falso que se generan diversos problemas éticos y estimulan la actividad litigiosa, ya que los actores no necesitan financiar los costos asociados con el procedimiento²⁹⁹.

La realidad en México se parece más a la de Brasil: los jueces son empleados civiles conservadores y propensos a conceder cantidades modestas en pago de daños, hay pocas posibilidades de cobrar honorarios con base en una *“quota litis”* y en general los actores son responsables del pago de honorarios de sus propios abogados aun si ganan el caso³⁰⁰, lo cual disminuye la posibilidad de fomentar que juristas “invieran” su tiempo y dinero en la defensa de litigios de interés público, lo que se conoce en Estados Unidos como *“public interest litigations”*. Además, en México difícilmente un reconocido abogado o una gran firma de abogados estarían interesados en representar a un grupo que busca la protección de un derecho difuso, ya que las sentencias que se lleguen a emitir respecto a la defensa de este tipo de intereses, en esencia, no buscan una condena indemnizatoria. Por ello, sería interesante voltear a ver las acciones populares colombianas. El artículo 39 de la ley 472 de 1998, prevé la posibilidad de obtener un “incentivo económico” que será entregado al demandante de una acción popular, según lo determine el juez, por su buena representación en nombre y a favor de la sociedad. Lo anterior, también fue previsto en el Código Modelo de Procesos Colectivos, ya que el párrafo segundo del artículo 15 de esa ley modelo prevé la posibilidad de fijar una

299 Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 29, p. 8.

300 *Ibidem*, p. 11.

gratificación en beneficio del representante de una acción colectiva cuando su actuación hubiera sido relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo³⁰¹.

Otra forma de facilitar el acceso a la justicia a grupos vulnerables es que el demandado, desde que es vencido, deberá responder por todas las costas del proceso judicial, incluidos los honorarios de abogados, los gastos y pruebas periciales, así como cualquier otro gasto generado en la sustanciación del proceso. Pero también, como una forma de atemperar lo anterior, es necesario que la ley secundaria regule que tanto el abogado de la colectividad accionante, como el abogado de la parte demandada puedan llegar a ser responsabilizados en caso de que actúen de mala fe. Lo anterior es así por dos cuestiones. La primera se debe a la clásica crítica a las acciones colectivas de que se pondría en riesgo que por una inadecuada representación del grupo no se beneficie a todos los afectados, lo cual es una verdadera falacia; muchas personas ni siquiera pensarían en iniciar un proceso judicial en contra de una gran empresa pública o privada, por lo cual los procesos colectivos facilitan la “presencia ante los tribunales” de todo afectado. La segunda cuestión se debe a que también se piensa que las acciones colectivas son abusivas y dejan en gran desventaja a los demandados debido a la presión de tener que enfrentarse a colectividades indeterminadas y por las altas indemnizaciones a las que son condenadas. Con una inadecuada regulación sí podría llegar a suceder, por ello es necesario prever medidas disciplinarias en contra de aquellos abogados que buscan solamente lucrar con estos mecanismos.

El Estado no puede esperar que acceda a la justicia sólo quien cuenta con los medios para hacerlo. Por ello, las acciones colectivas son una excelente

301 Gomes Júnior, Luiz Manoel, “Costas-Responsabilidad del reo vencido y exención del legitimado colectivo”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un dialogo iberoamericano*, México, Porrúa, 2008, pp. 210 y 211.

herramienta, permitirán que diversas personas que tengan derechos en común, se agrupen y puedan hacerlos valer de manera conjunta ante los tribunales³⁰².

4.2. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Desde hace algunos años, en México ya se discutía la necesidad de crear nuevos mecanismos encaminados a proteger derechos colectivos; el problema era materializar esas inquietudes en las leyes y/o en la Constitución. Dos congresos académicos fueron los que impulsaron la discusión y posibilidad de materializar las acciones colectivas en el sistema jurídico mexicano. El primero fue el “*Congreso Internacional sobre el acceso a la justicia para los consumidores a través de las acciones colectivas*”. Este congreso se llevó a cabo los días 15, 16 y 17 de noviembre de 2007 y fue organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la PROFECO y la asociación AIConsumidor, A.C. El segundo fue el “*Seminario Internacional sobre Acciones Colectivas*”, celebrado los días 27 y 28 de marzo de 2008, organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Senado de la República y el ITAM. Diferentes académicos mexicanos y extranjeros como Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Antonio Gidi, Eduardo García Sais o Alberto Benítez expusieron las ventajas y posibilidades de adaptar las “*class actions*” norteamericanas o las acciones colectivas brasileñas en México. Básicamente, el objetivo de estos dos congresos académicos era crear un proyecto de reforma constitucional que permitiera incluir dentro del sistema jurídico mexicano las acciones y procedimientos colectivos. Lo anterior fue expuesto a varios legisladores, por lo cual se organizó un grupo de trabajo para analizar dicha propuesta.

Lo anterior sin duda fue del interés del Senador Jesús Murillo Karam, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI). El Senador, convencido de lo expuesto por los académicos, solicitó la elaboración de una propuesta de reforma constitucional, la cual se convirtió en la base de la iniciativa con proyecto de decreto que adicionaba un párrafo quinto al artículo 17

302 Cossío, José Ramón, “*Acciones colectivas y funciones del Estado*”, *El Universal*, 17 de abril de 2011, <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/52446.html>.

constitucional y que fue presentada ante la Cámara Alta el 17 de febrero de 2008³⁰³. El legislador señalaba que en materia de derechos humanos, México, en un constante progreso por proteger a los individuos, ha ido incorporando a su sistema jurídico los derechos de primera generación (civiles y políticos), de segunda (económicos, sociales y culturales) así como los de tercera generación (colectivos). En otros países, la defensa colectiva de derechos e intereses ha sido más vigorosa y efectiva, debido a la incorporación de nuevos mecanismos, lo que ha permitido la reducción de la tensión social³⁰⁴. La pregunta era por qué México aún no lo hacía. Si bien en México ya existía la denuncia popular en materia ambiental o la acción de grupo en defensa de los derechos de los consumidores, la realidad es que su tratamiento era deficiente, con efectos restringidos y con muchas restricciones procesales. Es por ello que el objeto de la iniciativa era establecer dentro de la Constitución el reconocimiento de derechos y procesos colectivos y con ello dar un paso gigantesco en la mejora del acceso a la justicia de todos los mexicanos y habitantes del país y una verdadera posibilidad de hacer efectivos muchos derechos que no tenían una adecuada protección.

En la exposición de motivos, se mencionaba de forma literal que tanto en el ámbito federal, como en el estatal, el legislador tendría la obligación de interpretar el contenido y esencia de la reforma propuesta, a efecto de establecer acciones y procedimientos ágiles, sencillos y flexibles, para permitir la protección de derechos colectivos (difusos, colectivos, individuales de incidencia colectiva³⁰⁵). Lo más ambicioso era la posibilidad de utilizar los nuevos procesos colectivos en cualquier materia. En efecto, la iniciativa mencionaba que la protección de derechos colectivos podía realizarse en aquellas materias en las que fuera necesaria su regulación, incluidas y sin limitaciones la protección al medio ambiente, equilibrio ecológico, desarrollo sustentable, uso y disfrute de espacios públicos, uso y protección de los bienes del dominio público, libre competencia, acceso a servicios

303 Esta iniciativa de reforma constitucional también fue presentada en la Cámara de Diputados el día 5 de febrero de 2008 por el Diputado Juan Nicasio Guerra Ochoa. Sin embargo, el verdadero impulso se dio en el Senado.

304 Iniciativa de reforma constitucional presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, *op.cit.*, nota 245.

305 Tan es así, que el artículo segundo transitorio del proyecto de decreto señalaba una temporalidad de doce meses máximos para que las legislaturas estatales y el Distrito Federal adecuaran sus leyes.

públicos, derechos de los consumidores y usuarios, así como todos aquellos previstos en la legislación secundaria y en tratados internacionales³⁰⁶.

El legislador apuntaba que dejaba en segundo plano los mecanismos de participación ciudadana en los procedimientos judiciales, así como la determinación de quien tendría la legitimación activa, pruebas no individualizadas, cosa juzgada, efectos en la sentencia, financiamiento en los procedimientos, responsabilidad civil objetiva y otros puntos a discutir que deberían de estar previstos en una futura legislación secundaria. La forma en que termina la exposición de motivos el Senador Karam es muy interesante debido a que señalaba que ahora los juzgadores tendrían la misión de cuidar los principios de interpretación, con la finalidad de tutelar correctamente estos nuevos intereses, además de elaborar nuevos estándares y guías para auxiliar su labor, debido a la inexperiencia de los poderes judiciales mexicanos respecto a los procesos colectivos³⁰⁷. Dicho de otra forma, sería ahora obligación del juzgador dejar la forma “individualista” y conservadora con la que solían resolver las controversias, con la intención de tutelar de manera efectiva *derechos supraindividuales e individuales homogéneos* y utilizar fallos de otros sistemas jurídicos. La iniciativa buscaba adicionar un quinto párrafo al artículo 17 para quedar de la siguiente forma:

Texto del artículo 17 Constitucional.	Propuesta del Senador Jesús Murillo Karam.
<p><i>Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito,</i></p>	<p><i>Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando,</i></p>

306 Como se verá más adelante, esto fue limitado a causa de diversos intereses y presiones de la iniciativa privada. Sin embargo, el panorama no es del todo negativo, ya que con la llegada de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, el reconocimiento del interés legítimo colectivo, la aplicación del principio “*pro homine*” o “*pro persona*”, así como la obligación de aplicar un efectivo control de convencionalidad, permitirá que la utilización de las acciones colectivas se expanda a otras materias.

307 Iniciativa de reforma constitucional presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, *op.cit.*, nota 245.

<p><i>quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.</i></p>	<p><i>en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.</i></p> <p><i>“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”.</i></p>
--	--

Aun y cuando el texto pudiera parecer “acotado”, ya que se pudo haber definido mejor lo que se entendería por acciones colectivas y sobre todo por derechos colectivos, del texto se entiende que habrá un mecanismo para tutelar derechos colectivos (o sea, un proceso judicial) y que habrá una regulación secundaria que determinará quien podrá demandar estos derechos.

La iniciativa fue abiertamente aceptada en el Senado, por lo cual fue turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos, para ser estudiada, ahondar en ella y en su caso, perfeccionarla o darle una mejor redacción legislativa. Las Comisiones Unidas realizaron la primera Lectura del Dictamen el día 8 de diciembre de 2009. Acertadamente, entendieron la iniciativa del Senador Karam, al señalar que lo que había que estudiar era la implementación de las acciones colectivas en el sistema jurídico mexicano y el reconocimiento de derechos colectivos³⁰⁸. Las Comisiones enfatizaron que México siempre ha sido sensible en las exigencias de los tiempos y cambios en la sociedad derivado de la ciencia, la tecnología, la concepción del mundo, la complejidad mundial (o globalización), los cambios en la forma de interacción entre las personas, las nuevas relaciones entre productores, transformadores,

308 Dictamen de primera lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene el proyecto de decreto que adiciona al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta del Senado, núm. 66, 8 de diciembre de 2009. <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=1500&lg=61>

intermediarios, consumidores y la concepción de un patrimonio universal. Sin embargo, todo lo anterior necesitaba una regulación y por lo mismo mecanismos que ayudaran a tutelarlos. Al igual que el Senador Karam, las Comisiones también entendieron que las normas que en un momento cumplieron las expectativas y demandas que existían en materia de protección de los derechos de las personas, ya eran insuficientes a partir de la creciente complejidad de las relaciones entre los miembros de la colectividad y el surgimiento de nuevas formas de interacción entre ellos. Lo anterior fue resuelto en otras jurisdicciones con la regulación de acciones colectivas, las cuales, si bien tienen diferentes nombres, mantienen un común denominador: la regulación del fenómeno de derechos que trascienden la esfera individual.

Es por ello que se consideró procedente incorporar en la Constitución las acciones colectivas. De manera preventiva, se aclaró en esa primera lectura que la implementación de acciones colectivas no significaría sancionar a algún grupo en específico, sino simplemente establecer los caminos por los que los miembros de una colectividad podrían ejercer de forma efectiva sus derechos³⁰⁹. Sin embargo, la propuesta del Senador Karam fue modificada, debido a que las Comisiones “estimaron” procedente hacer ajustes a la redacción del texto de la propuesta original, con la intención de darle “mayor claridad, precisión y alcance”. Es por ello que quedó de la siguiente manera el texto de la reforma:

Propuesta del Senador Jesús Murillo Karam.	Modificación de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos.
<p><i>Art. 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e</i></p>	<p><i>Artículo 17³¹⁰. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.</i></p> <p><i>Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e</i></p>

309 *Ídem.*

310 Mientras se estudiaba la iniciativa del Senador Murillo Karam, el 18 de junio de 2008 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la segunda reforma al artículo 17 Constitucional.

<p><i>imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.</i></p> <p>“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”.</p>	<p><i>imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.</i></p> <p>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.</p> <p><i>Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.</i></p> <p><i>Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.</i></p> <p><i>Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.</i></p> <p><i>La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.</i></p> <p><i>Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.</i></p>
---	--

Como se podrá ver, se decidió que en vez de estar en el quinto párrafo del artículo 17 Constitucional, sería mejor ubicarla en el tercer párrafo, toda vez que los dos primeros se refieren expresamente al derecho de acceso a la justicia. También se empieza a ver una de las primeras críticas que se le hizo a la reforma: sólo los jueces federales serían competentes para conocer de este nuevo proceso colectivo.

En la sesión celebrada el día 10 de diciembre del mismo año se discutió el dictamen. Senadores de diversas bancadas como Ricardo Monreal Ávila, del

Partido del Trabajo (PT), Pablo Gómez Álvarez del Partido de la Revolución Democrática (PRD) y Felipe González González del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN), aplaudieron la reforma y se mostraron motivados para seguir con el segundo paso de la reforma: la ley secundaria. La discusión de la reforma fue tal, que hasta el Senador Felipe González González presentó el mismo día su propuesta de iniciativa de reforma al artículo 17 constitucional, en la cual se adicionaba un tercer párrafo a dicho artículo y adicionaba una fracción XXIX-P al artículo 73 y una fracción VII al artículo 104, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha iniciativa proponía lo siguiente:

Propuesta del Senador Felipe González González.
<p>“Art. 17. (...)</p> <p>(...)</p> <p>“La ley que expida el Congreso de la Unión en materia de acciones colectivas definirá las causas de procedencia, los procedimientos por los cuales una resolución definitiva sea susceptible de surtir efectos en beneficio de grupos o clases de personas, así como las formas de reparación del daño. Dichas acciones colectivas serán de la competencia exclusiva de los tribunales federales”.</p> <p>“Art. 73.- El Congreso tiene facultad:</p> <p>I a XXIX-O...</p> <p>XXIX-P.- Para expedir leyes que regulen las acciones colectivas contempladas en el tercer párrafo del artículo 17 de esta Constitución.”</p> <p>“Art. 104.- Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:</p> <p>I a VI...</p> <p>VII.- De las acciones colectivas.”</p>

Era interesante la iniciativa del Senador González, sin embargo, solo hablaba de la parte adjetiva, mas no de la protección de un derecho sustantivo colectivo. Aún cuando no tuvo seguimiento la iniciativa, lo interesante es que ya se empezaba a hablar de los efectos de una sentencia derivada de un proceso colectivo. Lo más rescatable de esta iniciativa era el efecto vinculante que tendría las sentencias derivadas de acciones colectivas.

Las intervenciones de los Senadores Ricardo Monreal Ávila y de Pablo Gómez Álvarez demuestran que era apoyada la reforma y la creación de nuevos mecanismos necesarios para la debida protección de derechos humanos de *tercera generación*. Algunos hábiles y agudos senadores, como Pablo Gómez, sabían que existían “insinuaciones” dentro del dictamen de que podría haber limitaciones en la ley secundaria respecto a las materias en las que se podrían interponer acciones colectivas. Sin embargo, la reforma tuvo 92 votos a favor, y cero abstenciones o en contra, por lo cual quedó aprobada en lo general y en lo particular el proyecto de decreto que adicionaba un párrafo al artículo 17 de la Constitución. Ese mismo día se turnó a la Cámara de Diputados y el 15 de diciembre de 2009 su Mesa Directiva turnó a la Comisión de Puntos Constitucionales la minuta con proyecto de decreto para análisis y dictamen³¹¹.

Tan importante era ésta reforma que todos los grupos parlamentarios buscaron participar activamente en ella e impulsarla con la intención de establecer lo antes posible las acciones colectivas en el sistema jurídico mexicano. Lo anterior se evidencia con las Excitativas de fechas 16 y 23 de febrero de 2010, dirigidas a la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, enviadas por el Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia del PT y el Senador Guadalupe Francisco Javier Castellón Fonseca del PRD, respectivamente. En ellas, los legisladores mencionaban que reconocer en la Constitución las acciones colectivas significaría superar la defensa individual en la que los ciudadanos tienen muchas desventajas y buscar que las empresas abusivas trabajen bajo criterios éticos y con base en el respeto de los derechos humanos³¹².

311 Versión estenográfica de la discusión y votación en el Senado del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene proyecto de decreto que adiciona un párrafo al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sesión ordinaria del día 10 de diciembre de 2009. http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=3&sm=3&lg=LXI_I&id=853

312 Solicitudes de Excitativas, presentadas por el Senador Francisco Javier Castellón Fonseca, Gaceta del Senado núm. 83, 16 febrero 2010. Una excitativa es un documento por medio del cual los legisladores solicitan al Pleno de la Cámara que se requiera a alguna comisión o comité que realice algún trámite que tiene bajo su responsabilidad, cuando ha concluido el plazo para ello y no lo ha hecho.

Es así que la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados analizó el dictamen de reforma. Para la Comisión, la posibilidad de incorporar demandas colectivas permitiría un mejor desarrollo al acceso a la justicia, introduciría frenos al abuso de poder y sería una adecuada forma de compensar quejas que antes no eran atendidas. Para la Comisión dictaminadora, la tutela de intereses y derechos colectivos no podía ser de carácter limitativo a unas cuantas materias ya que eso conllevaría a crear criterios reduccionistas en los derechos de los sujetos en materia de acciones colectivas y contravendría el espíritu de la reforma. La adición de un párrafo tercero al artículo 17 también permitiría establecer mecanismos de economía procesal, reducción de costos, generaría una mayor eficiencia en los procesos jurídicos y “descongestionaría” al Poder Judicial de las múltiples demandas existentes, cuyo contenido es repetitivo³¹³. Además, se concedería legitimación procesal activa a los ciudadanos en general, grupos, partidos, sindicatos, asociaciones civiles y autoridades. Por ello, se decidió incorporar en la Constitución las acciones colectivas y le correspondería al legislador crear procedimientos ágiles, sencillos y accesibles³¹⁴.

En sesión del día 25 de marzo de 2010, se realizó en la Cámara de Diputados la primera lectura del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales. El presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, Don Juventino Castro y Castro y los diputados María Teresa Rosaura Ochoa, Jaime Cárdenas Gracia,

313 Uno de los mayores beneficios que traerían estos nuevos mecanismos de tutela colectiva sería el “descongestionamiento” del Poder Judicial. Como ejemplo de la usual sobrecarga de trabajo del Poder Judicial, se pueden mencionar los casi doscientos mil amparos interpuestos en contra de la ley del ISSSTE en los años de 2007 y 2008. *Cfr. “Foro de acciones colectivas en la reforma política del estado, desde la perspectiva ambiental”,* Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, versión estenográfica, p.12, <http://archivos.diputados.gob.mx/comisionesLXI/medioambiente/foros/04.pdf>.

314 Versión estenográfica de la discusión y votación del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, que contiene el proyecto de decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la sesión ordinaria del día 25 de marzo de 2010. Es interesante que hasta este momento, la reforma preveía una protección de intereses y derechos colectivos amplia, sin limitarla a unas cuantas materias. Además, ya se discutía la legitimación para demandar y la posibilidad de dársela a cualquier ciudadano en general, grupos, partidos, sindicatos y autoridades.

Agustín Torres Ibarrola y Sergio Mancilla Flores, aplaudieron la reforma, recalcaron su importancia y la necesidad de crear la ley secundaria³¹⁵.

Se llegó a la convicción de establecer en el artículo 17 Constitucional un mecanismo que permitiría el ejercicio de derechos colectivos. Por ello, leído el dictamen, por 319 votos a favor y una abstención, fue aprobado por el pleno de la Cámara de Diputados el Decreto por el que se adicionaba un párrafo tercero y se recorría el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se establecía en el artículo segundo transitorio que el Congreso de la Unión tendría un año a partir del inicio de la vigencia del decreto para realizar las adecuaciones legislativas correspondientes y crear la legislación secundaria.

En apego al artículo 135 de la Constitución, el Decreto tenía que ser aprobado por la mayoría de las legislaturas estatales. Las legislaturas de los Estados de Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Colima, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca y San Luis Potosí, así como de los Estados de Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas hicieron llegar a la Comisión Permanente los comunicados aprobatorios correspondientes. Por ello, con fundamento en el artículo 72 de la Carta Magna, fue enviado al Poder Ejecutivo el decreto de reforma aprobado por ambas cámaras, para ser promulgado y publicado en el Diario Oficial de la Federación, cosa que sucedió el día 29 de julio de 2010, por lo que quedó de la siguiente manera el texto del artículo 17 constitucional:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

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.

315 *Ídem.*

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

4.2.1. Otras propuestas e iniciativas planteadas.

a. El proyecto de la LX Legislatura.-

Aún cuando la iniciativa de reforma constitucional del Senador Karam fue la que llegó a consolidarse y quedar plasmada en la Constitución, hubo otras propuestas que buscaron plasmar en la Constitución los derechos y acciones colectivas, mismas que empezaron a discutirse en la *LX Legislatura* del Congreso de la Unión.

Entre esas propuestas estaba la iniciativa de reforma al artículo 107 de la Constitución propuesta por la Diputada María del Pilar Ortega Martínez, del grupo parlamentario del PAN. La iniciativa fue propuesta en la sesión del día 19 de abril de 2007 y proponía eliminar el *interés jurídico* en el juicio de amparo e implementar el *interés legítimo*. La legisladora señalaba que los derechos difusos y colectivos corresponden a personas indeterminadas, pertenecientes a diversos grupos sociales, que se encuentran distribuidos en amplios sectores, de manera que no resultaba fácil la adecuada instrumentación de mecanismos encaminados a protegerlos³¹⁶. La apertura a una legitimación procesal amplia sería una herramienta eficiente para enfrentar diversas conductas antijurídicas.

³¹⁶ Iniciativa de reforma constitucional presentada por la Diputada María del Pilar Ortega Martínez, Gaceta Parlamentaria número 2236-IV, Cámara de Diputados, 19 de abril de 2007.

La anterior iniciativa y la del Diputado Juan Guerra del PRD (la cual era la misma que presentó en el Senado el Senador Karam) fueron analizadas por la Comisión de Puntos Constitucionales de la cámara baja. El dictamen elaborado por la Comisión fue discutido y aprobado en sesión del día 23 de abril de 2009³¹⁷, el cual contenía un proyecto de decreto por el que se adicionaría un tercer párrafo al artículo 17 de la Carta Magna. Se desconoce qué sucedió en esa Legislatura o qué tanto influyeron las diferentes negociaciones y cabildeos de gente externa al Congreso, pero el dictamen de la Comisión era totalmente diferente al que habría al año siguiente y además contenía muchas incongruencias. Se enfatizaba que los derechos colectivos eran aquellos relativos al derecho a un medio ambiente, del consumidor y de usuarios de servicios financieros. Se señalaba también que era urgente implementar instrumentos ágiles para proteger los derechos de *tercera generación*. También, el dictamen señalaba que ya existían instancias gubernamentales diseñadas para proteger aquellos derechos colectivos como la PROFECO, CONDUSEF o PROFEPA y por ello, la reforma reforzaría y optimizaría su actuar y evitaría peligros, amenazas o vulneraciones. El texto del párrafo tercero del artículo 17 constitucional que proponía la Comisión era el siguiente:

Proyecto de Decreto por el que se adicionaba un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución realizado por la Comisión de Puntos Constitucionales de la LX Legislatura:

Artículo 17.-...

...

Las leyes que expida el Congreso de la Unión regularán los derechos colectivos, los cuales solamente podrán establecerse en materia de protección al consumidor, usuarios de servicios financieros y protección al ambiente. Estos derechos podrán ser ejercidos por los órganos federales del Estado competentes en estas materias, por sí o a petición de los interesados. Dichas leyes determinarán las acciones y procedimientos judiciales para tutelarlos. Los Jueces federales conocerán de manera exclusiva sobre estos juicios.

De una simple lectura se puede ver que hay una limitación en cuanto a las materias en las que se podrían interponer acciones colectivas, una limitación

317 Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta Parlamentaria núm. 2743-XIV, Cámara de Diputados, 23 abril de 2009. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XIV.pdf>.

respecto a quién tendría legitimación activa y una reserva para que fuera competente solamente el Poder Judicial de la Federación. El proyecto de decreto fue aprobado “*fast track*” por unanimidad en lo general y en lo particular, por 296 votos y fue fuertemente criticado por organizaciones civiles debido a que diversas cúpulas empresariales (en específico el Consejo Coordinador Empresarial) presionaron a los legisladores para que aprobaran una reforma que no ayudaba en nada a la sociedad³¹⁸. El proyecto de decreto ni fue discutido ni leído en la sesión del 23 de abril de 2009 y solamente fue turnado al Senado para estudio. La misteriosa aprobación del decreto, así como la propuesta de reforma dejan mucho a la imaginación sobre lo que sucedió fuera del salón de sesiones.

En esta iniciativa, se buscaba otorgarle el monopolio de la representación a entidades públicas débiles, lo que impedía que la sociedad civil pudiera organizarse por sí misma, en busca de la defensa de sus derechos, aunado a que se reducía la aplicación de las acciones colectivas a solo tres materias. Lo único bueno de ese dictamen, es que sirvió de antecedente legislativo para que quedara claro lo que no se debía de aprobar, situación que la *LXI Legislatura* superó, al crear una mejor reforma.

b. Iniciativa del Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia. -

Es importante mencionar esta iniciativa debido a que es totalmente contraria a lo que creó la *LX Legislatura*. El Diputado Cárdenas proponía reformar los artículos 17, 25, 26, 35, 40, 41, 71, 73, 74, 76, 84, 94, 105, 115, 116, 122, 133 y 135 de la Constitución. Era una iniciativa muy ambiciosa que propuso en la sesión del día 10 de noviembre de 2009³¹⁹, con una exposición de motivos nutrida de doctrina y digna de ser estudiada. El investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ahora legislador, proponía crear nuevas vías para llegar a una democracia directa y mecanismos para proteger derechos colectivos. Señalaba

318 Esta iniciativa fue muy criticada por organizaciones civiles y por personajes del mundo intelectual y sería considerada la “contrarreforma” de la que sería publicada el 29 de julio de 2010. *Cfr. “Manifiesto todos somos uno, a favor de las acciones colectivas impulsadas por la sociedad civil”, <http://www.alconsumidor.org/noticias.phtml?id=357>*

319 Iniciativa de reforma constitucional presentada por el Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, Gaceta Parlamentaria número 2885-II, Cámara de Diputados, 10 de noviembre 2009.

que los ciudadanos y la sociedad en su conjunto necesitan herramientas jurídicas para participar e incidir en las decisiones de la autoridad, limitar y controlar el poder público y fomentar una democracia participativa y deliberativa.

Dentro de las propuestas que ofrecía en su iniciativa, el Diputado Cárdenas señalaba la necesidad de prever en el texto constitucional la revocación de mandato para sustituir democrática y legalmente a los gobernantes ineficaces, ineficientes y corruptos; afirmativa ficta para que ante la no respuesta de las autoridades a las peticiones y acciones de los ciudadanos fueran sancionadas con la respuesta favorable a los ciudadanos; iniciativa ciudadana para que la sociedad pudiera promover iniciativas de reforma constitucional, legal o de cualquier índole ante las instancias legislativas y gubernamentales; referéndum respecto a las reformas a la Constitución y a la celebración de tratados internacionales; plebiscito para que la voluntad ciudadana fuera consultada por las autoridades; acciones colectivas y procedimientos para proteger jurisdiccionalmente derechos económicos, sociales y culturales y garantizar derechos colectivos y difusos; acción popular de inconstitucionalidad para que cualquier ciudadano pudiera reclamar la inconstitucionalidad de reformas a la Constitución, tratados internacionales y reglamentos y la implementación del “*amicus curiae*”³²⁰ para que los ciudadanos y los sectores se involucren en forma institucional y constructiva en los procesos judiciales. Por lo anterior, el legislador buscaba plasmar los derechos y acciones colectivas en la Constitución de la siguiente manera:

Iniciativa de reforma constitucional del Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia. Un párrafo octavo al artículo 17, una fracción XXIX-P al artículo 73, la adición de la fracción VIII del artículo 116 y se adiciona una base sexta al artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 17.-...

...

Las leyes regularán aquellas acciones y procedimientos para la protección adecuada de

320 “*Amicus curiae*” significa, en un sentido literal, “amigo de la corte” o “amigo del tribunal”. Esta, es una figura jurídica que consiste en presentaciones orales o escritas, realizadas por terceros ajenos a una controversia judicial, en la que justifican un interés en la resolución del litigio, a fin de expresar sus opiniones en torno a la materia del mismo a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial. Cfr. Bazán, Víctor, “*amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso*”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio, UNAM, 2005.

derechos e intereses colectivos, así como medidas que permitan a los individuos su organización para la defensa de los mismos.

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

...

XXIX-P- Para expedir las leyes que establezcan a nivel federal los procesos de plebiscito, referéndum, iniciativa legislativa ciudadana, revocación del mandato, presupuesto participativo, acciones ciudadanas de inconstitucionalidad, acciones para la protección de intereses colectivos y difusos y, demás medios e instrumentos de democracia participativa y deliberativa.

Artículo 116.-...

...

VIII. Las Constituciones y las leyes de los estados dispondrán los más amplios medios de democracia participativa y deliberativa para el desarrollo de las entidades federativas, por lo que se regularán: el referéndum, el plebiscito, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocación del mandato de los electos popularmente, el presupuesto participativo, el derecho de consulta, de audiencia, de auditoría ciudadana, la afirmativa ficta, la protección de intereses colectivos y difusos, los grupos consejeros ciudadanos oficios ante los poderes judiciales locales, entre otras figuras de democracia semidirecta que deben establecer las normas.

Artículo 122.-...

...

Base Sexta. El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y las leyes que expida la Asamblea Legislativa, dispondrán los más amplios medios de democracia participativa y deliberativa para el desarrollo del Distrito Federal, por lo que se regularán: el referéndum, el plebiscito, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocación del mandato de los electos popularmente, el presupuesto participativo, el derecho de consulta, de audiencia, de auditoría ciudadana, la afirmativa ficta, la protección de intereses colectivos y difusos, los grupos consejeros ciudadanos oficios ante el órgano judicial, entre otras figuras de democracia semidirecta que deben establecer esas normas.

Las reformas propuestas por el congresista del PT son mucho más amplias que cualquier otra. El texto del párrafo octavo del artículo 17 es muy genérico pero prevé la parte sustantiva y adjetiva de los procesos colectivos. Señala también que el Congreso de la Unión será competente para legislar sobre acciones colectivas, sin embargo, los artículos 116 y 122 establecen que los legisladores locales y del Distrito Federal también podrán expedir leyes sobre la protección de intereses colectivos y difusos y por ende no habría ninguna reserva federal respecto quien podría resolver.

Queda claro que era una iniciativa atrevida y muy adelantada, que seguramente puso nerviosas a muchas personas. Sin embargo, con la llegada del dictamen

aprobado por el Senado derivado de la iniciativa de reforma constitucional del Senador Karam, la iniciativa del Diputado Cárdenas “quedó eclipsada”, y al final este mismo legislador sería uno de los mayores impulsores de la reforma propuesta por el Senador Karam en la cámara baja. Si bien esta iniciativa toca muchas tareas pendientes por legislar, al menos fue un “catalizador” para que los congresistas entendieran la necesidad de crear mecanismos eficaces y diseñados para proteger derechos colectivos.

c) La reforma constitucional del juicio de amparo.-

Sin duda una de las más importantes reformas constitucionales que se han dado en muchos años es la que fue propuesta el pasado 19 de marzo de 2009³²¹ y que se vio plasmada en la Constitución el pasado 6 de junio de 2011, derivado de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. La reforma constitucional de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107, referente al juicio de amparo, junto con la del artículo 17 Constitucional y la que sería publicada el 10 de junio de 2011, referente a los derechos humanos, son tres de los más grandes trabajos de la *LXI Legislatura*.

El “*génesis*” de esta reforma está muy vinculada con la del 29 de julio de 2010, debido a que fue propuesta por muchos de los mismos senadores que impulsaron la reforma al artículo 17 Constitucional, aunado a que fue discutida y aprobada por el Senado en la misma sesión del 10 de diciembre de 2009, en la que fue discutida y aprobada también la del artículo 17. La finalidad de la enmienda constitucional de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 era reformar íntegramente el instrumento de control constitucional más importante del ordenamiento jurídico mexicano: el juicio amparo. La reforma permitiría que cualquier quejoso que tuviera un *interés legítimo* podría solicitar el amparo y protección de la justicia de la nación, sin tener que acreditar el interés jurídico, uno de los mayores obstáculos del juicio de amparo. También, ahora la Suprema Corte tendría la facultad de emitir una

321 Iniciativa de reforma constitucional presentada por los Senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti, Pedro Joaquín Coldwell y René Arce Islas, Gaceta Parlamentaria núm. 352, en la sesión ordinaria del día 19 de marzo de 2009, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=12767&lg=60>

declaratoria general de inconstitucionalidad en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca jurisprudencia por reiteración. Habría también el amparo adhesivo, así como el otorgamiento de la suspensión por la “apariencia de buen derecho”, principio que ya estaba bastante estudiado tanto en la doctrina como en diversas interpretaciones jurisprudenciales.

Son muchos los cambios jurídicos y procesales que aportan ésta reforma pero el cambio más relevante es el de la fracción I del artículo 107 constitucional, ya que con el nuevo juicio de amparo, el proceso se seguiría siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o interés *legítimo individual o colectivo*. Ya no solamente los individuos a los que se les agravió personal y directamente podrán ostentar el carácter de quejosos, sino que gracias a esta reforma podrán promover el juicio de amparo las personas que sean titulares de un derecho o de un *interés legítimo colectivo*. El texto quedaría de la siguiente forma:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

...

Lo anterior es un avance trascendente en el sistema jurídico mexicano. Ahora, no solamente habría un mecanismo para tutelar derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, sino también, el control de constitucionalidad más importante de México podría ser utilizado para defender derechos humanos y fundamentales de grupos determinados o indeterminados.

d) El caso del Distrito Federal.-

En el capítulo primero de este trabajo se mencionó que existían algunos ordenamientos jurídicos estatales que preveían ciertos mecanismos diseñados

para defender derechos e intereses colectivos. Al hablar del ambicioso proyecto de legislar las acciones colectivas en la Ciudad de México, resulta necesario mencionar los mecanismos estatales y compararlos con el que iba a ser el sistema procesal colectivo en el Distrito Federal y constatar que tan adelantados y apegados a la realidad estaban los legisladores capitalinos.

El artículo 213 del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos señala que el Ministerio Público local, así como cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social, no políticas ni gremiales, tienen legitimación procesal activa para iniciar un proceso civil encaminado a defender el medio ambiente, valores culturales o históricos y en general, cualquier derecho que pertenezca a un grupo indeterminado de personas.

La fracción V del artículo 279 del Código Procesal Civil para el Estado Coahuila señala que la acción de un demandante podrá ser ejercida para tutelar intereses colectivos de grupos indeterminados. Además, el artículo 285 del mismo ordenamiento jurídico señala que cualquier integrante del grupo afectado, instituciones, asociaciones o agrupaciones privadas especializadas en la defensa de los intereses sociales o colectivos podrán interponer una demanda encaminada a exigir la responsabilidad derivada de daños o perjuicios causados a un grupo indeterminado de personas. En la fracción segunda del mismo numeral existe una especie de derecho “*opt out*”, pues señala que la sentencia no surtirá efectos respecto de las personas que, debidamente informadas por el representante del grupo acerca de la radicación del juicio, comparezcan ante la presencia judicial y antes de la audiencia de desahogo de pruebas a manifestar su voluntad de no intervenir en el proceso.

Por último, el artículo 11 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, señala que las instituciones y asociaciones, así como cualquier integrante de la comunidad, en los casos relativos a la defensa del medio ambiente, de valores culturales, históricos, artísticos, urbanísticos y otros análogos, se encontrarán legitimados para promover demandas encaminadas a buscar la protección de intereses difusos y colectivos.

Todos esos antecedentes sirvieron para darle vida a la iniciativa presentada el 6 de enero de 2009 por los asambleístas Víctor Hugo Círiga Vázquez del PRD (ahora del PRI), Jorge Federico Schiaffino Isunza del PRI y Xiuh Guillermo Tenorio Antiga del grupo parlamentario Partido Nueva Alianza (PANAL)³²². Esta propuesta buscaba reformar y adicionar diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley Ambiental del Distrito Federal, la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal y la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal.

La iniciativa fue aprobada por la *IV Legislatura* capitalina y por ello, ese mismo día se decidió turnarla a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia para análisis y proyecto de Decreto. Un primer dictamen fue elaborado el día 28 de abril de 2009³²³. La línea de estudio de la Comisión era clara; si existían derechos colectivos violados debían existir mecanismos colectivos para defenderlos. Para los asambleístas, era importante esta reforma, debido a que si bien existían algunas legislaciones locales que hacían intentos en tutelar derechos colectivos, el Distrito Federal podía dar un mejor ejemplo respecto a una justicia democrática y establecer normas jurídicas en materia de acciones colectivas³²⁴. La reforma buscaba definir de forma enunciativa, mas no limitativa, el campo de aplicación de estos nuevos procesos colectivos, primordialmente en materias como la protección al ambiente, el desarrollo sustentable, uso y disfrute de espacios públicos, servicios públicos y responsabilidad patrimonial del Estado. Era impresionante el apoyo que existía en la Asamblea Legislativa; integrantes de grupos

322 Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal, presentada por los diputados Xiuh Guillermo Tenorio Antiga, Jorge Federico Schiaffino Isunza y Víctor Hugo Círiga Vázquez, ALDF, *IV Legislatura*, 13 de enero de 2009.

323 Primer dictamen relativo a la iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversos artículos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal, de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, ALDF *IV Legislatura*.

324 *Ídem*.

parlamentarios como el PRD, PT, PAN, PANAL y PRI estaban decididos a darle entrada a ésta importante reforma.

La reforma tenía como objetivo: i) la posibilidad de indemnizar colectivamente por daños causados a una pluralidad de personas unidas entre sí por circunstancias de hecho, de derecho u origen común; ii) coadyuvancia en los procesos y permitir la figura jurídica de “*amicus curiae*” en estos juicios masivos; iii) posibilidad de que miembros de grupos pudieran autoexcluirse para efectos de que pudieran demandar las mismas pretensiones de forma individual (“*opt out*”); y iv) la creación de un Fondo que administraría los recursos ganados en juicios derivado de acciones colectivas encaminadas a defender derechos difusos y colectivos. En fin, la reforma crearía una legislación sustantiva y adjetiva bastante interesante que pondría a prueba al Tribunal Superior de Justicia de Distrito Federal.

El problema que existía se debía a las presiones de los “asesores externos” de diferentes grupos empresariales y de algunos diputados de la misma Asamblea Legislativa. Había varias cúpulas políticas y empresariales que estaban en contra de la reforma y derivado de sus negociaciones y presiones, el dictamen fue “sepultado”. Lo anterior fue así debido a que el dictamen elaborado por la Comisión no pudo ser analizado en el periodo ordinario de la *IV Legislatura*. El 28 de abril de 2009, día en que iba a ser discutido y votado, la sesión fue cancelada debido al brote de gripa AH1N1. Se decidió llevar acabo un periodo extraordinario para que la Asamblea pudiera sesionar en medio de la “psicosis” que se vivía en el país debido a la “gripa porcina”. Sin embargo, el dictamen no entró en la lista de pendientes y por ende no pudo ser discutido ni votado. En pocas palabras, fue vetado.

Nuevamente, diversos “cabilderos” legislativos conspiraron en contra de una propuesta que podía beneficiar a muchas personas y transformar el Poder Judicial del Distrito Federal. Y no es por menos, la reforma era muy ambiciosa y puso a temblar a cientos de empresas y prestadores de servicios. Además, la posibilidad de reformar las leyes que regulan los procesos contenciosos administrativos en la ciudad, darían la oportunidad de poder demandar al gobierno capitalino y por

ende, muchos proyectos públicos podrían ser suspendidos. Abiertamente se puede decir que esta reforma sí tenía una dedicatoria y varias empresas y proyectos públicos podían ser afectados. La falta de apoyo por parte del Jefe de Gobierno y de diversos asambleístas del PAN fue decisivo para que la iniciativa no fuera discutida ni aprobada³²⁵.

Posteriormente, hubo dos intentos más en la Asamblea Legislativa que buscaron implementar algunos mecanismos de protección de derechos colectivos en la Ciudad de México. El primero fue la iniciativa propuesta por la Diputada Alicia Téllez Sánchez del PRI³²⁶. En un intento más reservado, la legisladora proponía adicionar un segundo párrafo al artículo 16 del Código Civil del Distrito Federal y reformar el artículo 33 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con la finalidad de que se viera plasmada en la ley la posibilidad de proteger derechos difusos en el Distrito Federal y otorgarle legitimación procesal activa al Ministerio Público, a cualquier interesado con conocimientos en la materia y a las instituciones o asociaciones que a juicio del Tribunal garantizaran una adecuada defensa. El segundo intento fue la iniciativa presentada en la sesión del 8 de abril de 2010 por el Diputado David Razú Aznar del PRD. Su propuesta buscaba reformar diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal³²⁷. Esta iniciativa básicamente era igual a la de la *IV Legislatura*, sólo que eliminaba las modificaciones a la Ley Ambiental del Distrito Federal y se le dio una mejor técnica legislativa.

325 En diversas entrevistas, diversos asambleístas comentaron que la reforma podría ser utilizada en contra de empresas tabacaleras, en contra de empresas dedicadas a comercializar medicamentos “milagro” y productores de alimentos. Además, derivado de los recientes datos estadísticos sobre la obesidad infantil en México, varios diputados como Xihuh Tenorio argumentaron que las acciones colectivas “capitalinas” podrían ser utilizadas para demandar daños y perjuicios por afectaciones a la salud. Diversas empresas trasnacionales, el mismo Jefe de Gobierno Marcelo Ebrard, así como los asambleístas del grupo parlamentario del PAN, fueron entre muchos los culpables de que esta reforma no fuera aprobada. Cfr. Gershenson, Daniel, “Alcalde verde, impunidad manifiesta”, *Animal Político*, 22 de noviembre de 2011, <http://www.animalpolitico.com/blogueros-entropista/2011/11/22/alcalde-verde-impunidad-manifiesta>

326 Iniciativa de decreto por el que se adiciona el párrafo segundo al artículo 16 del Código Civil del Distrito Federal y se crea el artículo 33 bis del código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, propuesta por la Diputada Alicia Téllez Sánchez, Gaceta Parlamentaria de la ALDF num. 31, año 01, 6 de abril de 2010.

327 Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos del código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, del Código Civil para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal, segundo periodo ordinario de sesiones, *V Legislatura*, ALDF, 8 de abril de 2010.

Sin embargo, ninguna de las dos iniciativas propuestas pudo aprobarse ya que jurídicamente, era imposible su puesta en práctica. La recién aprobada reforma al artículo 17 Constitucional dejaría sin materia a las iniciativas capitalinas, ya que había una expresa reserva federal para darle competencia al Congreso de la Unión para legislar sobre acciones colectivas y los tribunales del Poder Judicial de la Federación serían los únicos competentes para conocer dichos procesos. Aún cuando varios asambleístas estaban comprometidos con la reforma, las “asesorías” efectuadas por cabilderos, vinculados con los intereses empresariales oligopólicos y que también operaron en la elaboración de la “contrarreforma” constitucional (la que fue aprobada el 23 de abril de 2009 por la Cámara de Diputados), hicieron que la iniciativa de la *IV Legislatura* y los otros intentos de regular procesos colectivos en el Distrito Federal naufragaran³²⁸.

Las iniciativas anteriormente narradas son solamente unas batallas, pues ninguna ley es perfecta y la práctica forense, la academia y sobre todo la actividad jurisprudencial señalaran las “grietas” en la legislación, que sin duda en un futuro pondrán a discusión la posibilidad de implementar en los fueros comunes procesos colectivos encaminados a proteger derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

4.2.2. La reforma al artículo 17 Constitucional.

El procedimiento legislativo que finalizó con la adición del tercer párrafo al artículo 17 Constitucional fue arduo. Muchos grupos académicos, políticos, así como representantes de la sociedad civil estaban a favor, defendían y argumentaban los grandes beneficios que traerían las acciones colectivas al sistema jurídico mexicano. También hubo visiones contrarias que se dedicaron a disminuir la efectividad de estos procesos colectivos y argumentaban solamente diversos problemas de índole práctico, en base en la experiencia de otros sistemas jurídicos y que, con una adecuada técnica legislativa se podrían corregir. Algunos

328 Gershenson, Daniel, “Acciones colectivas: logro histórico”, *El Universal*, 29 de abril de 2010. <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/48152.html>.

de esos argumentos eran³²⁹: i) que las acciones colectivas se han utilizado en otros países como mecanismos de “chantaje corporativo”; ii) los abogados especializados en estos mecanismos rutinariamente demandan para intimidar empresas; iii) ante un resultado adverso, lo usual era llegar a acuerdos prematuros donde la mayoría de los beneficios son para los abogados y en último lugar los intereses de los miembros del grupo afectado; iv) con ésta reforma, se daría una nueva herramienta a “grupos de choque”; v) y que la justicia local no estaba preparada para estos temas.

Se debe reconocer la gran labor que realizaron diversos grupos de académicos, políticos y representantes de instituciones públicas y privadas que apoyaron la reforma. En el Congreso, dos legisladores fueron los más fervientes defensores de la reforma constitucional. Por un lado el Senador Jesús Murillo Karam, quien desde un inicio defendió e impulsó la reforma en la Cámara Alta y en la Cámara Baja, el ex ministro Juventino Castro y Castro, presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales. Lo procedente es analizar la reforma constitucional que fue publicada el pasado 29 de julio de 2010, en el Diario Oficial de la Federación.

a. “Leyes que regulen las acciones colectivas”.-

La primera frase da entender que previo a la publicación de la reforma constitucional, ya se estaba “gestando” la legislación secundaria que regularía las acciones colectivas en México. Por su contenido, se infiere que quedaría descartada la posibilidad de realizar una “ley marco” creada exclusivamente para regular procesos colectivos. Se podría pensar también que el Congreso de la Unión tendría que crear diversas leyes con el mero objetivo de regular las acciones colectivas. Sucedió todo lo contrario, ya que se reformarían diversas disposiciones sustantivas, así como el Código Federal de Procedimientos Civiles. Sin duda, incorporar las acciones colectivas en un capítulo especial del Código Federal de Procedimientos Civiles sería lo más idóneo, debido a que es la ley supletoria a diferentes leyes especializadas.

329 Benítez Tiburcio, Alberto. *op.cit.*, nota 281, p. 110.

Asimismo, previo a la publicación del decreto de reforma, ya se habían preparado reformas a diversas leyes, como por ejemplo al Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, así como a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Aún se tenía la idea de que las acciones colectivas serían procedentes en cualquier materia en la que pudiera darse una afectación a derechos colectivos, como se dijo en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma del Senador Karam.

b.- Reserva para el Congreso de la Unión.-

Esta es una de las mayores críticas que se le hizo a la reforma constitucional, ya que se le otorgó al Congreso de la Unión amplias facultades para regular las acciones colectivas bajo los siguientes parámetros: determinar las materias de aplicación, establecer los mecanismos judiciales, indicar los mecanismos de reparación del daño y disponer que solamente los jueces federales conocerán de forma exclusiva estos procesos colectivos. La redacción de la reforma induce una interpretación que sustraería del ámbito de competencia local la posibilidad de establecer las acciones colectivas. Además, ¿que sucedería con la legislación de Puebla, Coahuila o Morelos que ya tenían regulada una acción colectiva previo a la reforma del 29 de julio de 2010? Muchas materias corresponden a las entidades federativas, no al congreso federal, por lo cual sería difícil incorporar acciones colectivas encaminadas a proteger esas materias.

Lo ideal hubiera sido que la reforma estableciera expresamente que “*el Congreso de la Unión legislará sólo en su ámbito de competencia*” y agregar un apartado al artículo 73 de la Carta Magna para darle sustento a su nueva atribución. Pero con el contenido aprobado y publicado, se limita y obstaculiza la posibilidad de que en fueros locales se lleguen a implementar acciones colectivas³³⁰. De una simple lectura, se entiende que la Federación es la única que puede legislar sobre

330 Madrazo Lajous, Alejandro, “*Acciones Colectivas: reforma engañabobos*”, *El Universal*, 27 de abril de 2010. <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/48125.html>.

acciones colectiva, lo cual podría provocar que diversas entidades federativas planten conflictos en los que defiendan su jurisdicción.

c.- Materias aplicables.-

Es verdad que se tenía el temor de que en la ley secundaria se limitarían las materias en las que serían procedentes las acciones colectivas y no es por menos, en la anterior legislatura se limitó a sólo tres por culpa de las presiones de grupos empresariales³³¹. Sin embargo, en el texto del nuevo párrafo tercero del artículo 17 Constitucional se remitía a la ley secundaria las materias aplicables. Lo ideal hubiera sido que el legislador estableciera en la ley secundaria, un listado enunciativo mas no limitativo, para saber con precisión en qué materias serían procedentes las acciones colectivas y al final, acabar con una fracción que estableciera la “sacrosanta” disposición que establece: “y los demás casos”. La realidad siempre supera la ley y el juzgador necesita un campo amplio de discrecionalidad para aplicar el derecho y poder emitir una justa resolución. Por ello, dejar en una fracción de la ley secundaria la posibilidad de iniciar un proceso colectivo en cualquier materia aplicable sería esencial.

d.- Reparación del daño (y perjuicio).-

Parece que el legislador olvidó completamente plasmar en la Constitución la otra consecuencia del incumplimiento de obligaciones civiles: el perjuicio. El artículo 2108 del Código Civil Federal señala que por daño se entiende la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. El artículo 2109 del mismo código señala que por perjuicio se entiende aquella privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. La realidad siempre supera la ley, es por ello que lo ideal hubiera sido que se previeran mecanismos de reparación tanto para el daño como para el perjuicio civil.

e.- Reserva al Poder Judicial de la Federación.-

331 “Foro de acciones colectivas en la reforma política del estado, desde la perspectiva ambiental”, *op.cit*, nota 313, p. 24.

Varios académicos y personas que presenciaron las negociaciones de la reforma al artículo 17 Constitucional señalan que la reserva para que sólo el Poder Judicial de la Federación conociera de acciones colectivas se debe fundamentalmente a razones políticas³³². Además, la reforma buscó contener cualquier intento de legislar acciones colectivas a nivel local, debido a que se desconfiaba del juzgador local. Lo anterior se vuelve un claro obstáculo para la defensa de varios derechos que son regulados por los congresos locales y resueltos por los tribunales locales. El diseño constitucional de las acciones colectivas se vuelve ineficiente, ya que no permite defender plenamente cualquier derecho colectivo, sino solamente aquellos regulados por el Congreso de la Unión. También, surge una seria pregunta, ¿que pasaría con aquellas materias concurrentes, como la materia mercantil y la protección al ambiente? El artículo 104 Constitucional señala que podrán conocer tanto jueces y tribunales federales, como locales controversias del orden mercantil, derivadas de afectaciones a intereses particulares. La Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente es federal pero admite la concurrencia en materia ambiental entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, bajo el principio previsto en la fracción XXIX-G del artículo 73 de la Constitución Mexicana³³³.

Al darle competencia exclusiva al Poder Judicial de la Federación se elimina la posibilidad de tutelar diversos derechos regulados y resueltos a nivel local y además, no sería clara la procedencia de acciones colectivas en materias concurrentes.

f.- Un texto meramente “adjetivo”.-

No queda claro porqué se estableció en la Constitución el derecho de interponer acciones colectivas, así como procedimientos y mecanismos de reparación del daño y no los nuevos derechos sustantivos (derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos). La parte total de la protección de derechos colectivos,

³³² “Claros oscuros de las acciones colectivas”, *Revista El Mundo del Abogado*, sección debate, 1º de enero de 2011, <http://elmundodelabogado.com/2012/claros-oscuros-de-las-acciones-colectivas/>.

³³³ “Foro de acciones colectivas en la reforma política del estado, desde la perspectiva ambiental”, *op.cit*, nota 313, p. 5.

su reconocimiento, fue ignorada y se dejó en segundo plano para ser plasmada en la legislación secundaria. La Constitución debió partir de la protección y reconocimiento de derechos sustantivos procesos con los cuales defenderlos. Lo anterior, permitiría una mayor protección, evitaría rigidez, permitiría una interpretación constitucional más amplia y sobre todo no se acotarían los mecanismos de protección de derechos colectivos.

La iniciativa del Senador Murillo Karam señalaba que *“las leyes regularían aquellas acciones y procedimientos para la protección adecuada de derechos e intereses colectivos”*. Dicha propuesta era mucho mejor, ya que elevaba a rango constitucional la protección de derechos e intereses colectivos y con la reforma publicada el 29 de julio del 2010 solamente se prevé la incorporación a la Constitución de un proceso colectivo.

Por último, se puntualiza que si bien tiene deficiencias, la reforma es aceptable. La incorporación de un nuevo mecanismo diseñado para proteger derechos colectivos era urgente en México. Las personas, de manera individual, muchas veces no tienen las mismas capacidades humanas ni materiales para enfrentar corporaciones y autoridades. Siempre habrá una gran disparidad en un litigio con base en las capacidades económicas de las partes. El hecho de que el sistema jurídico mexicano permita que los ciudadanos tengan la legitimidad para defender derechos colectivos es un paso gigante en el acceso a la justicia.

CAPÍTULO V

EL FUTURO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO

5.1. LA LEY SECUNDARIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: EL DECRETO DE REFORMA DEL 30 DE AGOSTO DE 2011.

Si bien este trabajo se ha enfocado en analizar la reforma al artículo 17 constitucional, no se puede evitar mencionar la segunda etapa de la instrumentación de las acciones colectivas en México. Al momento de escribir estas líneas, el camino ya está trazado, ya que, en primer lugar, se tiene la adición del tercer párrafo al artículo 17 de la Constitución y en segundo lugar la ley secundaria que deriva del precepto constitucional, por medio de la cual se regulan las acciones colectivas México. Por ello, se explicará cómo se conformó la ley secundaria, cuáles eran sus alcances y desafortunadamente, cuales son sus grandes desperfectos.

La otra importante consecuencia que deriva de la materialización de las acciones colectivas es el futuro “amparo colectivo”. Como se explicó en el capítulo cuarto, el 6 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la reforma a diversos artículos constitucionales que regulan el juicio de amparo. Ahora, podrá interponer una demanda de amparo cualquier persona que tenga un *interés legítimo colectivo*. Con ello, la protección de derechos colectivos será más amplia y el efecto de las sentencias derivadas de juicios de amparo, beneficiarán ya no sólo al quejoso promovente, sino a todo aquel que recienta una violación en sus derechos fundamentales. El sistema jurídico mexicano ha cambiado, tan es así que el control de constitucionalidad más importante empieza a adecuarse para tutelar derechos colectivos, cambio que llega de manera tardía pero afortunadamente ya es una realidad.

El artículo primero transitorio del decreto de reforma al artículo 17 Constitucional estableció un plazo máximo de un año a partir del 20 de julio para que el Congreso realizara las adecuaciones legislativas necesarias. Se propusieron diversas

iniciativas encaminadas a crear la instrumentación de las acciones colectivas en el sistema jurídico mexicano, pero la que se aprobó fue la que propuso el Senador Jesús Murillo Karam, en la sesión ordinaria celebrada el 7 de septiembre de 2010, por medio de la cual se reformaban y adicionaban diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, del 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 Financieros³³⁴. Esta propuesta de legislación secundaria al artículo 17, fue también elaborada por académicos, ya que fueron Alberto Benítez Tiburcio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Antonio Gidi quienes elaboraron dicho proyecto³³⁵.

Muchas asociaciones civiles, grupos de académicos y profesionistas señalaron que durante la reforma constitucional, el actuar del Congreso de la Unión obedeció a las presiones de altas cúpulas empresariales que no deseaban que las acciones y procedimientos colectivos estuviesen en manos de los ciudadanos. Por ello, la oportunidad de reivindicación de los legisladores estaba en sus manos en la elaboración y aprobación de la ley secundaria. La instrumentación de las acciones y procedimientos colectivos dotaría a los ciudadanos, grupos e instituciones de un poderoso mecanismo de defensa de derechos frente a los abusos de las grandes empresas públicas y privadas, instituciones financieras y también frente a las autoridades que incumplían por acción u omisión sus obligaciones.

334 Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código Civil Federal, de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, propuesta por el Senador Jesús Murillo Karam, Gaceta Parlamentaria núm. 134, en sesión ordinaria del 7 de septiembre de 2010, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=4934&lg=61>.

335 Cfr. Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coords.), *Anexo 3, "Iniciativa de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles"*, en *"Código Modelo de Procesos Colectivos. Un dialogo iberoamericano"*, México, Porrúa, 2008, pp. 447 a 453. El diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, propuso las mismas adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles, en la sesión del 9 de febrero de 2010. Lo único que el legislador agregó fue lo concerniente a la legitimación procesal activa. El diputado federal proponía otorgarle legitimación a sindicatos y a partidos políticos para la defensa de derechos e intereses colectivos ligados a sus objetivos. Sin embargo, dicha iniciativa nunca fue dictaminada.

La iniciativa del Senador Murillo Karam, basada en el proyecto creado por los tres académicos que trabajaron con el legislador desde la reforma constitucional, constituía un esfuerzo para dar cumplimiento al mandato legislativo para reglamentar el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional. Se proponía incorporar un libro denominado “*de las acciones colectivas y el procedimiento judicial colectivo*” en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), con la intención de armonizar los nuevos procesos colectivos con los juicios ordinarios civiles federales, pero con reglas específicas y particulares con base en las características y requerimientos de una controversia, en la cual, una de las partes es una colectividad³³⁶. Precisaba el legislador, que las acciones colectivas no son solo medios para defender a los consumidores, sino también son un vigoroso instrumento para dar cauce a la tutela de derechos fundamentales consagrados en la Constitución que se traducen en derechos colectivos, como por ejemplo el derecho a la protección de la salud, al medio ambiente adecuado, seguridad, en la defensa de los usuarios financieros, competencia económica y demás derechos tutelados por la Carta Magna³³⁷.

Había nerviosismo en diversos grupos que estaban a favor y en contra de la instrumentación de las acciones colectivas debido a que la regulación que proponía el Senador Murillo Karam no tenía correlación con su exposición de motivos. Parecía que en el fondo, el legislador proponía algo, pero en los preceptos legales se plasmaba algo más acotado o limitado. Tristemente, la iniciativa del Senador Karam fue aún más limitada por las Comisiones Unidas de Gobernación y de Estudios Legislativos, debido a que el dictamen que elaboraron y que fue discutido y votado en la sesión del 9 de diciembre de 2010, contiene una regulación que no cumplía con las exigencias que la sociedad necesitaba³³⁸. Votada y aprobada por ochenta y cuatro votos a favor, cero en contra y cero abstenciones, el dictamen fue enviado a la Cámara de Diputados para revisión.

336 Iniciativa de reforma presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, *op.cit.*, nota 334.

337 *Idem*.

338 Dictamen a discusión de la sesión ordinaria del 9 de diciembre de 2010, Gaceta del Senado, núm. 195, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=6746&lg=61>

Ya en la Cámara de Diputados, el dictamen³³⁹ fue discutido arduamente en la sesión del 28 de abril de 2011. Algunos legisladores señalaban que el Senado había creado una regulación “intermedia”, que evitaba abusos y excesos que provocaban las “*class actions*” en Estados Unidos. Otros, señalaban que era totalmente inadecuada ya que se limitaban las materias aplicables, con lo cual sería imposible la defensa de derechos económicos y culturales³⁴⁰. Aun cuando muchos legisladores criticaron la propuesta del Senado, ésta fue aprobada por 398 votos a favor, 4 en contra y 6 abstenciones, por lo cual fue enviada al Ejecutivo para su publicación, en términos del artículo 72 de la Constitución. Así, el 30 de agosto de 2011 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reformaban y adicionaban 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 del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, el cual entraría en vigor a los seis meses después de su publicación. La primera legislación en materia de acciones colectivas era ya una realidad en el sistema jurídico mexicano.

Este trabajo no tiene como objetivo hacer un análisis sucinto de la ley secundaria, pero es necesario hacer algunas observaciones. Todos los elementos que componen un proceso colectivo (incluidos los incidentes, medidas precautorias, medios de apremio, notificaciones, ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos, los efectos de las sentencias y su ejecución, los gastos y costas judiciales, medios de impugnación, etc.) tienen que estar dirigidos a tutelar de manera efectiva los derechos e intereses colectivos y a contrarrestar las enormes asimetrías naturales

339 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, Gaceta Parlamentaria, núm. 3249-III, 27 de abril de 2011.

340 Versión estenográfica de la sesión ordinaria celebrada el 28 de abril de 2011, Cámara de Diputados, *LXI Legislatura*.

entre las partes³⁴¹. El legislador tuvo que evitar cargas onerosas, formalismos innecesarios y procedimientos o requisitos creados por el proceso individual tradicional.

En todo proceso existe una secuencia, un orden de etapas, desde su iniciación hasta su fin³⁴². Lo anterior debe ser así para darle certeza y seguridad jurídica a las partes y asegurar que sus derechos procesales serán respetados en cualquier etapa judicial. De una simple lectura al decreto del 30 de agosto de 2011, se puede notar que la legislación secundaria de las acciones colectivas cumple con las formalidades esenciales del procedimiento, obligación constitucional prevista en el artículo 14 de la Constitución, ya que el decreto regula con claridad todas las etapas procesales en el juicio³⁴³. Sin embargo, existen desperfectos de fondo en la reglamentación del tercer párrafo del artículo 17 constitucional, los cuales son:

a.- Materias aplicables (artículo 578 CFPC).-

Es una lástima el contenido de este precepto legal. Parece que el Congreso de la Unión retomó lo que la *LX Legislatura* hizo mal, al limitar la procedencia de las acciones colectivas a sólo unas cuantas materias. Ahora, existiría un mecanismo jurisdiccional para tutelar derechos colectivos relacionados con el consumo de bienes o servicios públicos o privados, la protección al ambiente, así como la competencia económica y servicios financieros. El contenido de este artículo resulta incongruente con la exposición de motivos de la iniciativa de reforma al artículo 17 Constitucional y con la iniciativa presentada el 7 de septiembre del Senador Murillo Karam por medio de la cual proponía la legislación secundaria del párrafo tercero del artículo 17 de la Carta Magna. En ambas iniciativas se señalaba que las acciones colectivas serían procedentes en un amplio campo de materias y no se limitaban a unas cuantas. Sin miedo a errar, instituciones de

341 Labardini Inzunza, Adriana, "Acciones Colectivas en la Sociedad de Consumo", Alconsumidor, A.C., 2010, http://www.oxfamMexico.org/oxfam/descargas/Estudio_Accionescolectivas.pdf

342 Gómez Lara, Cipriano, "Derecho Procesal Civil", 6ª ed., México, Oxford University Press, 2003, p. 17.

343 Existen muchas clasificaciones de las etapas del proceso. Se apoya la que propone Cipriano Gómez Lara, quien afirma que existe la etapa de *instrucción*, que a la vez se divide en postulatoria, probatoria y preconclusiva, y la etapa conocida como *el juicio*, la cual lleva acabo el órgano jurisdiccional que conoce de la controversia. *Ibidem*, pp. 18 a 22.

crédito, prestadoras de servicios, empresas que cotidianamente realizan prácticas monopólicas, así como tiendas de autoservicios cabildearon en contra de la procedencia de las acciones colectivas en otras materias³⁴⁴.

Con el decreto publicado el 30 de agosto de 2011, se reformó el artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica, lo que permitiría que aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o concentración prohibida, podrían interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses. También quedaron reformados los artículos 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y los artículos 11, 91 y 92 de la Ley Federal de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, al señalar ahora que cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, podrán ejercitar los legitimados una acción colectiva en defensa de sus derechos. Además, con la adición al artículo 202 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, se podrán ejercitar acciones colectivas para combatir aquellos actos, hechos u omisiones que violenten los derechos de una colectividad de personas, incluyendo también aquellos que violenten las legislaciones ambientales de las entidades federativas. En todos los ordenamientos legales referidos con anterioridad, se estableció como ley supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Como lo afirma Ferrer Mac-Gregor, en la legislación federal ya se habían introducido en diversos ordenamientos denuncias populares, que no constituían propiamente acciones colectivas. ¿Porque no se reformaron también esas leyes federales, como por ejemplo, la Ley General de Salud (artículo 60) o la Ley General de Asentamientos Humanos (artículo 57)? Resulta misterioso porqué el legislador decidió limitar la procedencia de las acciones colectivas a solo tres materias³⁴⁵. Se espera que en la práctica, el Poder Judicial de la Federación

344 Concha, Miguel, "Amparo colectivo", *La Jornada*, 10 de enero de 2009, www.jornada.unam.mx/2009/01/10/index.php?section=politica&article=014a2pol

345 Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Amparo colectivo en México: hacia una reforma constitucional y legal", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Edgar Danés Rojas (coords.), "La protección orgánica de la constitución", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, pp. 60 y 61.

amplíe las materias aplicables y realice una verdadera interpretación exegética de la reforma, ya que la esencia de la reforma (la exposición de motivos de la iniciativa) buscaba una procedencia amplia, que abarcara diversas materias y no simplemente tres³⁴⁶.

b.- Clasificación de derechos y acciones colectivas.- (artículos 580 y 581 CFPC).-

El artículo 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles menciona que las acciones colectivas serán procedentes para tutelar derechos e intereses difusos, colectivos y de incidencia colectiva. Por el otro lado, el artículo 581 señala que los derechos previstos en el artículo 580 se ejercerán a través de acciones difusas, colectivas en estricto sentido y acciones individuales homogéneas. Lo anterior, resultará confuso en la práctica, ya que es ocioso hacer ésta diferenciación. Hubiera sido suficiente que la ley secundaria reconociera los tipos de derechos colectivos y describir los supuestos para su procedencia (cuestiones de hecho, derecho u origen común). Se entiende que el legislador buscó la manera de diferenciar cada uno de los derechos colectivos al señalar sus características y los efectos de las sentencias que se llegaran a emitir, pero no era necesario detallar cada uno de los tipos de acciones por medio de las cuales se reclamarían los derechos colectivos. Por ello. La práctica y el caso en concreto delimitarán la procedencia de cada acción colectiva y a criterio del juzgador se deberá de resolver si es procedente o no tutelar un derecho colectivo (difuso, colectivo o de incidencia colectiva) con la acción colectiva intentada (difusa, colectiva o individual homogénea).

346 En una interesante tesis, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resolvió que el quinto párrafo del artículo 4º constitucional (el cual garantiza un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas) es un derecho fundamental “*erga omnes*”, que puede generar una acción colectiva tanto en un aspecto sustantivo como en el de su protección, relacionado con el numeral 57 de la Ley General de Asentamientos Humanos, que otorga a los residentes del área que resulten directamente afectados con construcciones, fraccionamientos, condominios, cambios de uso o destino del suelo u otros aprovechamientos de inmuebles que contravengan las disposiciones jurídicas de desarrollo urbano, el derecho a exigir ante las autoridades competentes que se apliquen las medidas de seguridad y sanciones procedentes, derivado de la exigencia de un derecho jurídicamente tutelado como es el de preservación del entorno residencial. Tesis I.4o.A.568 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1694, INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. LO TIENE UNA ASOCIACIÓN DE COLONOS PARA RECLAMAR EL PERMISO OTORGADO PARA INSTALAR UNA ESTACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE GAS DENTRO DE SU COMUNIDAD.

c.- Integración de la clase (“opt in”) (artículos 587, 589 y 594 CFPC).-

En estos artículos se encuentra el gran desperfecto de la reforma. Para la conformación del grupo o clase, se decidió optar por un proceso de integración muy limitado ya que los afectados deberán adherirse al grupo y no que la acción colectiva vincule a todos. Con la opción de ingresar a la clase (“opt in”) se desnaturaliza toda acción colectiva, volviéndola inocua e ineficaz. Esta modalidad es restrictiva porque solamente permite que aquellas personas que tengan conocimiento de la promoción de una demanda colectiva y que además acudan al juicio colectivo y manifiesten su intención de formar parte de la clase o grupo, se beneficiaran con la sentencia definitiva o el convenio de transacción que se llegue a celebrar con el demandado³⁴⁷. Por el otro lado, la opción de salir o autoexcluirse (“opt out”) se destaca por ser más protectora y garantista, pues los beneficios que pueden derivarse de una sentencia favorable al grupo son extendidos a todos los afectados, incluso a aquellos que por diferentes motivos o circunstancias no tuvieron conocimiento de la acción colectiva interpuesta.

Es preocupante el texto del artículo 594 que fue aprobado por el Congreso de la Unión. En este numeral, textualmente se señala que, respecto a la adhesión voluntaria (“opt in”), 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 los mismos hechos. No es novedad que México está inmerso en un ambiente de inseguridad y corrupción. Por ello, no sería extraño que en la práctica se lleguen a amenazar, intimidar o hasta corromper a los miembros de una acción colectiva con la finalidad de que esta no llegue a cumplir el requisito de procedencia previsto en la fracción III del artículo 588 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en el cual se establece que el grupo

³⁴⁷ El artículo 595 del Código Federal de Procedimientos Civiles señala que una vez que es notificada la certificación de la acción colectiva, el Juez señalará fecha y hora para la celebración de audiencia previa y de conciliación, la cual tiene como finalidad que las partes lleguen a un convenio parcial o total, el cual deberá tener el “visto bueno” de los órganos y organismos señalados en la fracción I del artículo 585, del Procurador General de la República y se considerarán también las manifestaciones que realicen miembros del grupo, para que posteriormente se eleve a cosa juzgada.

demandante debe estar conformado por al menos treinta miembros. Es por ello que era necesario establecer la modalidad de “*opt out*”. Ya lo decía el Senador Murillo Karam en su iniciativa del 7 de septiembre de 2010; con el modelo “*opt out*” se garantizaría que los principios rectores de los procedimientos colectivos efectivamente serían observados y con ello se ampliaría el ámbito protector de las acciones colectivas³⁴⁸.

d.- Requisitos de procedencia y causales de improcedencias (artículos 588 y 589 CFPC).-

Es verdad que en este tipo de procesos colectivos es necesario establecer requisitos de procedencia, para evitar demandas frívolas o que solamente están encaminadas a obtener un lucro. Los *requisitos de procedencia* sirven para que el juez constate que todos los elementos necesarios se actualizan para así poder certificar la acción colectiva. El inciso *a)* de la “*Rule 23*” señala que el grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos los miembros sea impracticable (“*numerosity*”); ii) deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (“*commonality*”); iii) las pretensiones o defensas del representante del grupo deben ser típicas o iguales a los de los miembros del grupo (“*typicality*”) y iv) los intereses del grupo deben estar adecuadamente representados en juicio (“*adequate representation*”). En México se buscó implementar algo parecido, tan es así que se creó una etapa de “certificación” prevista en el artículo 590, con la intención de verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia previo a la admisión de la demanda. Sin embargo, las *causales de improcedencias* previstas en el artículo 589 del Código Federal de Procedimientos Civiles podrían convertirse en obstáculos para la sustanciación de éstas demandas colectivas. El juzgador deberá velar por una interpretación amplia, aplicar el principio “*pro homine*” y evitar que las causales de improcedencias imposibiliten la sustanciación de los juicios, como ha sucedido en la práctica con el juicio de amparo.

348 Iniciativa de reforma presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, *op.cit.*, nota 334.

e.- Efectos de las sentencias (604 y 605 CFPC).-

Al leer la exposición de motivos de la iniciativa de reforma de fecha 7 de septiembre de 2010, se puede notar que los efectos de las sentencias iban a ser más amplios. Sin embargo, los legisladores establecieron en los artículos 604 y 605 del Código Federal de Procedimientos Civiles los tipos de condenas con base en la naturaleza de cada tipo de acción.

En acciones difusas, la condena consistirá en la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación y si no fuera posible, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. Respecto a las sentencias derivadas de acciones colectivas en sentido estricto y acciones individuales homogéneas, la condena consistirá en la realización de una o más acciones, abstenerse de realizarlas y cubrir los daños causados a los miembros del grupo. He aquí la desnaturalización de la acción colectiva, ya que cada miembro de la colectividad tendrá que promover un incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido y cumplir una serie de requisitos dentro de los plazos que el juez establecerá. Al final del proceso colectivo, cada miembro deberá ejecutar la sentencia en lo individual y deberá de aportar pruebas individualizadas para probar su afectación. Estos artículos no detendrán las impunidades y violaciones realizadas por los posibles demandados y es posible que provoquen que la tutela que se busca lograr con la acción colectiva se vuelva tenue e inofensiva. La práctica lo comprobará.

f.- Gastos y costas (616, 617 y 618 CFPC).-

En un principio, se buscó que los gastos y costas derivados de procesos colectivos se determinarían en la sentencia y se liquidarían en ejecución de sentencia. Entre las reglas a seguir, se determinó que si la parte demandada era condenada, el juzgador la condenaría a pagar adicionalmente los gastos justificados en que haya incurrido la parte actora (peritajes, honorarios de abogados, gastos a lo largo del proceso, etc.). Si el legitimado activo perdía, solamente pagaría los gastos y costas del demandado si la demanda fuese frívola o basada en documentos

falsos. Lo anterior seguía una regla acorde a la realidad. Los miembros de un grupo muchas veces no pueden pagar los honorarios de un abogado ya que éstos suelen ser más altos que la propia cuantía de sus reclamos. El Congreso de la Unión no atendió lo anterior y en un supuesto intento de evitar un “desequilibrio entre las partes”, determinó que cada parte asumiría sus gastos.

Todos los elementos anteriormente descritos conllevan a mirar con dudas la efectividad de las acciones colectivas. Es verdad que no toda la regulación de la ley secundaria del párrafo tercero del artículo 17 Constitucional es mala. La certificación que realizará el juez previo a la admisión de la demanda (artículo 590), las reglas para el ofrecimiento y desahogo de pruebas no individualizadas (596 a 601), la implementación del “*amicus curiae*” (artículo 598), las medidas precautorias que podrá decretar el juez a petición de las partes (artículo 610), los medios de apremio que harán valer los juzgadores para hacer cumplir sus determinaciones (artículo 612) o las reglas de competencia (artículo 24 del Código Federal de Procedimientos Civiles y el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), hacen que el juicio en lo general tenga todas las formalidades esenciales del procedimiento, bajo un esquema de economía procesal y certeza jurídica. Además, aun cuando hay preceptos legales en la ley secundaria que obstaculizan la eficacia de las acciones colectivas, el artículo 583 del Código Federal de Procedimientos Civiles tranquiliza a los que están a favor de los procesos colectivos. Dicho precepto señala que el juez deberá interpretar las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos. La “esencia” de la ley secundaria y de la misma reforma al artículo 17 Constitucional, se basará en la interpretación que realicen los tribunales. Como bien lo afirmó el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *“el ejercicio de las acciones colectivas ante los órganos jurisdiccionales, exige al Juez adecuar el procedimiento, para adoptar los principios del proceso jurisdiccional social, debiendo despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada individuo, para así poder acudir a una interpretación jurídica avanzada y de vanguardia. Sólo así se podrán tutelar los intereses y*

*derechos colectivos, ya que si su impacto es mucho mayor, se requiere el máximo esfuerzo y una mayor actividad de los tribunales, 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*³⁴⁹.

Los detractores de la reforma hablan del desequilibrado “empoderamiento” que se le otorga ahora a los ciudadanos, lo cual fomentará la actividad litigiosa mexicana, al crear “fiscales privados”³⁵⁰. Lo anterior, no tiene nada de negativo, ¡sino todo lo contrario, es lo que la sociedad necesita! El proyecto que buscaba regular el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional era muy ambicioso, sin embargo, nuevamente diversos intereses privados presionaron para aminorar la efectividad de estos mecanismos colectivos. La ley es mejorable, ya se cuenta con la primera instrumentación de las acciones colectivas, queda ahora que la práctica demuestre su efectividad, el Poder Judicial de la Federación analice estos nuevos procesos colectivos y con ello empezar a analizar y discutir la manera de mejorar la legislación.

5.2. UN AMPARO COLECTIVO.

La reforma al artículo 17 Constitucional y la reforma a los artículos 94, 103, 104 y 107, también constitucionales, están muy relacionados. Las acciones colectivas son una realidad en el sistema jurídico mexicano. La sustanciación de procesos colectivos empezará a principios de marzo de 2012, fecha en que entró en vigor el decreto publicado el 30 de agosto de 2011 en el Diario Oficial de la Federación³⁵¹.

349 Tesis I.4o.C.136 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXVII, abril de 2008, p. 2381, INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN PROCESOS JURISDICCIONALES COLECTIVOS O INDIVIDUALES. CARACTERÍSTICAS INHERENTES.

350 “Claros oscuros de las acciones colectivas”, *El Mundo del Abogado*, op.cit., nota 332.

351 Mientras se escriben estas líneas (marzo-abril 2012), se tiene conocimiento solamente de dos acciones colectivas interpuestas ante el Poder Judicial de la Federación. Una radicada en el Juzgado 5° de Distrito en Materia Civil en el Estado de Jalisco bajo el número de expediente 105/2012, presentada por el representante de un grupo de treinta personas en contra de Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y la Comisión Federal de Telecomunicaciones. La otra fue promovida por la PROFECO en contra de las empresas productoras del “5 Total Balance”, “Top & Up”, “Renueé”, “Lasher Double Action System” (conocidos como productos milagro) radicado en el Juzgado Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, bajo el número de expediente 127/2012. Ninguna ha llegado aun a la etapa de certificación.

La cuestión será, ¿qué pasará cuando las personas con legitimación procesal activa en las acciones colectivas resientan un agravio a los derechos fundamentales del grupo? La protección de derechos colectivos (difusos, colectivos en estricto sentido e individuales homogéneos) no siempre implicará un problema de constitucionalidad, pero podría llegar a darse a lo largo de la sustanciación del proceso o en la misma sentencia definitiva. Además, desde algunos años se ha hablado de la posibilidad de interponer un amparo en contra de actos privados que lesionan derechos fundamentales. Por ello, el amparo debe ser una opción para proteger los derechos fundamentales de colectividades de personas. También, derivado de la reforma al juicio de amparo, cualquier persona con un *interés legítimo individual o colectivo* podrá interponer una demanda de amparo. Estas dos razones obligan a analizar el control de constitucionalidad más importante en México, pues su proceso ha cambiado de manera beneficiosa para los derechos colectivos. A continuación, se mencionarán tres cuestiones que sin duda serán discutidas en el desarrollo de los amparos colectivos, temas que se prestan para realizar extensas investigaciones, pero por falta de espacio, sólo se mencionarán debido a su correlación con las acciones colectivas.

1.- interés legítimo individual o colectivo.-

En el sistema jurídico mexicano (diseñado inicialmente para proteger los derechos del individuo como tal) la tutela y protección de los derechos fundamentales se daba generalmente a través del control de constitucional más importante: *el juicio de amparo*, mismo que bajo los principios de *agravio personal y directo y de relatividad de las sentencias*, privilegiaba la actuación individual sobre la colectiva. Lo anterior, si bien en un principio satisfizo las necesidades sociales de la población de México, la evolución política y socioeconómica han incidido enormemente en la exigencia de un cambio en el sistema jurídico del país, a fin de proteger los nuevos intereses colectivos.

Con la reforma al artículo 107 Constitucional, ahora en la fracción primera de este precepto se prevé que para efecto del juicio de amparo, tendrá carácter de “parte agraviada”, aquella persona que aduzca ser titular de un derecho o de un *interés*

legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica. El Poder Judicial de la Federación ya ha resuelto que, cuando se trate de intereses difusos o colectivos, todos los miembros del grupo tienen la titularidad del derecho³⁵². Por ello, todos los miembros de un grupo cuentan con interés legítimo para promover el juicio de garantías, haciendo valer un interés común y la decisión del conflicto se traducirá en un beneficio o en un perjuicio para todos y no sólo para quienes impugnaron el acto³⁵³. Cuando alguna autoridad a través de sus actos afecta algún derecho colectivo, aunque cada uno de los miembros del grupo pudiera resentir un daño, la lesión jurídica se causa directa e inmediatamente al interés colectivo de la comunidad que integran. Con lo anterior, el sistema jurídico mexicano se liberará de un aspecto que restringía en gran medida la finalidad proteccionista del juicio de amparo, pues de nada serviría el reconocimiento jurídico de intereses *supraindividuales* si se niega su acceso a la justicia. A través de la incorporación del concepto de interés legítimo se protegerán los derechos subjetivos de los gobernados y también su esfera jurídica, con lo que se evidencia la enorme ampliación proteccionista que adquirirá el amparo a partir de este nuevo criterio de legitimación³⁵⁴.

2.- Declaratoria general de inconstitucionalidad (fracción II del artículo 107).-

La relatividad de las sentencias es un principio fundamental en el juicio de amparo. La resolución por medio de la cual los jueces y magistrados otorgan el amparo se limita a amparar únicamente al quejoso, sin hacer una declaración general de inconstitucionalidad del acto reclamado. Sin embargo, el principio de relatividad de las sentencias de amparo (también conocido como “formula Otero”) ha quedado rebasado. Como ya lo explicaba Cabrera Acevedo, de 1868 a 1882, varios juicios de amparo se llegaron a interponer por agraviados a nombre propio y en nombre

352 Tesis I.4o.C.137 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época t. XXVII, abril de 2008, p. 2381, INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA.

353 Tesis XI.1o.A.T.50 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 2136, INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

354 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, nota 211, p. 58.

de indeterminados grupos de personas. Las sentencias tenían efectos generales sobre todos los afectados, o sea, “*erga omnes*”, lo que constituía una clara excepción a la fórmula Otero³⁵⁵. Pero lo anterior llegó a su fin cuando el Ministro Ignacio L. Vallarta arribó a la presidencia de la Suprema Corte³⁵⁶ y estableció que solamente podrían interponer amparo aquellas personas que tuvieran un agravio jurídico (*representación ad causam*), sin la posibilidad de representar a otras sin tener un poder o mandato legal (*legitimación ad procesum*).

Suprimir o al menos “actualizar” la fórmula Otero es de suma importancia para la protección de derechos colectivos en México, debido a que el principio de relatividad constituye un obstáculo al acceso a la justicia pues de nada serviría una sentencia que sigue estrictamente este principio, debido a que se necesita que toda la colectividad o clase sea protegida por ella, aún cuando muchas veces sean indeterminados los miembros que la integran. Para los puristas, la posibilidad de que una ley o acto sea reclamable en amparo y que la sentencia que lo declare contrario a la Constitución tenga efectos “*erga omnes*”, facultaría a los tribunales federales a derogarla o abrogarla, es decir suprimir total o parcialmente cualquier ordenamiento jurídico³⁵⁷. Lo anterior, resulta totalmente contrario a la realidad, pues el acceso a la justicia de las personas a través de la vía de amparo es más difícil que cualquier otra y por ello, mientras más personas tengan acceso a este medio de control de constitucionalidad, mayor será el beneficio para la colectividad. Además, es claro que se vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se seguirá aplicando a todos aquellos que no promovieron un juicio de garantías.

Por ello, se estableció en la segunda fracción del artículo 107 constitucional, que la Suprema Corte tendrá la facultad de emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad derivada de aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la

355 Cabrera, Acevedo, Lucio, *op.cit.*, nota 67, p. 5.

356 Cabrera Acevedo, Lucio, “*Pasado y posible futuro del amparo colectivo*” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), “*Derecho Procesal Constitucional*”, t. I, México, Porrúa, 2003, p. 635.

357 Burgoa Orihuela, Ignacio, *op.cit.*, nota 167, pp. 279 y 280.

inconstitucionalidad de una norma general (salvo en materia tributaria)³⁵⁸. La posibilidad de que ahora se puedan impugnar normas generales a través del amparo y que las sentencias que deriven de estos juicios tengan efectos “*erga omnes*” es un paso gigantesco en la tutela colectiva de derechos fundamentales. Como bien lo señala el Ministro Zaldívar, la declaración de inconstitucionalidad con efectos “*erga omnes*” no es una cuestión sencilla y ajena a complicaciones y puede generar grandes problemas a la sociedad. Por ello, es necesario que la Corte fije los alcances y las condiciones específicas de la declaración general de inconstitucionalidad³⁵⁹. Con la actualización del principio de relatividad de las sentencias de amparo que rige el juicio de garantías desde el siglo XIX, se puede crear una vía idónea para depurar el sistema jurídico mexicano y tutelar de manera efectiva derechos colectivos³⁶⁰.

3.- Autoridad para los efectos del amparo.-

El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a una doble amenaza: las que proceden del Estado y las que provienen de personas físicas o morales. Antes, los derechos fundamentales (antes conocidos como garantías individuales) se concebían como derechos de defensa o de omisión, cuyo respeto era exigible únicamente al Estado, porque se entendía que el Estado era el único que podía lesionarlos. La cuestión sería, ¿hoy en día no suelen también violar derechos fundamentales los particulares y si lo anterior fuera así, este tipo de lesiones no deberían protegerse vía amparo? Surge así la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, conocida en la teoría alemana como

358 Iniciativa de reforma constitucional presentada por los Senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti, Pedro Joaquín Coldwell y René Arce Islas, *op.cit.*, nota 321.

359 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, nota 211, p. 124.

360 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 345, p.46.

“Drittwirkung der Grundrechte”, también llamada “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”³⁶¹.

En la Constitución existen derechos fundamentales que conllevan una obligación o abstención por parte de los particulares y por ende será frente a éstos, a quienes habrá que articular los mecanismos de protección constitucional. Como ejemplo está lo que ocurre con la prohibición de los monopolios y el derecho de los consumidores previstos en el artículo 28 de la Constitución, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la salud o el derecho a una vivienda digna y decorosa, previstos en el artículo 4º o hasta el derecho a la no discriminación previsto en el artículo 1º de la Carta Magna. Son derechos fundamentales que pueden ser lesionados por particulares y es por ello que se debate la posibilidad de interponer demandas de amparo en contra de actos de particulares que puedan vulnerarlos.

En muchos casos, resultan inefectivos o ni existen mecanismos previstos en la legislación ordinaria (juicios civiles o penales) que puedan proteger a los afectados y muchas veces las conductas que afectan derechos fundamentales no encuadran en tipos penales. La Suprema Corte ha resuelto que esas lesiones a derechos fundamentales son definidas como *ilicitudes constitucionales* y son omisiones de los actos ordenados o la ejecución de actos prohibidos por la Constitución³⁶². En un importante fallo, el Máximo Tribunal resolvió que *“los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito*

361 De Vega García, Pedro, *“La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la drittwirkung der grundrechte”*, en *“Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica”*, México, serie B: Estudios comparativos, d) derecho latinoamericano, número 29, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, p. 411.

362 Mijangos y González, Javier, *“La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”*, México, colección Breviarios Jurídicos, Porrúa, 2004, pp. 63 y 64. En este excelente ensayo, el autor habla de la posibilidad de aplicar la teoría del *“Drittwirkung”* en el sistema jurídico mexicano.

*constitucional con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente*³⁶³.

La igualdad formal ante la ley (como norma jurídica general que regula las relaciones entre particulares) sólo tiene sentido en la medida en que esa igualdad abstracta no queda destrozada socialmente por la desigualdad material y económica de la posición de una de las partes. Hoy es cada vez más evidente que los derechos fundamentales están amenazados, no solamente por el aparato institucionalizado del Estado sino por entidades privadas de muy variada índole. Por ello, no basta la oponibilidad vertical de los derechos fundamentales (frente al Estado), sino que se requiere avanzar hacia la oponibilidad de los derechos fundamentales en el *plano horizontal*, esto es, frente a particulares³⁶⁴. Grupos financieros y empresariales, medios de comunicación, partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, iglesias, concesionarios y un sinnúmero de entes privados con frecuencia lesionan la esfera jurídica de los gobernados. La autonomía de la voluntad privada, tanto en las relaciones contractuales como extracontractuales, debe volver a ser analizada pues ha sido superada la ideología liberal que presumía la igualdad de la que partían los individuos en sus relaciones privadas. Ahora, la sociedad se caracteriza cada vez más por su complejidad, pues el imperio que tradicionalmente gozó la autoridad, hoy lo tienen muchas veces particulares situados en una posición dominante, que poseen un poder en muchos de los casos similares al del Estado, por lo que es evidente que pueden llegar a afectar derechos fundamentales de particulares.

Lo anterior es de suma importancia para este trabajo, ya que en un sinnúmero de ocasiones se han visto afectados los derechos de los consumidores, de usuarios financieros, el medio ambiente y la competitividad de los mercados económicos a causa de conductas antijurídicas o *"ilicitudes constitucionales"* provocadas por poderes de naturaleza privada. Los Senadores que propusieron las reformas

363 Lo anterior fue resuelto así por la Segunda Sala de la SCJN derivado del amparo en revisión 2/2000. El antecedente era un juicio de divorcio en el cual uno de los cónyuges presentó como prueba una cinta de audio que contenía la grabación de una conversación telefónica entre su esposa y una tercera persona. *Ibidem*, p. 65.

364 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op.cit.*, nota, 211, p. 76.

publicadas el 6 de junio de 2011 señalaban en su exposición de motivos que reconocían que particulares suelen lesionar derechos sociales cuando tienen a su cargo la prestación de servicios públicos, o bien cuando actúan en ejercicio de sus funciones públicas³⁶⁵. Lo anterior, evidentemente toca el tema respecto a la efectividad de los derechos fundamentales frente a particulares. En otros países³⁶⁶ se ha resuelto que es necesario reconocer la procedencia de la “protección horizontal” de los derechos fundamentales y no sólo la tradicional “protección vertical” frente al Estado vía amparo. Se requiere avanzar hacia la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares, especialmente frente a los poderes privados³⁶⁷. La corrupción, las prácticas monopólicas y prácticas desleales al comercio han “empoderado” a diversas empresas, las cuales intimidan o corrompen a las autoridades.

El Poder Judicial de la Federación sigue de cerca este tema. En una reciente tesis aislada, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito³⁶⁸, resolvió que *“en una sociedad estructurada en grupos, el poder de éste o de quien tiene una preeminencia económica se impone al poder del individuo, creando situaciones de supremacía social ante las que el principio de igualdad ante la ley es una falacia. El poder surge de este modo no ya sólo de las instituciones públicas, sino también de la propia sociedad, conllevando implícitamente la posibilidad de abusos y por ello resulta indispensable la utilización del juicio de amparo por parte de los particulares como garantía de sus derechos*

365 Iniciativa de reforma constitucional presentada por los Senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti, Pedro Joaquín Coldwell y René Arce Islas, *op.cit.*, nota 321.

366 Cfr. Valadés, Diego, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares”, en González Martín, Nuria (coord.) “Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau”, T. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006. En este ensayo, Diego Valadés hace un análisis de la experiencia de otros sistemas jurídicos en los que se han emitido diversos criterios jurisprudenciales que analizan la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.

367 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 345, p. 83.

368 Tesis 1.3.o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, agosto de 2009, p.1597, DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN.

fundamentales, tratándose de actos de autoridad o de actos de particulares en situación dominante respecto de los primeros”.

La protección de los derechos fundamentales frente a particulares es una creación que proviene de estudios académicos y de la actividad jurisprudencial, que se ha legislado en otros países³⁶⁹. No sería coherente un sistema que sólo defiende a los ciudadanos contra las amenazas provenientes del poder público, dejándolos a merced y en una posición inferior frente a distintos poderes privados. Que existan mecanismos diseñados para evitar la violación de los derechos de las personas es indispensable y el juicio de amparo es por excelencia el mecanismo de defensa de derechos fundamentales en México. Por ello, se debe analizar desde otra perspectiva la figura de autoridad responsable y empezar a discutir la posibilidad de ampliarla, con la finalidad de proteger a todo individuo de *ilicitudes constitucionales* provenientes de particulares.

Para Fix Zamudio, el juicio de amparo mexicano comprende cinco procesos: a) la protección de la libertad e integridad personal por medio del “*habeas corpus*”; b) la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; c) el amparo contra resoluciones judiciales (casación); d) el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal o local, y e) el amparo en materia social agraria³⁷⁰. Ahora se deberá prever el amparo colectivo, debido a que con las reformas constitucionales del 29 de julio de 2010 y del 6 de junio de 2011, los legitimados por la colectividad que resientan una violación a sus derechos fundamentales, podrán interponer *juicios de garantías*. El panorama ha cambiado y nuevas ideas sobre la impartición de justicia, enfocadas al verdadero papel social de la jurisdicción, empiezan a adecuarse en México. Si la legislación es limitada y “mejorable”, la corresponderá entonces al poder judicial lograr ampliar la protección del orden constitucional y resolver las controversias colectivas que se les planteen. El juicio de amparo es en muchas ocasiones la única vía por la cual

369 Valadés, Diego, *op.cit.*, nota 366, p. 710.

370 Fix Zamudio, Héctor, “*Ensayos sobre el derecho de amparo*”, 2ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 18.

los ciudadanos pueden obtener la protección de sus derechos y librarse de la injusticia y la arbitrariedad.

Las próximas acciones colectivas que se interpongan ante los tribunales federales tendrán como objetivo enfrentar las violaciones de empresas que tienen un alto poder político y económico. La posibilidad de interponer juicios de amparo derivado del *interés legítimo individual o colectivo*, las declaratorias generales de inconstitucionalidad y las nuevas teorías de la efectividad de los derechos fundamentales frente a los particulares son nuevos elementos que favorecerán a los procesos colectivos, ampliarán la tutela de los derechos colectivos y se dará un cambio progresista en el sistema jurídico mexicano respecto a la protección de derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha expuesto cómo ha evolucionado la defensa de los derechos colectivos en México y en diferentes sistemas jurídicos. El sólo reconocimiento de derechos sustantivos, ya sea en la Constitución o en leyes, no es suficiente para contrarrestar las afectaciones que los individuos sufren. Por mucho tiempo, se pensó que los derechos colectivos no podían ser tutelados debido a que no se podía determinar quién era su titular y si había algún “aventurado” demandante, el primer obstáculo que le imponía cualquier tribunal era la acreditación de su legitimación para demandar. Además, los tribunales han sido muy cautelosos al emitir sentencias con efectos “*erga omnes*” y conseguir una indemnización colectiva ha sido casi imposible. Para poder finalizar este trabajo, es necesario retomar los tres planteamientos que se buscaron resolver desde un inicio: i) determinar lo que se entiende por acciones colectivas, ii) analizar si su incorporación al sistema jurídico mexicano fue la adecuada y iii) cuales serán sus mayores aportaciones al sistema jurídico mexicano. Las siguientes conclusiones constituyen alternativas a los anteriores tres planteamientos:

Primera.- Las acciones colectivas son procesos por medio de los cuales, un miembro de un grupo o una persona legitimada por la ley, busca la protección de un derecho *trasindividual e invisible* o *individual homogéneo*, a través de una resolución que vinculará a todas aquellas personas que sufrieron una afectación derivada del mismo acto. Es un proceso debido a que está conformado por un conjunto de actos encaminados a dar solución a un litigio planteado ante una autoridad jurisdiccional, quien resolverá mediante una sentencia en base a los hechos afirmados y probados con el derecho aplicable. Podrán iniciar estos procesos ya sea el miembro de un grupo o una persona legitimada por la ley. Esto es así debido a que las leyes secundarias señalan que un miembro de la colectividad podrá fungir como representante común de todos los afectados (siempre y cuando el grupo esté conformado por al menos treinta miembros,

según lo establece el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles) y también podrán iniciar estos juicios aquellas personas legitimadas, como asociaciones civiles sin fines de lucro, el Procurador General de la República, la Procuraduría Federal del 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. Lo anterior, hace que las teorías clásicas de la legitimación cambien pues se crea una legitimación “*sui generis*”, ya que el reclamo se hace a nombre propio y en nombre de todos los posibles afectados, siempre y cuando el juzgador corrobore que el requisito de adecuada representación se cumple y con ello no se dejarán desprotegidos los miembros del grupo no presentes en juicio.

Segunda.- Las acciones colectivas buscan proteger derechos colectivos *trasindividuales e indivisibles* y *derechos individuales homogéneos*. Por *trasindividualidad* se entiende que un derecho no es individual, existe como una entidad distinta a cualquier individuo o grupo de individuos, es decir, trasciende al individuo. Por *indivisible* se entiende que el derecho que está en disputa no puede ser dividido en pretensiones individuales e independientes, atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Al estar los intereses de los miembros del grupo tan relacionados, si se satisfacen las pretensiones de uno, se satisfacen las de todos los miembros y viceversa, si se violan las pretensiones de un miembro, se violan las de todos los miembros del grupo. Los derechos difusos y los derechos colectivos en estricto sentido, entran en este supuesto, solo que los primeros son reclamables cuando los miembros de la colectividad son indeterminables y están relacionados por *situaciones de hecho* o *situaciones comunes*. Respecto a los segundos, los miembros del grupo son “fácilmente determinables” y están relacionadas por *situaciones de derecho* o por una *relación jurídica base*. Por el otro lado, las acciones colectivas son procesos idóneos para proteger derechos individuales homogéneos que son derechos individuales y divisibles que tradicionalmente son conocidos como *derechos subjetivos* y que se demandan de manera colectiva por estrategia procesal. En este caso, los miembros del grupo

están relacionados por un *origen común*, el cuál permite un tratamiento procesal conjunto.

Tercera.- Las sentencias que deriven de estos procesos colectivos vincularán a todos los miembros del grupo que sufrieron una afectación derivada del mismo acto. Ésta es la esencia de las acciones colectivas. El efecto “*erga omnes*” de las sentencias beneficia al representante común que inicia el proceso y además a todos los afectados miembros del grupo o colectividad. Si la sentencia tuviera limitado el efecto de sólo vincular a las partes presentes en juicio se destruiría la esencia fundamental de las acciones colectivas. Se puntualiza que la doctrina brasileña ha aportado una distinción de lo que se entiende por “*ultra partes*” y “*erga omnes*”. El primero es el efecto que tendrán las sentencias derivadas de acciones colectivas que buscan proteger o reclamar un *derecho individual homogéneo*, debido a que solamente la colectividad titular del derecho violado y sus miembros deben ser alcanzados por la cosa juzgada y no todas las personas indiscriminadamente. El efecto “*erga omnes*” se da en las sentencias derivadas de *acciones colectivas difusas* o *acciones colectivas en estricto sentido* y su connotación es más amplia.

Cuarta.- La regulación de las acciones colectivas que se decidió implementar en México fue diseñada con la intención de adecuarla a su sistema jurídico con base en la experiencia de otros países, especialmente con la de Estados Unidos, Brasil, Argentina y Colombia. En otros sistemas jurídicos se entendió que las normas que en un momento cumplieron con las expectativas o las necesidades de la sociedad ya eran insuficientes, la realidad había rebasado la norma. Con diferentes nombres, los procesos colectivos existen en diversos sistemas jurídicos y mantienen una cosa en común: la protección de derechos que trascienden a la esfera jurídica. La incorporación de las acciones colectivas al sistema jurídico mexicano se da en dos momentos. El primero con la reforma constitucional y el segundo con la creación de la legislación secundaria.

Quinta.- Respecto a la reforma constitucional, la iniciativa que le dio origen fue muy ambiciosa pero por presiones políticas se transformó en el texto agregado al

artículo 17 Constitucional mediante el decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010. Dicha reforma es *aceptable*, pero no era la *deseable* ya que el párrafo agregado a la Carta Magna tiene dos grandes desperfectos. En primer lugar, hubiera sido ideal elevar a rango constitucional los derechos o intereses colectivos y no sólo establecer en la Constitución el proceso judicial encaminado a proteger dichos derechos. Dicho de otra manera, era más importante plasmar en la Constitución la defensa y el reconocimiento de los derechos e intereses colectivos y la parte adjetiva implementarla en la legislación secundaria. Por ello, la propuesta que desde un inicio se ofreció en la iniciativa del 7 de febrero de 2008 era mejor. En dicha propuesta, el legislador señalaba que las leyes secundarias regularían procesos encaminados a proteger *derechos e intereses colectivos* y que dichas leyes establecerían la manera en que los individuos se organizarían para defenderlos. Si se hubiera agregado además que las resoluciones obtenidas vincularían a todos los afectados, se tendría una adecuada reforma constitucional. Lo anterior, permitiría una mayor protección, evitaría rigidez, permitiría una interpretación constitucional más amplia y sobre todo no se limitarían los mecanismos de protección de derechos colectivos. El segundo desperfecto es la reserva federal que establece, ya que expresamente señala que el Congreso de la Unión expedirá las leyes que regularán las acciones colectivas y que los jueces federales conocerán de *forma exclusiva* estos procesos. Al leer la reforma se entiende que la Federación es la única que puede legislar sobre acciones colectiva y el Poder Judicial de la Federación será el único facultado para resolverlas.

Lo ideal hubiera sido que la reforma estableciera expresamente que “*el Congreso de la Unión legislará sólo en su ámbito de competencia*” y agregar un apartado al artículo 73 de la Carta Magna para darle sustento a su nueva atribución. Pero con el contenido aprobado y publicado, se limita y obstaculiza la posibilidad de que en fueros locales se lleguen a implementar acciones colectivas. La reserva para que sólo el Poder Judicial de la Federación conozca de éstas acciones se debe fundamentalmente a razones políticas y también porque se veía con desconfianza a los jueces del fuero común debido a que se pensaba que no estaban preparados

para resolver estos complejos procesos. Lo anterior, es un claro obstáculo para la defensa de varios derechos que son regulados por los congresos locales y resueltos por los tribunales del fuero común, que podrá generar que diversas entidades federativas planten conflictos en los que defiendan su jurisdicción. Una ideal y efectiva reforma constitucional hubiera previsto todo lo anterior, para quedar de la siguiente manera: *“Las leyes regularán aquellos procesos para proteger derechos e intereses colectivos. El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas en su ámbito de competencia. Tales leyes determinarán los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación de los daños y perjuicios causados a los afectados. Los jueces federales conocerán sobre estos mecanismos y sus sentencias vincularán a todos los afectados”*.

Sexta.- El texto del párrafo tercero del artículo 17 Constitucional que fue aprobado por el Congreso de la Unión, remite a una futura ley secundaria. Lo anterior, se materializó el 30 de agosto de 2011, al ser publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman diversas leyes federales. Con lo anterior, los legisladores cumplen con la instrumentación del párrafo tercero de dicho precepto constitucional. La legislación secundaria cumple con los elementos esenciales del procedimiento, pero también tiene grandes desperfectos.

Resulta inadmisibile que la legislación secundaria solo se reduzca a resolver problemas ambientales, de consumo, servicios financieros o competencia económica, como lo establece el artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Con la iniciativa de reforma constitucional de fecha 7 de febrero de 2008 y con la iniciativa de decreto de reforma y adición a diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código Civil Federal, de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros del 7 de septiembre de 2010, existía la posibilidad de también proteger derechos humanos, asuntos

laborales, corporativos, la defensa del patrimonio cultural y una interminable cantidad de derechos mediante las acciones colectivas. Lo ideal hubiera sido que el caso en concreto determinara si son procedentes las acciones colectivas. La procedencia de juicios colectivos encaminados a proteger *derechos difusos y colectivos* es más clara, debido a que la protección de *derechos supraindividuales* es esencial en cualquier Estado de Derecho. Respecto a los *derechos o intereses individuales homogéneos*, se deberá recordar que estos son en esencia derechos subjetivos o individuales y por ello, la procedencia de acciones colectivas encaminadas a proteger este tipo de derechos se puede dar en cualquier materia. Lo anterior justifica que la procedencia de acciones colectivas que buscan defender derechos individuales homogéneos sea más compleja ya que los afectados deben comprobar que el interés colectivo *predomina* sobre cualquier interés particular y que las acciones colectivas son el medio *superior* para resolver la controversia. Lo anterior, parece que se trató de establecer tímidamente en la fracción XI del artículo 587 del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que dicha fracción señala que dentro de las consideraciones y los hechos se deberá sustentar la conveniencia de un proceso colectivo en lugar de la vía individual. Importante aportación de las *“class actions”* norteamericanas que depura las acciones colectivas que no tienen como objetivo beneficiar a los afectados y que también permite que el caso en concreto justifique la procedencia de la acción colectiva sin importar la materia del litigio.

Séptima.- La regulación de la integración de la clase o grupo, prevista en los artículos 587, 589 y 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles puede llegar a contrarrestar la efectividad de las acciones colectivas. El gran beneficio de estos procesos es que las sentencias que se lleguen a emitir vincularán a todos los posibles afectados y solucionarán la afectación de manera general, a través de su efecto *“erga omnes”* o *“ultra partes”*. En todos los sistemas jurídicos en los que se tienen regulados procesos colectivos se ha buscado la manera de velar por los intereses de los *miembros no presentes*. La manera más garantista es la opción de autoexclusión del grupo (*“opt out”*) dentro de la temporalidad que determine la ley y solamente dejar la opción de *“autoinclusión”* (*“opt in”*) en los casos de

acciones colectivas encaminadas a proteger derechos individuales homogéneos. Con un rígido requisito de procedencia que determine la necesidad de que los miembros del grupo manifiesten su consentimiento de ser parte del grupo demandante se le quitará efectividad a las acciones colectivas. Implica pérdida de dinero y tiempo para buscar y organizar a los afectados, difundir la posible sustanciación de una acción colectiva y notificar a todos los posibles miembros del grupo.

Octava.- Los requisitos de procedencia y las causales de improcedencia previstas en los artículos 588 y 589 del Código Federal de Procedimientos Civiles, respectivamente, podrían convertirse en dos barreras de difícil cumplimiento al momento de interponer una acción colectiva. Es cierto que al demandar se debe cumplir con una serie de requisitos para así evitar demandas frívolas o que solamente están encaminadas a obtener un lucro. El juez deberá verificar que los elementos necesarios para admitir una acción colectiva se cumplen y con ello emitir la certificación de la acción colectiva, en términos del artículo 590 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se debe considerar que se pueden convertir en un obstáculo que traerá como consecuencia evitar el estudio del fondo del asunto. Existe el antecedente con el juicio de amparo y la usual manera en que se llegan a desechar o sobreseer demandas debido a que se actualizan causales de improcedencias. El juzgador deberá velar por una interpretación amplia, aplicar el principio "*pro homine*" o "*pro persona*" plasmado en el artículo 1° Constitucional y evitar que los requisitos de procedencia y causales de improcedencia imposibiliten la sustanciación de las acciones colectivas.

Novena.- Se puntualiza que a pesar de que la reforma constitucional y la ley secundaria tienen deficiencias, su incorporación al sistema jurídico mexicano es aceptable y respeta las formalidades esenciales del procedimiento, en apego al artículo 14 de la Carta Magna. La incorporación de un nuevo mecanismo diseñado para proteger derechos colectivos era urgente en México. Las personas, de manera individual, muchas veces no tienen las mismas capacidades humanas ni materiales para enfrentar grandes empresas y autoridades. Siempre habrá una

gran disparidad en un litigio con base en las capacidades económicas de las partes. Los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación tienen ahora una gran responsabilidad, pues deberán interpretar las normas y hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, según lo establece el artículo 583 del Código Federal de Procedimientos Civiles y la exposición de motivos de la iniciativa del 7 de febrero de 2008 que dio origen a la reforma constitucional publicada el 29 de julio de 2010. El hecho de que los mismos ciudadanos tengan ahora la legitimidad para defender derechos colectivos es un paso gigante respecto al acceso a la justicia en México.

Décima.- La adición del párrafo tercero al artículo 17 Constitucional y su regulación generó una viva controversia entre quienes ven a las acciones colectivas como un valioso instrumento enfocado en mejorar el acceso a la justicia y quienes sostienen que estos procesos pueden convertirse en una máquina destructiva debido al desequilibrado “empoderamiento” que se le otorga ahora a los ciudadanos. Grandes grupos económicos se aliaron con los intereses más conservadores del Congreso de la Unión para tratar de aminorar los beneficios de las acciones colectivas y diseñar una ley secundaria totalmente ventajosa para instituciones de crédito, empresas prestadoras de servicios, empresas transnacionales o a favor de la misma administración pública. Los detractores de estos procesos han argumentado en diferentes foros que su implementación en México traerían como consecuencia: i) grandes excesos; ii) sólo servirán para “chantajear” o intimidar a las empresas y conseguir resoluciones o convenios judiciales en los que los abogados serán los más beneficiados y los miembros de la colectividad quedarían en último lugar; iii) estos procesos colectivos afectarán materias públicas, proyectos de infraestructura y la estabilidad financiera y iv) son simplemente complejos y costosos procesos judiciales. Todos los anteriores argumentos fueron encontrados a lo largo de este trabajo y sus respuestas comprueban los beneficios que aportan esos procesos colectivos y la necesidad de incorporarlos al sistema jurídico mexicano.

Decimoprimer.- Respecto a que solamente causarán grandes excesos, es necesario señalar que era urgente que en México existiera un nuevo mecanismo judicial con el cual se pudieran contrarrestar los excesos pero los provenientes del poder público y privado. Las acciones colectivas son mecanismos judiciales idóneos para combatir diferentes obstáculos al acceso a la justicia de índole económico y jurídico. Se evita el carácter meramente individualista con el que se resuelven los litigios y con ello se contrarrestan enormes asimetrías entre las partes. Uno de los grandes atractivos de las acciones colectivas es su finalidad reparadora del bien afectado. Pero las acciones colectivas no se centran únicamente en conseguir una indemnización colectiva, sino también buscan proteger derechos *supraindividuales*; derechos que superan cualquier interés privado o individual. Con ello no se comete ningún exceso, se soluciona un problema de manera rápida y a mayor escala. En una sociedad tan desigual como la mexicana, resulta complejo participar en procesos técnicos, largos y por lo tanto costosos. Permitir que quienes tengan derechos en común se agrupen para que los hagan valer de manera conjunta ante los tribunales, es un modo de facilitar el acceso a la justicia, reducir costos y extender la protección judicial a todos los afectados, aunado a que descongestionan los juzgados y tribunales de juicios originados por los mismos hechos.

Decimosegunda.- Con la implementación de las acciones colectivas en el sistema jurídico mexicano no se busca perjudicar ni “chantajear” o intimidar a ninguna empresa pero si se busca castigar a aquellas que presten malos servicios, produzcan bienes de mala calidad, engañen a los usuarios o consumidores, afecten el medio ambiente o que en general realicen actos ilegales que causan una afectación colectiva. La profesión del abogado también se beneficiará pero ello no significa que los miembros del grupo quedarán en último lugar. Despachos de abogados y asociaciones se convertirán en guardianes de bienes públicos, lo que los convertirá en “fiscales privados”. Se podrán llevar acabo *litigios de interés público* en los que el principal beneficiado será la sociedad. Es verdad que estos juicios son costosos, ya que se debe invertir en el caso, en la preparación de las

pruebas y en la organización del grupo además que son considerados complejos litigios (“*complex litigation*”). Resulta totalmente legítimo que los abogados de la colectividad obtengan el pago de sus servicios con base al método de cobro de honorarios conocido como “*quota litis*”. Lo anterior, justifica la necesidad de que los jueces corroboren o *certifiquen* que las demandas tienen como objetivo proteger derechos colectivos, se cumpla con una representación adecuada y que el representante y el abogado del grupo actúen con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad, todo ello debido a que la representación de la colectividad en el juicio se considera interés público.

Decimotercera.- Con la instrumentación de las acciones colectivas se mejorará la creación de productos y servicios, se equilibrarán las relaciones entre afectados y empresas, se atraerá transparencia a todos los proyectos públicos como los de obra e infraestructura, se evitarán clientelismos, se castigará a las empresas que afectan al medio ambiente y se podrán “descongestionar” juzgados y tribunales.

Decimocuarta.- El juicio de amparo está muy arraigado en la cultura mexicana. La gente está acostumbrada a hablar del *juicio de garantías* debido a que conoce su efectividad en contra de actos de molesta originados por la autoridad. Con esperanza, la gente conocerá las acciones colectivas y conocerá su efectividad. Si bien las acciones colectivas buscan tutelar derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos y el juicio de amparo busca proteger derechos humanos y fundamentales, vincular estos procesos colectivos con el juicio de amparo es de suma importancia. Amparar de manera colectiva significaría dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual, sin constituir lo anterior una elección, sino una armonización necesaria debido a que el interés colectivo trasciende al derecho subjetivo.

Decimoquinta.- Por último, las acciones colectivas no son la única solución al problema de acceso a la justicia. Querer solucionar el problema de acceso a la justicia a través de las acciones colectivas sería equivalente a desconocer el problema de fondo, el cuál es generado por la extrema pobreza y desigualdad social que existe en México. La Constitución Mexicana de 1917 fue la primera que

plasmó la obligación dirigida al Estado de proteger derechos sociales. Las normas que en un momento cumplieron las expectativas y demandas de la sociedad ya son insuficientes. De manera tardía se viene a plasmar en la Constitución la manera de proteger derechos colectivos. Con el reconocimiento de las acciones colectivas en la Constitución, se fortalecerá la esencia social de la Carta Magna, se permitirá una mejora en el acceso a la justicia y se introducirá una nueva forma de frenar los abusos de personas privadas y públicas, lo que permitirá un punto de equilibrio en las relaciones entre particulares y las relaciones de éstos con las autoridades, que hoy presentan serias asimetrías que afectan el ámbito jurídico, económico y social de México.

BIBLIOGRAFÍA

BAZAN, Víctor, *“amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso”*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio, UNAM, 2005.

BENITEZ, Tiburcio, Alberto, *“Acciones Colectivas en México”*, *Jurípolis, Revista de Derecho y Política del Departamento de Estudios Jurídicos y Sociales del Tecnológico de Monterrey*, v. 2, núm. 10, 2009.

BIALOSTOSKY, Sara, *“Panorama de Derecho Romano”*, 2ª ed., México, Porrúa, 2005.

BIANCHI, Alberto, *“Control de Constitucionalidad”*, 2ª ed., Argentina, Ábaco de Rodolfo Depalma, t. 2, 2002.

-----, *“Las acciones de clase”*, Argentina, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *“El juicio de amparo”*, 32ª ed., México, Editorial Porrúa, 1995.

-----, Ignacio, *“Las Garantías Individuales”*, 23ª ed., México, Porrúa, 1991.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *“Diccionario Jurídico Elemental”*, 17 ed., Argentina, Heliasta, 2005.

CABRERA ACEVEDO, Lucio (coord.), *“LXXV años de evolución jurídica en el mundo”*, v.III., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978.

CABRERA ACEVEDO, LUCIO, *“El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos”*, México, Porrúa, 2000.

-----, *“La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano”*, *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, t. XXXIII, enero-junio, núm. 127-129, 1983.

-----, *“La tutela de los intereses colectivos o difusos”*, en *“XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *“Los Derechos Fundamentales en México”*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro, *“Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 31-32, enero-agosto, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978.

-----, *“La protección de los intereses colectivos o difusos”*, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro y Bryant Garth, *“El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

COURTIS, Christian, *“El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, Porrúa, enero-junio, 2006.

DE PINA, Rafael y José Castillo Larrañaga, *“Derecho Procesal Civil”*, 13ª ed., México, Porrúa, 1979.

DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara, *“Diccionario de Derecho”*, 27ª ed., México, Porrúa, 1999.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, *“La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la drittwirkung der grundrechte”*, en *“Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica”*, México, serie B: Estudios comparativos, d) derecho latinoamericano, núm. 29, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *“Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos”*, México, colección Breviarios Jurídicos, Porrúa, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *“Derecho Procesal Constitucional”*, t. I, México, Porrúa, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Edgar Danés Rojas (coords.), *“La protección orgánica de la constitución”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T.IX, Tribunales Constitucionales y Democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

-----, *Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T.X, Tutela Judicial y Derecho Procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.

FISS, Owen, *“The Political Theory of the Class Action”*, *Washington and Lee Law Review*, Estados Unidos, v. 53, núm. 1, 1996.

FISS, Owen y John Bronsteen, *“The Class Action Rule”*, *Notre Dame Law Review*, Estados Unidos, v. 78, núm. 5, 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *“Ensayos sobre el derecho de amparo”*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Mauricio Iván del Toro Huerta, *“México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, México, Porrúa, 2011.

GELSI BIDART, Adolfo, *“Interés difuso y derecho procesal”*, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XXXV julio-diciembre, UNAM, 1985.

GIDI, Antonio, *“Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.

GIDI, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *“La tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”*, 2ª ed., México, Porrúa.

-----, *“Procesos Colectivos”*, 2ª ed., México, Porrúa, 2004.

-----, *“Código Modelo de Procesos Colectivos. Un dialogo iberoamericano”*, México, Porrúa, 2008.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *“Derecho Procesal Civil”*, 6ª ed., México, Oxford University Press, 2003.

GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 2ª ed., México, Porrúa, 2008.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *“Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau”*, T. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“El derecho a la tutela jurisdiccional”*, 3ª ed., España, Editorial Civitas, 2001.

GORDILLO, Agustín, *“La defensa del usuario y del administrado”*, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, 9ª ed., Argentina, F.D.A., 2009.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *“Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales”*, México, Porrúa, 2005.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *“La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos”*, España, Aranzadi, SA, 1999.

GUTIÉRREZ NÁJERA, Raquel, *“Introducción al Estudio del Derecho Ambiental”*, 7ª ed., México, Porrúa, 2011.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y Aline Rivera Maldonado, *“El caso Mininuma: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México”*, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 251, enero-junio, UNAM, 2009.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *“Sistema jurídico del common law”*, 5ª ed., México, Porrúa, 2011.

MAIRAL, A. Hector, *“Collective and Class Actions in Argentina”*, Estados Unidos, Standford University.

MARGADANT FLORIS, Guillermo, *“El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea”*, 26ª ed., México, Editorial Esfinge, 2002.

-----, *“La segunda vida del derecho romano”*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986

MERRYMAN, John Henry, *“La tradición jurídica Romano-Canónica”*, 9ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *“La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”*, México, colección Breviarios Jurídicos, Porrúa, 2004.

MORINEAU IDUARTE, Marta y Román Iglesias González, *“Derecho Romano”*, 4ª ed., México, Oxford University Press, 2002.

MORINEAU IDUARTE, Marta, *“Una introducción al common law”*, 3ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.

OVALLE FAVELA, José (coord.), *“Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.

OVALLE FAVELA, José, *“Derechos de los Consumidores”*, México, Oxford University Press, 2008.

-----, *“Garantías Constitucionales del Proceso”*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2007.

-----, *“Proceso y Justicia”*, México, Porrúa, 2009.

-----, *“Teoría General del Proceso”*, 6ª ed., México, Oxford University Press, 2011.

PICHÉ, Catherine, *“The Cultural Analysis of Class Action Law”*, *LSU Law Center Journal of Civil Law Studies*, Canadá, v. 2, 2009.

PINNA, Andrea, *“Recognition and Res Judicata of US Class Action Judgements in European Legal systems”*, *Erasmus Law Review*, Holanda, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2008.

REY CANTOR, Ernesto, *“Acción popular de inconstitucionalidad”*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, Porrúa, enero-junio, 2004.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *“El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 4, Porrúa, julio-diciembre, 2005.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *“Sistemas Jurídicos Contemporáneos”*, 10ª ed., México, Porrúa, 2007.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *“Class Action. Una solución al problema de acceso a la justicia”*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 58 enero-abril, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1987.

URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *“Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 Constitucional”*, México, Porrúa, 2010.

VALADÉS Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas, *“Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.

VASAK, Karel, *“Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”*, v.1, España, Serbal/UNESCO, 1984.

VILLORO TORANZO, Miguel, *“Introducción al estudio del derecho”*, 19ª ed., México, Porrúa, 2005.

X. BOUCOBZA, G. Mecarelli, *“Groupes internationaux de sociétés: nouveaux défis, nouveaux dangers”*, Paris, Economica, 2007.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *“Hacia una nueva ley de amparo”*, 3ª ed., México, Porrúa, 2012.

ZWEIGERT, Konrad y Hein Kötz, *“Introducción al derecho comparado”*, México, Oxford University Press, 2002.

Fuentes periodísticas.-

Concha, Miguel, *“Amparo colectivo”*, *La Jornada*, 10 de enero de 2009.

Cossío, José Ramón, *“Acciones colectivas y funciones del Estado”*, *El Universal*, 17 de abril de 2011.

Gershenson, Daniel, *“Alcalde verde, impunidad manifiesta”*, *Animal Político*, 22 de noviembre de 2011.

Gershenson, Daniel, *“Acciones colectivas: logro histórico”*, *El Universal*, 29 de abril de 2010.

Madrazo Lajous, Alejandro, *“Acciones Colectivas: reforma engañabobos”*, *El Universal*, 27 de abril de 2010.

Labardini Inzunza, Adriana, *“Acciones Colectivas en la Sociedad de Consumo”*, *Alconsumidor, A.C.*, 2010.

“Claros oscuros de las acciones colectivas”, *Revista El Mundo del Abogado*, sección debate, 1º de enero de 2011.

Fuentes jurisprudenciales.-

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, volumen 37, enero de 1972, p. 25, INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. I Segunda Parte-1, enero a junio de 1988, p. 224, CUOTA LITIS, LA OBTENCION DE UNA PRESTACION EN EL JUICIO RELATIVO ES UN ELEMENTO DE LA ACCION DE PAGO DE HONORARIOS, SUSTENTADA DE UN PACTO DE.

Tesis 35, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, agosto de 1998, p. 68, LEGITIMACIÓN “AD-CAUSAM” Y LEGITIMACIÓN “AD-PROCESUM”.

Jurisprudencia 113/2001, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XIV, septiembre de 2001. p. 5, JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.

Tesis I.4o.A.357 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 1309, INTERÉS LEGÍTIMO. CONCEPTO.

Tesis I.44o.A.441 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2385, “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.

Tesis I.4o.A.464 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. t. XXI, febrero de 2005, p. 1744, “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

Tesis I.4o.A.568 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1694, INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. LO TIENE UNA ASOCIACIÓN DE COLONOS PARA RECLAMAR EL PERMISO OTORGADO PARA INSTALAR UNA ESTACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE GAS DENTRO DE SU COMUNIDAD.

Jurisprudencia 42/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p 124, GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES.

Jurisprudencia 2a./J. 192/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209, ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.

Tesis 1a. CCLX/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, p. 424, LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL NO PREVER UN RECURSO ORDINARIO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL.

Tesis VI.1o.A.244 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, p. 2808. PERSONALIDAD. IMPROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CUANDO SE ADUCE LA FALTA DE AQUÉLLA CON MOTIVO DE UNA DENUNCIA POPULAR PREVISTA EN LA LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE (INAPLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 4/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN).

Tesis I.4o.C.135 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2284, ACCIONES COLECTIVAS A FAVOR DE LOS CONSUMIDORES. LEGITIMACIÓN, COMPETENCIA Y OBJETO.

Tesis I.4o.C.136 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2381, INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN PROCESOS JURISDICCIONALES COLECTIVOS O INDIVIDUALES. CARACTERÍSTICAS INHERENTES.

Tesis I.4o.C.137 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2381, INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS. SUS CARACTERÍSTICAS Y ACCIONES PARA SU DEFENSA.

Tesis I.4o.C.138 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 2405, PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. LAS AUTORIDADES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE COMUNICARLE POSIBLES FALTAS DE SU INCUMBENCIA (APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN CIUDADANA POR MAYORÍA DE RAZÓN).

Tesis 1.3.o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, agosto de 2009, p.1597, DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN.

Tesis I.4o.A.91, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Tesis XI.1o.A.T.50 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 2136, INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

Tesis P. LXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, "PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LXVIII/2011 (9°).

Tesis P. LXV/2011 (9a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, p. 556, SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.

Fuentes legislativas.-

Iniciativa de reforma constitucional presentada por la Diputada María del Pilar Ortega Martínez, Gaceta Parlamentaria núm. 2236-IV, Cámara de Diputados, 19 de abril de 2007.

Iniciativa de reforma constitucional presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, Gaceta del Senado núm. 185, 7 de febrero de 2008.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal, presentada por los diputados Xiuh Guillermo Tenorio Antiga, Jorge Federico Schiaffino Isunza y Víctor Hugo Círiga Vázquez, ALDF, *IV Legislatura*, 13 de enero de 2009.

Iniciativa de reforma constitucional presentada por los Senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trenti, Pedro Joaquín

Coldwell y René Arce Islas, Gaceta Parlamentaria 352, en la sesión ordinaria del día 19 de marzo de 2009.

Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta Parlamentaria núm. 2743-XIV, Cámara de Diputados, 23 abril de 2009.

Iniciativa de reforma constitucional presentada por Diputado Javier Martín Zambrano Elizondo, Gaceta Parlamentaria, año XII, núm. 2807, 27 julio de 2009.

Iniciativa de reforma constitucional presentada por el Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, Gaceta Parlamentaria núm. 2885-II, Cámara de Diputados, 10 de noviembre 2009.

Dictamen de primera lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene el proyecto de decreto que adiciona al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta del Senado, núm. 66, 8 de diciembre de 2009.

Discusión y votación en el Senado del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene el proyecto de decreto que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sesión ordinaria del día 10 de diciembre de 2009.

Versión estenográfica de la discusión y votación en el Senado del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos, que contiene proyecto de decreto que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sesión ordinaria del día 10 de diciembre de 2009.

Solicitudes de Excitativas, presentadas por el Senador Francisco Javier Castellón Fonseca, Gaceta del Senado núm. 83, 16 febrero 2010.

Versión estenográfica de la discusión y votación del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, que contiene el proyecto de decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la sesión ordinaria del día 25 de marzo de 2010.

Iniciativa de decreto por el que se adiciona el párrafo segundo al artículo 16 del código Civil del Distrito Federal y se crea el artículo 33 bis del código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, propuesta por la Diputada Alicia Téllez Sánchez, Gaceta Parlamentaria de la ALDF núm. 31, año 01, 6 de abril de 2010.

Primer dictamen relativo a la iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversos artículos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal, de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, ALDF *IV Legislatura*.

Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos del código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, del Código Civil para el Distrito Federal y diversas leyes del Distrito Federal, segundo periodo ordinario de sesiones, *V Legislatura*, ALDF, 8 de abril de 2010.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código Civil Federal, de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, propuesta por el Senador Jesús Murillo Karam, Gaceta Parlamentaria número 134, en sesión ordinaria del 7 de septiembre de 2010.

Dictamen a discusión de la sesión ordinaria del 9 de diciembre de 2010, Gaceta del Senado, núm. 195.

Diario de Debates núm. 33, Senado de la República, sesión del 9 de diciembre de 2010.

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, Gaceta Parlamentaria, núm. 3249-III, 27 de abril de 2011.

Versión estenográfica de la sesión ordinaria celebrada el 28 de abril de 2011, Cámara de Diputados, *LXI Legislatura*.