



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DE AMPARO**

**LAS ACCIONES COLECTIVAS:
PERSPECTIVAS Y REALIDADES DEL
ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO**

T E S I S

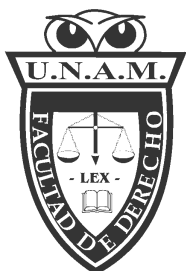
**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ

ASESOR:

DR. JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ



MÉXICO, D.F.

MAYO 2013



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMENARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 7 de mayo de 2013.


DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ DANIEL**, con número de cuenta 30558087-6 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**LAS ACCIONES COLECTIVAS: PERSPECTIVAS Y REALIDADES DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO**", realizada con la asesoría del profesor Dr. José De Jesús Orozco Henríquez.

Con fundamento en los artículos 8º fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO



FACULTAD DE DERECHO
SEMENARIO DE DERECHO
LIC. EDMUNDO DE LA ROSA MUSI

*mpm.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO DE LA
FACULTAD DE DERECHO.
U.N.A.M.

Distinguido Director:

Me permito informar a usted que, con base en su amable autorización, he concluido la dirección de la tesis profesional que para optar por el título de Licenciado en Derecho presenta el alumno DANIEL GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ, con número de cuenta 305580876, bajo el título "LAS ACCIONES COLECTIVAS: PERSPECTIVAS Y REALIDADES DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO".

El trabajo de referencia constituye una investigación seria, exhaustiva, bien documentada, que cubre el marco normativo aplicable y las aportaciones más importantes de la doctrina científica, arribando a conclusiones consistentes y con propuestas claras sobre el tema, por lo que considero que satisface en exceso los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de exámenes profesionales.

Al reiterarme a sus apreciables órdenes para cualquier aclaración o ampliación sobre el particular, hago propicia la ocasión para expresarle las seguridades de mi consideración más atenta y distinguida.

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F. a 6 de mayo de 2013

DR. JOSÉ DE JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Investigador Titular

A mi padre.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y sus catedráticos por darme todo a cambio de tan poco, por las lecciones en ciencia jurídica pero, sobre todo, por las lecciones de vida aprendidas. Espero que la vida me alcance para retribuirle lo que he recibido.

A mi padre, por ser ejemplo en vida y enseñarme todo lo que sé. Mi cariño únicamente es equiparable con la admiración que le tengo. Gracias por todos los consejos y la paciencia, espero algún día poder aspirar a ser un poco de la persona que es.

A mi madre y mis hermanos por su apoyo incondicional y aliento para la elaboración del presente trabajo.

A mi abuela Clementina y mi tía Elisa por transmitirme el cariño hacia nuestra Universidad y mostrarme todas sus bondades. Soy tan orgulloso universitario como su nieto y sobrino.

A mis amigos y compañeros de la Universidad quienes por cinco años fueron familia. Que esto sea sólo el principio.

A todas aquellas personas que me alentaron a la elaboración de este trabajo y cuyo tiempo en la elaboración de la misma supuso una ausencia de mi parte.

Al Dr. José de Jesús Orozco Henríquez por permitirme la oportunidad de colaborar con él, por su ayuda y dirección en la elaboración de la presente tesis pero, por siempre tener un momento para mí y por compartir conmigo su enorme pasión por los Derechos Humanos.

Al Dr. Diego Valadés por honrarme con su amistad y calidez. No tengo palabras para expresar la influencia que su obra y pensamiento ha enriquecido mi formación.

Al Dr. Miguel Carbonell por transmitirme su entusiasmo y cariño por el Derecho Constitucional. Sin duda el objeto de la presente tesis sería distinto si no hubiera sido por su entrañable cátedra.

Índice

Introducción.....	8
I. Desarrollo histórico de los Derechos Colectivos y la problemática de su eficacia.....	15
A. Antecedentes históricos y evolución de los derechos fundamentales.....	15
B. Acceso a la justicia y función “socializadora” del Derecho.....	25
1. La justicia como fundamento del Estado.....	25
2. Distinción entre derechos fundamentales y garantías individuales.....	31
3. Datos duros sobre el acceso a la justicia.....	38
4. Supremacía constitucional y bloque de convencionalidad (la reforma constitucional de junio del 2011).....	51
5. Tutela efectiva de los derechos colectivos “lato sensu”	64
C. Las barreras para la eficacia de los derechos colectivos y la necesidad de nuevos medios procesales.....	75
II. Los derechos transindividuales y su protección.....	92
A. Naturaleza jurídica de los derechos transindividuales.....	92
B. Clasificación.....	97
1. Derechos difusos.....	97
2. Derechos colectivos “stricto sensu”.....	104
3. Derechos individuales homogéneos.....	108
C. Reforma constitucional del 29 de julio del 2010 en materia de acciones colectivas.....	113
D. Reformas legales en materia de acciones colectivas del 8 de septiembre del 2011.....	125
1. Código Federal de Procedimientos Civiles.....	125
2. Código Civil Federal.....	142
3. Ley Federal de Competencia Económica.....	144
4. Ley Federal de Protección al Consumidor.....	146
5. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.....	148
6. Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.....	150
7. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.....	152
III. El nuevo Título Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles “Sobre las acciones colectivas”.....	155
A. Derechos tutelados.....	155
B. Legitimación activa.....	159
C. Procedimiento.....	169
D. Sentencias y cosa juzgada.....	173
E. Relación entre acciones colectivas y acciones individuales.....	180
F. La figura del “amicus curiae”.....	183
G. Gastos y costas.....	186
H. Incidente de liquidación.....	193
I. Reparación del daño y cumplimiento sustituto.....	196

J. Fondo para los recursos derivados de las acciones difusas.....	203
IV. La reforma en materia de amparo de junio del 2010 y sus implicaciones en los derechos colectivos “lato sensu”.....	205
A. Interés Legítimo.....	205
B. Amparo Colectivo.....	211
V. Conclusiones.....	216
Propuesta.....	223
Bibliografía.....	226

I. Introducción

Desde la segunda mitad del Siglo XX diversos estudiosos del Derecho encabezado por Mauro Cappelletti¹ denunciaron, a través de sus obras, la carencia de justiciabilidad de ciertos derechos conocidos como “colectivos” o “difusos” que, por no adecuarse a la estructura liberal-decimonónica bajo la cual estaban organizados los Estados y sus sistemas de impartición de justicia, quedaban relegados a un plano secundario de no exigibilidad lo cual resultaba dolosamente contrastante con el régimen positivista “a ultranza” bajo el cual dichos Estados concebían el Derecho y las expectativas a las que legítimamente aspiraban sus ciudadanos.

Los Estados de corte liberal, fruto del pensamiento de la Revolución francesa se refundaron (en el sentido político que rompió con las monarquías absolutas y el derecho divino) y legitimaron a los detentadores del poder bajo la filosofía política del *laissez faire-laissez passe* y los derechos de libertad (civiles y políticos) mismos que exigían una conducta omisiva o de respeto por parte de las autoridades al amparo del principio de legalidad, o bien, la anulación de aquellos actos que los individuos o autoridades hubieran realizado contraviniendo las disposiciones normativas.

Ante este paradigma del Estado liberal que se desarrolló y arraigó de la mano de la codificación civil y la obra de los tratadistas franceses, surgieron, en la primera mitad del Siglo XX, una nueva clase de derechos denominados de “segunda generación” mismos que, no obstante haber sido enmarcados dentro de las constituciones y/o instrumentos internacionales de carácter vinculatorio para los Estados, fueron considerados como “documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado”².

Es decir, mientras que en un primer momento los derechos de las personas comprendían únicamente aquellos de naturaleza civil y política e

¹ Véase, Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “*El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 10.

² Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Madrid, Editorial Trotta. 2004, p. 19.

implicaban de manera exclusiva obligaciones negativas o de abstención por parte del poder público lo cual generaba en sentido generalizado una posición “cómoda” por parte del aparato estatal, especialmente por lo que hacía a la carga presupuestal que el catálogo de derechos vigentes le suponía, los derechos económicos, sociales y culturales implicaban el surgimiento de obligaciones o prestaciones de carácter positivo a cargo del propio Estado que, en la mayoría de los casos, debían solventarse con recursos públicos provenientes del presupuesto estatal.

La ciencia jurídica no había terminado de darle solución al problema generado por la carga jurídica que le suponían los derechos de segunda generación cuando, en el marco de la Revolución Industrial y el inicio del fenómeno social de masas, surgieron los derechos difusos y colectivos cuyo común denominador es la transindividualidad de sus detentadores y que por lo tanto son propios de comunidades y grupos de personas unidos por relaciones de hecho o derecho.

Una vez más, el surgimiento de los derechos colectivos y difusos puso de relieve la restrictiva estructuración y concepción de los Derechos Humanos por parte del Estado en su doble aspecto sustantivo y procesal donde, por una parte, se considera que muchos de estos derechos colectivos al requerir de prestaciones o cargas jurídicas positivas tienen un carácter programático y por ende no son exigibles al no corresponderles un interés jurídico a cargo del sujeto pasivo (Estado) y, por otra parte, la estructuración de los sistemas de impartición de justicia no permitían exigir por la vía judicial el cumplimiento de estos derecho en congruencia con su naturaleza transindividual pues las instancias judiciales limitaban la acción a una legitimación individual donde el sentido colectivo se disolvía en un sinnúmero de demandas átomo que no lograban repercutir sobre los infractores de dichos derechos que, de acuerdo a la propia naturaleza de los derechos violados, generalmente suponen agentes con un gran poder económico y fáctico que escapan de restricciones legales en tanto los derechos que vulneran no otorgan una acción a los afectados para ejercer una adecuada defensa jurídica *“como scrisse Montesquieu, che i poteri, lasciati senza limiti e controlli, tendono a concentrarsi e ad accumularsi in forme*

assolute: a tramutarsi, in assenza di regole, in poteri selvaggi.”(en adición al propio Estado entendido clásicamente como la mayor amenaza a los derechos de los ciudadanos)³.

Al ser los derechos colectivos de nivel constitucional y bajo el paradigma neoconstitucional surgido en la segunda mitad del siglo XX, distintos países llevaron a cabo diversos esfuerzos para superar los tres obstáculos señalados por Mauro Cappelletti⁴ (el obstáculo económico, el obstáculo organizativo y el obstáculo procesal) en aras de hacer justiciables los derechos colectivos en la inteligencia de aquello estipulado por el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución.”

El caso específico del obstáculo procesal para hacer efectivos los derechos colectivos cobra una especial relevancia para el escenario mexicano donde, debido a las circunstancias demográficas que se traducen en un territorio sumamente extenso donde existen núcleos poblacionales (en su mayoría de naturaleza indígena) alejados de los centros urbanos donde se asientan de manera preponderante los centros de impartición de justicia genera un impedimento fáctico para el ejercicio individual de las pretensiones y, por otra parte, las circunstancias socio-económicas de los habitantes de nuestro país, mismas que demuestran el nivel de pobreza extrema que aqueja a la mayor parte de la población lo cual tiene una relación directa con la posibilidad de acceder a la impartición de justicia misma que, si bien es gratuita en virtud de la prohibición constitucional de las costas procesales, aun requiere de esfuerzos económicos por parte de los agentes procesales que van desde los honorarios de los abogados hasta estímulos procesales indebidamente cobrados.

³ Ferrajoli, Luigi, “Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana”, Roma, Laterza, 2011, p. X., véase *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000, especialmente pp. 931-940; *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 120-154.

⁴ *Op. cit.*, nota 1.

Bajo el presente contexto, el acceso a la justicia se ha convertido en un tema de gran relevancia desde la evolución del Estado de bienestar hasta el Estado Constitucional de Derecho, en la medida que se considera que dicho acceso es un medio imprescindible para lograr una menor desigualdad social.⁵ La postura fijada por Mauro Cappelletti dentro de su informe sobre la eficacia de los derechos abandona la postura dogmático-formalista e introduce una dimensión empírica que busca “medir” la efectividad de los derechos a la luz de su efectivo planteamiento ante las instituciones judiciales.⁶

Ante la situación antes descrita, misma que habrá de desarrollarse en el cuerpo del presente trabajo, y en virtud de la reforma constitucional de fecha 29 de julio de 2010 en materia de acciones colectivas, es necesario elaborar un estudio comparado de los distintos instrumentos utilizados principalmente en Brasil, España, Estados Unidos de América, así como el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica para poder determinar el alcance y los efectos de la mencionada reforma constitucional, sus leyes secundarias así como los criterios que habrán de adoptar los juzgadores federales para efecto de dar sentido a la *ratio legis* que supuso la introducción de las acciones colectivas en nuestra Carta Magna.

Bajo el presente contexto, es preciso recordar, en la lógica de Luigi Ferrajoli, la distinción que existe entre los derechos y sus garantías (primarias y secundarias) y, consecuentemente, la natural falta de plenitud de los ordenamientos jurídicos debido a la omisión de normas o de disposiciones que contravengan aquellos elementos que se encuentran dentro de la esfera de lo indecible. En este sentido, al hablar de la implementación de las acciones colectivas en nuestro país lo que habré de analizar es la subsanación de una laguna por parte del legislador en la inteligencia de que dicha laguna,

⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, Anuario Jurídico 2-1975, México, UNAM, 1977.

⁶ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutierrez Rivas, Rodrigo (coord.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 112.

consistente en una garantía secundaria (procesal), requiere romper con el esquema adjetivo del Estado liberal individualista para efectos de incorporar los elementos de transindividualidad al proceso en la inteligencia de que estamos frente a un nuevo modelo de procesos que tiene por objeto, entre otras cosas, facilitar el acceso a la justicia, proporcionar a los procesos de una verdadera economía procesal y dotar de coherencia y seguridad jurídica a la actuación jurisdiccional al decidir de manera uniforme una pluralidad de acciones que tienen la misma causa del pedir.

Ante la introducción de esta acción tutela derechos colectivos, específicamente aquellos propios de consumidores así como el derecho al medio ambiente, surgen interrogantes sobre si el mismo puede ser considerado como un medio de control constitucional específico (por cuanto al objeto de tutela) y especial (por lo que hace a su especial tramitación) bajo la idea de que dichos medios de control constitucional deben comprender a toda la gama de instrumentos destinados a lograr la efectividad de la norma constitucional, reprimir su desconocimiento y, sobretodo, lograr el pleno desarrollo y evolución de la Carta Magna.

Aunado a lo anterior, resulta de especial interés el determinar el papel que juega la implementación del amparo colectivo contenido en la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril de 2013 que, dentro de los aspectos innovadores que incluye, prevé la situación del amparo colectivo, sin embargo, no establece la materia que habrá ser objeto de dicho instrumento ni prevé un procedimiento especial.

Es bajo este escenario que se escriben las presentes líneas que habrán de buscar dar luz al papel y trascendencia de los Derechos Fundamentales en el régimen neoconstitucionalista de los Estados Constitucionales de Derecho, la implementación de nuevos medios jurisdiccionales para dar plenitud al contenido constitucional y el estudio crítico de los procedimientos de carácter colectivo que han sido introducidos en nuestra legislación de acuerdo a la experiencia Iberoamericana con el objeto de robustecer el esfuerzo académico

tendiente a desplazar los enunciados normativos de la norma suprema a las realidades nacionales.

A la luz de lo anterior, me propongo abordar la problemática que existe respecto a la efectividad de los derechos difusos y colectivos así como las implicaciones que dichas restricciones ejercen sobre el acceso a la justicia.

En el Capítulo Primero haré referencia a la evolución histórica de los derechos Fundamentales y el camino hacia su positivización íntegra. En este contexto, me propongo hacer énfasis en el papel que juegan dichos derechos en el paradigma neoconstitucional del Estado Constitucional de Derecho y, por consiguiente, la necesidad de medios que brinden una tutela efectiva de los derechos colectivos “*lato sensu*” en contraste con las barreras que existen para su eficacia.

Por su parte, el Capítulo Segundo lo dedicaré a hacer un análisis teórico, de acuerdo a la doctrina iberoamericana, sobre los derechos colectivos en sentido amplio, esto es, los derechos difusos, derechos colectivos en sentido estricto y los derechos individuales homogéneos para efectos de delimitar el objeto de estudio y las implicaciones que las características de estos derechos habrán de tener sobre el tratamiento procesal que de los mismos debe ejercerse.

Asimismo, dedicaré dicho Capítulo para analizar cada aspecto de la integración de esta clase de derechos en nuestro sistema jurídico, desde su incorporación constitucional, hasta las reformas legales que nutrieron su contenido.

El capítulo Tercero estará dedicado en su totalidad al estudio de la reforma legal más importante en materia de acciones colectivas, es decir, la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles que añadió un nuevo Libro para la regulación adjetiva de los derechos colectivos en virtud de su especial naturaleza y el rompimiento que los mismos exigen respecto de los principios procesales clásicos propios del litigio individualista.

El amparo colectivo será referido en el capítulo IV donde, de igual forma, habré de tocar lo relativo al interés legítimo que supone una piedra angular para la justiciabilidad de los derechos en cuestión por ampliar la esfera jurídica del individuo y por consiguiente permitir que las disputas en torno a este tipo de intereses sean ventilados en juicio.

Finalmente, el Capítulo V contendrá las conclusiones que se desprendan del presente trabajo proporcionando en todo momento un estudio crítico que incluya de igual forma una propuesta en relación a las consideraciones que existan para una mejor implementación de los medios necesarios para la tutela de los derechos colectivos y el acceso a la justicia.

II. Desarrollo histórico de los Derechos Colectivos y la problemática de su eficacia

A. Antecedentes históricos y evolución de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, como elementos propios del ser humano o bien como victorias obtenidas por los ciudadanos frente a las autoridades a través de las distintas formas de organización social en la historia de la humanidad, se han constituido como un coto vedado, es decir, un espacio que no puede ser sujeto a disensos ni negociaciones y mismo que queda fuera de cualquier ejercicio de tolerancia por parte de los ciudadanos o la propia autoridad.⁷

Si bien es cierto que es posible encontrar antecedentes sobre ciertos derechos que eran reconocidos más allá de cualquier ley, es decir inherentes al ciudadano, en las culturas griega y romana, también es cierto que dicho reconocimiento de normas iusnaturalistas no bastó para permear de forma trascendental en las instituciones y sociedades de la época. Fue hasta la positivización de los documentos precursores en materia de derechos individuales que se lograron acotar las prerrogativas de la autoridad, en ese momento identificado como rey, sin embargo como menciona Humberto Nogueira Alcalá, lo anterior se consideró como una conquista del pueblo frente al rey y no como derechos inherentes a la persona⁸ por lo que los derechos fundamentales y sus defensores habrían de recorrer un largo camino para conseguir su amplio y efectivo reconocimiento, no como concesiones estatales sino como patrimonio inherente a la personalidad del ser humano.

En un primer momento, durante el auge de la monarquía feudal en Inglaterra, se elaboró la *Magna Carta Libertatum* (1215), uno de los antecedentes más remotos de las declaraciones de derechos individuales que constituyó el reconocimiento por parte de Juan I de Inglaterra (Juan sin Tierra) de ciertos derechos individuales, así como limitaciones del entonces absoluto

⁷ GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. “*El Consenso Democrático: Fundamento y Límites del Papel de las Mayorías*”, <http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>

⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, “*Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p.1.

poder del monarca. Asimismo, más de cuatro siglos después y como reacción a la monarquía absoluta, el Parlamento inglés le impuso al príncipe Guillermo de Orange el *Bill of Rights* (1689), un documento en el que se refuerzan las primeras concesiones obtenidas a través de la Magna Carta y se delimita de una forma más robusta la actuación del rey, constituyendo al Parlamento como un verdadero contrapeso en el gobierno británico y dando lugar a una naciente monarquía constitucional.

Ambos documentos, aunque separados por casi quinientos años, constituyeron la piedra angular de las libertades y defensas contra el autoritarismo en Inglaterra, consignaron el principio de legalidad y sirvieron como base de las posteriores declaraciones liberales de derechos fundamentales, alentando el sentimiento revolucionario que habría de desarrollarse en Francia y Estados Unidos de América.

El Estado liberal y las declaraciones de derechos individuales del hombre encontraron su auge durante la Revolución Francesa y la independencia de las colonias norteamericanas, bajo los ideales de igualdad y libertad que exigía la burguesía ilustrada de la época. Es así como en virtud de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se consagró lo que Böckenförde llama la teoría liberal de los derechos fundamentales⁹, es decir, la consagración del espacio irreductible de acción del hombre, ajeno al Estado en cuanto a injerencias en el mismo pero objeto de reconocimiento y respeto. A diferencia de la Carta Magna o *Bill of Rights*, los nuevos instrumentos suponían una concepción de carácter iusnaturalista sobre los derechos individuales donde el valor y fundamento jurídico no provenían del reconocimiento que el Estado y la ley hacían de los mismos sino que respondían a la esencia misma del ser humano.

⁹ Véase, Böckenförde, Ernst Wolfgang, "Estudios sobre el estado de derecho y la democracia."

Es a partir del surgimiento del Estado liberal que la doctrina reconoce el surgimiento de la “primera generación” de derechos fundamentales, es decir los derechos civiles y políticos. Este tipo de derechos se entienden también como “normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer”¹⁰ por lo que implica un reconocimiento así como una obligación de no hacer por parte del Estado frente a este nuevo “ámbito vital” del individuo.

Bajo este contexto, los derechos fundamentales finalmente salen a la vida pública y entran formalmente a la esfera jurídica de los individuos como derechos subjetivos exigibles frente al Estado (la teoría liberal limitaba la exigibilidad de los derechos individuales frente a particulares), sin embargo, la postura estatal frente a dichos derechos fundamentales individuales fue predominada por el *laissez-faire*, es decir una actitud pasiva del Estado donde el mismo cumplía con los recién adquiridos derechos de las personas al no llevar a cabo ninguna acción o prestación sino únicamente una abstención.

Lo anterior habría de constituir un antecedente sumamente peligroso para la teoría de los derechos fundamentales toda vez que a lo largo del siglo XIX y XX una parte dominante de la doctrina llegaría a considerar que el papel del Estado continuaría siendo el mismo, aquel de “respetuoso” espectador frente al espacio vital de los individuos sin tomar en cuenta la progresividad que rige a dichos derechos, la concepción de que todo aquel derecho que necesitara del actuar estatal sería únicamente una expectativa sujeto a la disponibilidad de recursos y consenso político para poder efectivamente trasladarlos al plano de la realidad.

El paradigma del Estado liberal y su concepción de los derechos fundamentales individuales encontró una gran resistencia y oposición a partir de los movimientos sociales Estados durante la primera mitad del Siglo XX. Fue México uno de los primeros países en exigir el reconocimiento de ciertos

¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *op.cit.* nota 2, p. 3.

derechos de índole social que iban más allá de las libertades públicas que habían generado una gran desigualdad y pobreza en el país.

La Revolución Mexicana encontró manifestaciones de diversos grupos sociales tales como el obrero, agrario, sindicalista, entre otros que exigían una mejor situación de vida misma que implicaba una serie de reformas legales y constitucionales que garantizaran una equidad de facto y *de iure* en una sociedad altamente desigual. Fue así como surgió la Constitución Mexicana de 1917 que por primera vez elevó a rango constitucional ciertas prerrogativas sociales que si bien contribuyeron a robustecer el catálogo de derechos fundamentales (en especial de aquellos sujetos con una situación económica menos favorable) no lograron impactar de manera contundente la realidad social del país, es decir, el simple otorgamiento de esta nueva Constitución de carácter social fue insuficiente para transitar al modelo de Estado Social de Derecho en tanto que los principios y normas establecidos en la Carta Magna carecieron de contenido y eficacia al ser interpretados bajo el paradigma liberal característico del Siglo XIX.

Como sostiene el Ministro José Ramón Cossío Díaz, los postulados sociales que emanaron del conflicto armado de 1910, “no eran estrictamente jurídicos sino, y al igual que la Constitución, el fruto de la Revolución”, es decir, los derechos sociales fueron incorporados como líneas conductoras de la actuación estatal y no como efectivos derechos exigibles frente al Estado. Me parece que el signo distintivo más notorio de la trivialización a los derechos sociales fue la falta de garantías (primarias o secundarias) que imposibilitó su eficacia y justiciabilidad, y que incluso, de acuerdo a la postura de autores como Ricardo Guastini, puso en entredicho la efectiva consideración de los postulados sociales como verdaderos derechos¹¹.

¹¹ Contrario a concepciones garantistas más robustas como aquella de Luigi Ferrajoli, Guastini sostiene que los derechos subjetivos, al ser pretensiones, no existen en si mismos en tanto no exista una correlativa obligación a otra persona, mediante sanciones, que doten o aseguren el contenido del derecho original.

Kelsen, desde una visión ajena al Estado constitucional de derecho y el garantismo, ya aseveraba que el derecho existe en tanto es un reflejo de algún deber jurídico por lo que, de igual forma, supeditaba la existencia del derecho a su contraprestación.

Contrario al pensamiento posrevolucionario, las garantías son técnicas independientes y obligatorias en tanto exista un derecho fundamental que justifique su existencia, mismas que tienen por objeto “reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”¹². Es decir, el incipiente Estado social de derecho de principios del siglo XX fue incapaz de romper con la inercia liberal que únicamente preveía garantías negativas o de abstención frente a los derechos de libertad e igualdad, o bien, su anulación en caso de interferencias en este ámbito infranqueable de los individuos, toda vez que los nuevos derechos que había integrado al orden jurídico nacional exigían de nuevos medios e instrumentos de acción por parte del Estado para trasladarlos al plano fáctico.

Incluso, como sostiene Luigi Ferrajoli, la falta de transición de las ciencias jurídicas y políticas que debieron acompañar al nuevo paradigma del Estado social, permitieron que el mismo se desarrollara a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad administrativa que generó una proliferación de los grupos de presión y clientelismos que el grupo en el poder utilizó para condicionar sus obligaciones constitucionales en favor de sus intereses políticos.¹³

Aunado a la situación nacional previamente referida, la Constitución de Weimar sancionada en el año de 1919 y misma que, junto a la Constitución mexicana de 1917 dio origen al constitucionalismo social, configuró a los derechos sociales como normas programáticas, es decir, como simples directivas a ser observadas por el Estado bajo un régimen de discrecionalidad sujeto a la capacidad económica y voluntad política del Estado.

La consideración (doctrinaria y judicial) de los derechos sociales como directrices de la actuación estatal generó que estos no logran enraizarse en el paradigma positivista como derechos subjetivos, que a la luz de la

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. “La ley del más débil.”* 7ª. Ed., trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Italia, Trotta, 2010, p. 25.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 30.

interpretación jurídica de la época, era la única vía de exigencia para la restitución de situaciones jurídicas que le eran debidas al individuo. En palabras de Hans Kelsen, máximo exponente de la corriente positivista que rige la cultura jurídica hasta nuestros días: “Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que de acuerdo con la misma resolución-ha cometido el acto antijurídico o violado su deber.” En el mismo sentido, Jorge del Vecchio consideraba que para estar frente a un derecho subjetivo otra persona debía de soportar la carga jurídica de tal derecho mediante una obligación de dar, hacer o no hacer o de lo contrario únicamente habría de considerarse como una expectativa de carácter moral.

Así, los derechos sociales encontraron una segunda negación al cumplimiento de su contenido, es decir, si bien por una parte habían despojados de cualquier valor normativo al considerarse como simples directrices, posteriormente se les negó la posibilidad de ser exigidos ante los tribunales competentes por no tratarse de derechos subjetivos (y por ende no incidir en la esfera jurídica de los individuos), constituyéndolos así en letra muerta o proclamaciones de buenas intenciones. En palabras de la propia jurisprudencia:

INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.

El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, 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). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, **cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden**

jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un "poder de exigencia imperativa"; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto. Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo coactivo, a no ser que el poder de exigencia a la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento de que se trate. Por tanto, si cualquiera autoridad del Estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento respectivo, es a esa misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que las haya originado, pues el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan "el poder de exigencia" correspondiente.¹⁴

Bajo este contexto se desarrollaron paulatinamente los derechos sociales en México, en un ambiente de nulo cumplimiento de los mismos y no obstante con esto, durante la década de los sesentas, con el inicio de las profundas crisis económicas en el país y devaluaciones de nuestra moneda, los gobiernos en turno utilizaron las prerrogativas sociales como moneda de cambio para legitimar su actuación pese a la inestabilidad económica.

¹⁴ [TA]; 7a. Época; Pleno; S.J.F.; 37 Primera Parte; Pág. 25

En palabras del Ministro Cossio, “Entre peor iba la economía más se estaban constitucionalizando derechos”¹⁵, es decir, se amplió el catálogo de derechos fundamentales del individuo bajo una postura donde, de acuerdo a la afortunada frase de Ronald Dworkin: “si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”.¹⁶

Hasta los primeros años de nuestro siglo han sido limitadísimos los criterios jurisprudenciales que se han pronunciado respecto del cumplimiento o satisfacción material de los derechos sociales y de igual forma los recursos judiciales de carácter nacional o regional han sido prácticamente nulos, dando a entender que la sociedad ya asume como imposible el hecho de poder obtener algún beneficio real de dichos derechos. Asimismo, la falta de vinculatoriedad jurídica ha sido el signo distintivo que ha regido a los mencionados derechos en lo que considero es un limbo del positivismo “recalcitrante” bajo el cual se desarrolla nuestro sistema jurídico.

La doctrina y jurisprudencia no habían acabado de dotar de contenido jurídico vinculante a los derechos sociales, de superar el concepto de derecho subjetivo/interés jurídico o de diferenciar los conceptos de derechos fundamentales y garantías cuando se presentaron una nueva especie de derechos fundamentales de naturaleza colectiva. Dichos derechos fundamentales fueron bautizados como aquellos de “tercera generación”, aunque es importante hacer notar que el desarrollo de los derechos fundamentales no se da de forma lineal y que si bien la clasificación de “generaciones” que se hace de los mismos ha sido acusada de reduccionista, ésta ayuda a poner en perspectiva la situación general que guardan los derechos a partir de su positivización.

Los derechos colectivos *lato sensu* son aquellos que responden a circunstancias propias de los tiempos que vivimos y a fenómenos tales como la globalización, las formas masivas de producción, el fenómenos de masas, los

¹⁵ Cossío Díaz, José Ramón, *Comentarios*, en “Memoria del coloquio sobre derechos sociales”, 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 145.

¹⁶ Dworkin, Ronald, “*Los derechos en serio*”, 1ª Ed., España, Ariel Derecho, 2009, p. 303.

medios masivos de comunicación, la vulnerabilidad de las minorías y en general aquellas situaciones que afectan de manera conjunta a un grupo de personas, ligadas por circunstancias de hecho o de derecho, por consecuencias propias de las sociedades postindustriales del Siglo XX y XXI.

La característica predominante de los derechos colectivos se refiere a su transindividualidad, es decir, a la trascendencia de la esfera individual que supone tanto su ejercicio como violación a partir de conceptos tales como “relación jurídica base” u “origen común”. En palabras de Ada Pellegrini Grinover, en los derechos colectivos *lato sensu*, se insertan los intereses de “todos aquellos que integran una comunidad, compartiendo sus necesidades y sus ansías”¹⁷.

El contexto de estos derechos en el mundo queda identificado claramente por Mauro Cappelletti: “El problema social planteado por estos nuevos derechos, se explica solamente a la luz de una visión moderna de las sociedades contemporáneas. En ellas ha surgido con gran urgencia relaciones típicas de las economías modernas, como el hecho de que la producción, distribución y consumo de bienes, se desarrollen en gran escala, y ya no más en relación de uno a uno”¹⁸.

A la luz de este relato podemos identificar como la ciencia jurídica transitó, en un periodo de un poco más de doscientos años, de la negación prácticamente absoluta de los derechos fundamentales al paradigma del Estado Social de Derecho o *Welfare State* (incluyente de los derechos colectivos), cuya obligación no supone únicamente un reconocimiento de aquellos elementos inherentes al individuo y constitutivos de su dignidad humana sino que le impone la obligación de garantizarlos materialmente o, en

¹⁷ Ada Pellegrini Grinover, “Hacia un sistema iberoamericano de tutela de intereses transindividuales”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. XXXV.

¹⁸ Tron Petit, Jean Claude, “¿Qué hay de las acciones colectivas?” en Revueltas Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coord.) *Acciones Colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, México, Ed. Porrúa, Asociación de Jueces y Magistrados de Distrito del Poder Judicial de la Federación, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2012, p. XIII.

su caso, prever los instrumentos y acciones necesarias para demandar su cumplimiento del sujeto pasivo en este caso el Estado.

Sin embargo, no es posible ser tan optimistas respecto a lo expuesto en el párrafo anterior pues resulta necesario matizar el desarrollo de los derechos fundamentales, ya que, si bien es posible aseverar de forma general que aquellos derechos de libertad propios del Estado Liberal de Derecho son cumplidos en una gran medida a través de las abstenciones de los poderes públicos, no es posible decir lo mismo respecto de los derechos sociales, económicos o culturales cuyo deber correlato por parte del Estado y consistente en un *dare, facere o praestare* es prácticamente una ilusión jurídica y factual, situación que se ha extendido a los derechos colectivos o de solidaridad, generando así, el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos jurídicos.

Kazuo Watanabe sostiene que los intereses que pasan a ser amparados por el ordenamiento jurídico asumen el mismo status de un derecho¹⁹ por lo que es un imperiosa necesidad del Estado satisfacer los postulados que él mismo ha elevado al grado de derechos constitucionales y por otra parte dotarlos de garantías (materiales y jurisdiccionales) ya que, en ausencia de las mismas, estarán destinadas a “permanecer sobre papel”²⁰.

En palabras de Luigi Ferrajoli: “Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia (sustancial), cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a si misma”.²¹

¹⁹ Watanabe, Kazuo, “Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteproyecto”, Brasil, p.275.

²⁰ Ferrajoli, Luigi, “La teoría del derecho en el paradigma constitucional”, México, Cajica, 2009, p. 89.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 31.

B. Acceso a la justicia y la función “socializadora” del Derecho

1. La justicia como fundamento del Estado

Ha sido difícil, a lo largo de nuestra tradición jurídica, definir ciertos conceptos que pueden ser calificados de ambiguos toda vez que permiten distintas interpretaciones, y dentro de las mismas, distintos grados o niveles de aproximación al contenido esencial de dicho concepto para poder determinar cuando se está frente al mismo.

No obstante lo anterior, Mauro Cappelletti y Bryant Garth, en una obra que revoluciona el concepto de acceso a la justicia y deja entrever las limitaciones que lo restringen hasta hoy en día (a pesar de haber sido publicada en la década de los 70s), consideran que dicho concepto si bien es de difícil definición, sirve para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas. En primer lugar, consideran estos autores, el sistema debe ser igualmente accesible para todos y en segundo término, éste debe dar resultados individual y socialmente justos en la inteligencia de que **en el proceso jurisdiccional existe un núcleo fundamental de democracia.**²²

Bajo este tenor, nuestra Constitución prevé, en su artículo 17, párrafo segundo, lo siguiente:

Artículo 17.

(...)

“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.”

²² Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *“El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 10.

En consecuencia del precepto constitucional citado, todo individuo está formalmente habilitado para concurrir ante las instancias judiciales correspondientes y ventilar ante ellas cualquier asunto de su competencia en busca de “justicia”.

En este tenor es posible identificar que **el derecho de acceso a la justicia juega un doble papel en la dinámica constitucional ya que por una parte es un derecho fundamental** en si mismo (consagrado en el capítulo relativo a los derechos humanos de nuestra Constitución así como diversos tratados internacionales) **y de igual forma es la llave de acceso para acceder o exigir los demás derechos** (fundamentales o no) **cuando son violados o simplemente omitidos por la autoridad o particulares.**

Lo anterior genera que el acceso a la justicia se configure como una piedra angular en el sistema jurídico de los Estados pues es imposible pensar en un Estado de derecho que no prevea las instituciones y mecanismos para emancipar los derechos, desde los códigos, leyes y ordenamientos hacia el patrimonio de los individuos. Lo anterior constituiría la negación del fundamento más esencial del pacto social y pondría en entredicho la necesidad o legitimidad del ente estatal. En palabras de Ronald Dworkin: “El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado”.²³

Es preciso remontarnos al origen del Estado sin hacer un análisis extensivo del mismo pero si con la finalidad de identificar aquellas directrices primarias con las que fue trazado el ideario del Estado democrático, a fin de determinar el papel del derecho de acceso a la justicia en su concepción y el grado de legitimidad o fundamento que el mismo le otorga.

El contrato social, como teoría política, estipula las obligaciones y deberes que el Estado asume cuando el hombre renuncia a su estado natural y crea la ficción del cuerpo político para someterse a su autoridad.

²³ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 10, p. 303.

El máximo exponente de la teoría contractualista, Jean-Jacques Rousseau, expresa en su tratado llamado propiamente “El contrato social” que el objetivo de los individuos era “encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada uno de los asociados...”²⁴ por lo que queda de manifiesta que el hombre *prima facie* renuncia a su estado natural siempre que el ente jurídico creado la defendiera tanto a él como a sus bienes. Al respecto me parece que no sería alterar el sentido u intención del autor cuando considero que por bienes se refería a su sentido amplio, es decir, al patrimonio del individuo que contempla, entre otros elementos, a sus derechos.

Es decir, en la reconfiguración del paradigma estatal llevado a cabo en la Ilustración aunado a los movimientos sociales a los que me he referido anteriormente, se considera que el Estado tiene como fundamento el reconocimiento y protección de ciertos derechos del hombre y por consecuencia, la idea de acudir a un tribunal o cualquier instancia para que se imparta “justicia” cuando dichos derechos han sido vulnerados constituye un principio íntimamente ligado y constitutivo de estas premisas originales.

Es posible que se considere que estas ideas han quedado relegadas a un plano meramente académico o incluso anecdótico, sin embargo es preciso determinar que la teoría contractualista y las ideas de la ilustración permearon en la elaboración de nuestra Constitución de 1917 y por ende son principios de la más alta jerarquía normativa, generando así la validez de los argumentos previamente expuestos.

Al respecto, en su Título Segundo, Capítulo Primero relativo a la Soberanía Nacional y Forma de Gobierno, la Constitución establece:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana

²⁴ Rosseau, Jean-Jacques, “El contrato social”, <http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20El%20Contrato%20Social.pdf>.

del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

El acceso a la justicia cumple una función legitimadora del Estado y es parte de aquellas premisas básicas y originales que constituyeron su primer fundamento por lo que es necesario preverla y garantizarla (formal y materialmente) pues de lo contrario se pondría en peligro la subsistencia (legítima al menos) del Estado mismo. El acceso a la justicia, considero, es un tema de congruencia mínima que el Estado se debe para consigo mismo.

Como bien señala Amador Rodríguez Lozano cuando analiza el citado artículo 17 constitucional, el Constituyente de 1824²⁵ al construir un gobierno, no instituyó un soberano sino un delegado que le permitiera alcanzar la felicidad (bajo las ideas del *persuit of happiness* instaurado en la constitución norteamericana) pues no es posible pensar que el pueblo, como ente originario de la organización política, pretendiera obrar en contra de sus intereses primarios y fundamentales.

En este orden de ideas pero bajo una perspectiva distinta, John Rawls, máximo filósofo y teórico de la justicia del Siglo XX, no cree que el contrato social valga en tanto sea la llave para ingresar a una determinada sociedad o para establecer una forma de gobierno en particular. Por el contrario, considera que la “idea directriz” se refiere al establecimiento de los principios de justicia para la estructura básica de la sociedad dentro de dicho contrato social, principios que serían aceptados por todas las personas en una posición original de igualdad al momento de hacer el diseño de aquella asociación.²⁶

A diferencia de Rousseau, Rawls no parte de la renuncia del hombre a sus estado natural como presupuesto para la elaboración del contrato social,

²⁵ Fue el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 la primera en prever la administración de justicia como derecho e incluso, la Constitución de 1917 dejó de lado este concepto al preverlo como una obligación de los tribunales más no propiamente un derecho de los individuos. Habría de ser hasta 1987 cuando el concepto de acceso a la justicia se volviera a integrar como derecho a nuestro máximo ordenamiento.

²⁶ Rawls, John, “*Teoría de la justicia.*”, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 24.

sino de una “posición original” pensada como una situación hipotética donde los hombres, en un plano de igualdad consciente, gracias al velo de la ignorancia, ignoran ciertos factores tales como su status social, ventajas, situación económica, inteligencia, y en general, toda situación que pudiera afectar su percepción respecto de lo que constituirían sus aspiraciones al trazar las directrices de la justicia que habría de regir la estructura básica de la sociedad.

Una visión originaria donde “en igualdad de circunstancias, una concepción de la justicia es preferible a otra cuando se encuentra fundada en hechos generales marcadamente más sencillos, y cuando su elección no depende de cálculos elaborados a la luz de una vasta colección de posibilidades definidas teóricamente.”²⁷

Bajo este velo de la ignorancia y desde la posición original, Rawls concluye que los individuos habrían de elegir voluntariamente dos principios rectores de justicia: (1) el derecho más extenso a la libertad (en tanto no empate con el mismo derecho a la libertad de los demás²⁸) y (2) que las desigualdades sociales y económicas deberían de estar condicionadas al hecho de ser ventajosas para todos y siempre vinculadas a empleos (riqueza económica) y cargos que sean asequibles para todos.

En esta concepción de justicia, las instituciones jurisdiccionales se proyectan como un receptor de las legítimas aspiraciones de los individuos bajo el imperio del derecho, pero no cualquier derecho sino un derecho dirigido por los principios de libertad y condicionamiento de las desigualdades sociales. En una sociedad donde rige la más amplia libertad sobre cualquier otro elemento (Rawls somete el segundo principio de justicia al cumplimiento del primero), los órganos administradores de justicia deben garantizar que el espectro de posibilidades otorgado por la primacía de dicha libertad tenga efectos en la esfera jurídica y aspiracional del individuo y por otra parte que dicho espectro

²⁷ *Ibidem*, p. 140.

²⁸ Ronald Dworkin se refiere a esta limitación como los “derechos concurrentes”, es decir, aquellos derechos personales del ciudadano respecto de los cuales está facultado para exigir protección estatal.

de posibilidades no se superponga al abanico de posibilidades de los demás individuos.

En una sociedad donde el concepto de libertad es elevado al máximo, el acceso a la justicia y sus instituciones juegan un papel primario en el acuerdo original toda vez que permite conciliar las libertades y garantizar el régimen de posibilidades que acompaña a la ampliación de libertades. Ampliar los derechos significa friccionarlos con sus limitantes así como con otros derechos por lo que se vuelve necesario practicar continuamente ejercicios de ponderación los cuales están a cargo de jueces.

Por su parte, Ronald Dworkin expresa que la justicia, entendida como equidad, descansa sobre el supuesto de un derecho natural de los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho existente en tanto se desprende de la calidad de seres humanos. En consecuencia, los derechos inherentes al ser humano son la base fundamental de la justicia y su materialización supone la aproximación más cercana a la tangibilidad de tan difuso concepto en la inteligencia de que hacer justicia implica garantizar los derechos del hombre.

Sea cual sea la concepción utilizada para explicar la teoría del Estado, me parece que el hecho de que los individuos se otorgan su propio gobierno es un común denominador que rige la totalidad de las teorías contemporáneas, y al respecto, el acceso a la justicia siempre funciona como un elemento justificador de este otorgamiento. Las prerrogativas concedidas para la creación del Estado están condicionadas a la garantía de justicia que tenga una sociedad en un momento y lugar determinado.

“La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social, la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso el Estado.”²⁹

²⁹ Heller, Hermann, *“Teoría del Estado”*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 285.

2. Distinción entre derechos fundamentales y garantías individuales

Una vez que los individuos han logrado otorgarse a si mismos el gobierno y sus instituciones, en un marco donde las decisiones de estas son un reflejo de la voluntad popular, puede decirse que se ha alcanzado una “democracia formal o procedimental”³⁰ toda vez que justamente se han previsto los procedimientos para que la actuación estatal responda a las decisiones de la mayoría, ya sea de forma directa o indirecta.

La democracia formal, bajo el concepto de Estado de Derecho, ha probado ser insuficiente toda vez que la democracia no debe limitarse, en palabras de Luigi Ferrajoli, a establecer el *quién* y el *cómo*³¹ de las decisiones sino dotar a esas decisiones de contenido, es decir, regulando de igual forma el *qué*.

La anterior concepción formalista de la democracia ha generado una crisis del Estado de Derecho y del derecho mismo pues, por una parte, hay un vacío respecto de las reglas (límites y vínculos) que sujetan a los detentadores del poder público, generando así, una ilegalidad del poder.³² Por otra parte, el Estado ha probado ser incapaz de cumplir las funciones propias del Estado social de derecho debido a que no logró romper en ningún momento con el paradigma del Estado liberal del *laissez-faire* que lo limitaba a respetar ciertos límites de su actuación pero no, por el contrario, a prestar ciertas concesiones. Asimismo, Ferrajoli considera que la variación del lugar donde se detenta la soberanía de un Estado, del plano nacional al supranacional, así como la variación del sistema de fuentes del derecho constituye una crisis del Estado nacional y de igual forma el tercer elemento de la crisis del derecho.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 63.

³¹ Ferrajoli, Luigi, “*Derecho y razón. Teoría del galantismo penal.*” Italia, Trotta, 2006, p. 857.

³² Ferrajoli incluso lleva más allá este concepto de la ilegalidad del poder en Italia derivándolo en una crisis constitucional pues considera que la raíz del problema se encuentra en la degradación de las *reglas del juego* institucional así como los límites y vínculos que las mismas imponen a los poderes públicos.

Ante la insuficiencia del Estado liberal de derecho y la negación del Estado social de derecho, una parte de la doctrina y la academia redimensionaron el papel del Estado y sobretodo de la Constitución para transitar así al modelo del Estado constitucional de derecho, es decir, “al sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de derechos fundamentales”.³³

A partir del nuevo paradigma de la teoría jurídica, la democracia formal no logra ser suficiente para colmar los requisitos indispensables de legitimidad por parte del *artificial reason* que tiene su sustento en el contrato social. Aunado a la democracia formal, Ferrajoli incluye una dimensión sustancial del Estado que supere las crisis del Estado paleopositivista liberal y que constituye la democracia sustancial.

Bajo el esquema del Estado constitucional de derecho, las normas jurídicas ya no sólo se rigen por una primera ficción constituida en su existencia o creación por los órganos legalmente facultados para crearlas de acuerdo a los mecanismos constitucionales en vigor, sino que se suma una segunda ficción o artificialidad consistente en la sujeción de la norma a la norma, pero no cualquier norma sino aquella del más alto nivel, la Constitución.

En palabras de Gustavo Zagrebelsky. “ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.”³⁴

La democracia sustancial puede traducirse como el “derecho sobre el derecho”³⁵, un mecanismo que establece los límites y vínculos jurídicos cuya inexistencia generó el primer aspecto de la crisis del derecho identificada por

³³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 19.

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, “*El derecho dúctil*”, 9ª. ed., trad. De Marina Gascón, Italia, Trotta, 2009, p. 14.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 18.

Ferrajoli (la falta de límites y vínculos del poder público con la normas sustanciales de la democracia). Una ruptura con el positivismo jurídico y la asignación de validez a la normas no en tanto producto legislativo *per se*, sino en tanto al nivel de cumplimiento con el contenido constitucional requerido.

Dentro de la democracia sustancial, los derechos fundamentales se constituyen como las más importantes limitaciones de los poderes públicos y elementos de validez de las normas. Sin embargo, como se demostró con el “fracaso”³⁶ del Estado social de derecho, no es posible pensar que los derechos fundamentales, por si solos, puedan limitar a los poderes públicos sino que requieren de las garantías que les permitan materializar su contenido.

Las garantías, son los instrumentos necesarios para satisfacer la segunda artificialidad que la democracia sustancial impone a la norma, es decir, técnicas que deben estar previstas en los ordenamientos (en tanto exista un derecho fundamental que lo justifique) para materializar el contenido de las normas o bien, “reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad”³⁷ y así dotar a los derechos fundamentales de su imperativa eficacia que se desprende por su estipulación constitucional.

No puede pensarse en garantías sin derechos fundamentales pero sobretodo, y en virtud del Estado constitucional de derecho, no puede pensarse en derechos fundamentales sin garantías. Es preciso identificar la naturaleza de las garantías, mismas que seguirán la suerte de los derechos fundamentales que perfeccionan, así, las garantías liberales estarán destinadas a anular todo acto que restrinja los derechos de libertad y por su parte, las garantías sociales, deben prever los medios para que el Estado lleve a cabo las prestaciones sociales de corte constitucional.

³⁶ Si bien es cierto que en ciertos países, sobretodo aquellos del norte de Europa, han conseguido llevar a cabo modelos estatales de corte social-demócratas exitosos, el concepto del *Welfare State* no logró superar la concepción liberal ni la discrecionalidad de los derechos sociales. El deterioro de la ley y el aumento de fuentes de derecho así como la falta de un robusto sistema de garantías equiparable a aquellos pertenecientes a derechos de propiedad o libertad, generó que los derechos permanecieran, en mayor o menor medida, bajo un manto de ineficacia y fueran utilizados como moneda de cambio política en un ambiente de corrupción y arbitrariedad.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 25.

Al respecto y en virtud de la naturaleza de esta nueva concepción del Estado constitucional garantista, el propio Ferrajoli prevé los problemas a los que este sistema está “destinado”³⁸ a enfrentarse. Por una parte y en virtud de los derechos de libertad, las garantías pueden encontrarse con “*antinomias*” entendidas como normas que limitan o restringen totalmente las prohibiciones a las que deben estar sujetos todos los individuos en virtud de las libertades que constituyen el coto vedado o esfera de lo indecible³⁹ de la persona. Asimismo y a la luz de los derechos sociales, el Estado constitucional corre peligro de incurrir en “*lagunas*” normativas, es decir, omisiones respecto de las prestaciones que está obligado a llevar a cabo por mandato de los derechos de la más alta jerarquía.

Bajo este esquema y ante la duda razonable de que el Estado puede acotar los efectos del garantismo al plagar su ordenamiento jurídico de antinomias y lagunas (que en virtud del formalismo positivista no afectaría la vigencia y validez de las normas), Ferrajoli concibe, dentro de su sistema artificial de garantías, una duplicidad en relación al aspecto sustancial del mismo para no dejar los derechos al arbitrio y discrecionalidad de los poderes legislativo y ejecutivo.

Por una parte y como lo he mencionado a lo largo del presente capítulo, los derechos fundamentales, bajo el paradigma del Estado constitucional, implican una serie de vínculos para los poderes públicos; dichos vínculos se refieren a las normas de carácter administrativo que, mediante vínculos y límites a los poderes públicos, dotan de contenido y eficacia a los derechos fundamentales mismas que Ferrajoli denomina como “garantías primarias”.

³⁸ Ferrajoli toma en cuenta que la elaboración de la teoría jurídica que elabora se desarrolla en el seno de los Estados regidos por la teoría jurídica positivista, y que, para poder desarrollarse y tener vigencia debe hacerlo desde el interior de dicho sistema. Al respecto, el que el paradigma garantista esté “destinado” a encontrar impedimentos se refiere a la transición natural de concepciones estatales, no a la idoneidad del sistema jurídico garantista como tal.

³⁹ Ferrajoli define la “esfera de lo indecible” como la lesión o restricción de los derechos de libertad sobre los que ninguna mayoría puede decidir y la “esfera de lo indicible que no” como la satisfacción de los derechos sociales sobre los que nadie puede dejar de decidir.

Es cierto que, como señala Michelangelo Bovero, ante la ausencia de la mencionada garantía primaria se actualiza la obligación de los detentadores del poder público para “instituir específicas y adecuadas garantías para el mismo”, es decir, una “obligación de obligar”⁴⁰ al responsable de la elaboración de la garantía, sin embargo esto no resultaría suficiente toda vez que este aspecto continuaría dentro de la esfera de la discrecionalidad legislativa del Estado. Incluso, y con el ánimo de evitar el reduccionismo que hace Hans Kelsen del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en la relación jurídica con su titular⁴¹, podría delegarse la obligación de satisfacer las garantías a un juez que, actuando bajo el modelo del Estado constitucional, dote a los derechos fundamentales, a través de criterios jurisdiccionales garantistas, de sentido y medios necesarios para su eficacia mediante sentencias constitutivas o condenatorias, sin embargo esta aproximación debe llevarse a cabo desde una perspectiva independiente que quede lejos de la discrecionalidad estatal y que sea a su vez un derecho y obligación para individuos y Estado, es decir una garantía secundaria.

En este orden de ideas y a raíz de las limitaciones que presentó el Estado social de derecho, Ferrajoli incluye una garantía secundaria destinada a subsanar las violaciones de la garantía primaria, esto es, “la obligación de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos”.⁴²

En estos términos lo señala el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Jesús Orozco Henríquez, cuando sostiene que “la interpretación de la ley, especialmente la que realizan los tribunales constitucionales, (en el modelo del constitucionalismo o garantista) constituye una reinterpretación de la ley a la luz de la Constitución y, en caso de una contradicción entre la norma inferior y la norma constitucional, el juzgador deberá inaplicar o declarar la invalidez de la primera cuando tenga facultades

⁴⁰ Bovero, Michelangelo, “*Derechos, deberes, garantías*”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (comp.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Trotta, 2009, p. 237.

⁴¹ Kelsen, Hans, “*Teoría general del Derecho y del Estado*”, trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1979, p. 88; el derecho “No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra”.

⁴² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 43.

para ello o, ante una eventual laguna legislativa, aplicar directamente la Constitución, o bien, resolver una cuestión interpretativa, en la que estén en juego diversas posibilidades, a favor de aquella que se encuentre conforme con la Constitución.”⁴³

Cabe hacer la precisión de que, en tanto el poder legislativo no asegure, mediante normas claras y rigurosas⁴⁴, el cumplimiento del aspecto sustancial de la democracia, el juez tiene el deber de llevar a cabo el desarrollo jurisprudencial correspondiente bajo la óptica garantista antes mencionada. Es decir, si no se quiere permitir una discrecionalidad del juez o una politización del ejercicio judicial (funciones que no son propias del Poder Judicial y pueden acarrear una determinada incertidumbre jurídica), debe ser el propio Poder Legislativo el encargado de acotar su función política y separar, a través del cumplimiento de sus funciones, la *legis-latio* de la *juris-dictio*.⁴⁵

A raíz de esta doble concepción de las garantías podemos identificar que el acceso a la justicia tiene un doble papel en el Estado constitucional de derecho, como un derecho fundamental dentro del catálogo de cada individuo y como única y total garantía secundaria para la protección de los derechos fundamentales.

El Estado constitucional de derecho y su sistema artificial de garantías para la protección de derechos fundamentales descansan sobre la garantía secundaria de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional para lograr una articulación sistemática que permita su implementación pues “no hay derecho

⁴³ Orozco Henríquez, J. Jesús, “*Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico*”, México, Porrúa, 2006, p.57.

⁴⁴ Si bien el estricto cumplimiento del principio de taxatividad se entiende fundamentalmente para las leyes en materia penal, me parece que el legislador debe seguir estas directrices al determinar las garantías por tratarse de medios para el cumplimiento de normas constitucionales o convencionales, es decir, del más alto nivel jerárquico y necesidad de apego.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma Judicial*. Revista Mexicana de Justicia, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia núm. 15-16, enero-diciembre de 2010, pp.13.

sin jurisdicción”⁴⁶ ni constitución (en el sentido formal) sin derecho de acceso a la justicia y por lo tanto, cualquier intento de poner a los derechos fundamentales en el más alto nivel normativo resultaría una mera ficción. *Contrario sensu*, si el Estado hace nugatorio las garantías de los derechos (en especial la garantía secundaria por tener la posibilidad de subsanar la garantía primaria y por ende restablecer el orden constitucional) el hombre, desde el otorgamiento de la *Magna Carta Libertatum* hace ocho siglos, habría sido incapaz de lograr la emancipación de sus derechos frente al arbitrio y control estatal, la idea de derechos fundamentales continuaría siendo “un disparate en zancos”⁴⁷.

La negación de la garantía secundaria de acceso a la justicia implica la negación absoluta del derecho así como el carácter ilusorio, no sólo del Estado constitucional de derecho, sino del social y liberal. En palabras de Ronald Dworkin: “Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho.”⁴⁸

⁴⁶ Aragón Reyes, Manuel, El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, Temas de Derecho Público, núm 44,p.30.

⁴⁷ Bentham, Jeremy, “*Sophismes Anarchiques. Examen critique de diverses déclarations des droits de l’homme et du citoyen*”, , trad. P. É. L. Dumont y B. Laroche, Darmstadt, 1969, pp. 547; Es preciso recordar el corte utilitarista que distingue la obra de Bentham, donde los derechos no son absolutos, sino relativos en función de la utilidad que tenga para la mayoría de los individuos. Contraria a la postura absoluta contramayoritaria de los garantistas, para Bentham los derechos quedan supeditados al concepto de interés general, en este sentido me refiero a que los mismos no habrían logrado su emancipación por parte de la manipulación estatal, ya sea de acuerdo a su utilidad, su simple negación, la falta de medios para materializarlos o cualquier otra vía.

⁴⁸ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 10, p.303.

3. Datos duros sobre el acceso a la justicia

Más de quince años han transcurrido desde que se reincorporó a la Constitución, a través de la reforma al artículo 17, el derecho a la tutela jurisdiccional⁴⁹, sin embargo sería una mentira afirmar que, únicamente a partir de la introducción del texto constitucional, los habitantes de México están en posibilidades de acudir a las instituciones jurisdiccionales para hacer valer sus legítimas aspiraciones de justicia.

El derecho, como he señalado anteriormente, no puede depender de su sola elaboración formal por los órganos políticos competentes para acarrear su efectivo cumplimiento sino que, por el contrario, debe prever todos los obstáculos e impedimentos que existen para ejercer el derecho en cuestión y consecuentemente abatirlos, o bien implementar los puentes que permitan la conciliación entre la situación fáctica y el “deber ser” contemplado por la ley.

Es del conocimiento de todo abogado litigante que para ejercer el mencionado derecho a la tutela jurisdiccional es preciso llevar a cabo una serie de gestiones que, en un Estado con las características socio-económicas de México, hacen nugatorio el derecho en cuestión y dejan en estado de indefensión y vulnerabilidad a aquellos grupos sociales más débiles así como a las minorías.

En una enunciación no limitativa de las gestiones antes referidas considero que vale la pena hacer mención a las siguientes:

- a) la contratación de abogados litigantes y el pago de sus honorarios;
- b) el otorgamiento de poderes u otros medios de representación;
- c) gastos intraprocesales (edictos, garantías, honorarios de peritos, etc.)

⁴⁹ El artículo 17 elaborado por el Constituyente de Querétaro de 1917 suponía la actuación jurisdiccional como una obligación para los tribunales pero no confería, de forma expresa, el derecho a los individuos para acceder a la justicia, al respecto el texto original establecía: “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.”

- d) gastos extraprocesales (traslados, copias, estímulos procesales⁵⁰, etc.);
- e) el pago de los gastos y costas judiciales de la contraparte (en caso de ser condenado); entre otras.⁵¹

Otro aspecto poco considerado al momento de reflexionar sobre los impedimentos a la tutela jurisdiccional es el relativo a la posición geográfica de las instituciones encargadas de las funciones judiciales. Los órganos de justicia, en particular aquellos de competencia federal, se encuentran mayoritariamente en las capitales de los distintos estados de la república así como en el Distrito Federal lo que genera que aquellos individuos que viven apartados de las zonas urbanas encuentren un impedimento de carácter material o físico para hacer valer sus pretensiones. Lo anterior cobra un mayor sentido si se toma en cuenta que los grupos que viven internados en zonas distantes a las diversas capitales son, en su mayoría, grupos indígenas o comunidades rurales que cuentan con una menor capacidad económica, de traslado y despliegue respecto de los individuos que habitan las zonas conurbadas y son quienes obtienen un mayor ingreso *per capita*.

En este orden de ideas se pone de manifiesto que los índices de pobreza, marginación, discriminación y desigualdad tienen una implicación directa y determinante sobre la posibilidad de someter a la justicia federal o estatal los derechos de las personas menos favorecidas. En un primer plano es la

⁵⁰ En el entendido de que en ciertos órganos jurisdiccionales, la entrega de prebendas económicas constituye un requisito *sine qua non* para la realización de ciertas diligencias intraprocesales tales como notificaciones, lanzamientos, embargos, emplazamientos y determinadas resoluciones judiciales de trámite.

⁵¹ Para dar una mayor claridad de las implicaciones que tiene la condena en costas para la parte vencida es preciso señalar el artículo 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que es utilizado para determinar los aranceles de honorarios de los abogados (para efectos de la mencionada condena) respecto de los juicios del fuero común así como aquellos juicios de naturaleza federal que sean tramitados en el Distrito Federal;

Artículo 128. Las costas en Primera Instancia se causarán conforme a las siguientes bases:

- a) Cuando el monto del negocio no exceda del equivalente a tres mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, se causará el 10%;
- b) Cuando el monto del negocio exceda del equivalente a tres mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y sea hasta de seis mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, se causará el 8%; y
- c) Cuando el monto del negocio exceda del equivalente a seis mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, se causará el 6%.

Si el asunto tuviere que resolverse a través de una segunda instancia, las cuotas anteriores se aumentarán en 2%.

“pobreza económica”⁵² a la que se refiere Mauro Cappelletti cuando lleva a cabo un análisis sobre los tres obstáculos principales para el acceso efectivo a la justicia.

En un informe presentado por la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), organismo dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, en noviembre del 2010 indicó que, pese a que la pobreza e indigencia disminuyó entre 1.0 y 1.4% en la zona, en México estos niveles habían aumentado, concretamente, de 31.7% en 2006 a 34.8% de 2008. Por su parte, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), en su más reciente estudio, reveló que, en México, el número de personas en situación de pobreza aumentó de 48.8 millones a 52 millones entre 2008 y 2010 derivado de la recesión económica iniciada en Estados Unidos de América a finales del año 2007.⁵³

Puede haber quién piense que las estadísticas empleadas, al no versar propiamente sobre el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional, no puedan tener un impacto o reflejar un ámbito sociológico distinto a aquel para el cual fueron elaboradas, sin embargo resultaría por demás reduccionista considerar que las cifras previamente invocadas, aparte de alimentar las desigualdades referidas anteriormente, no contribuyen a la ampliación de la brecha cultural que conlleva de forma directa e inmediata al desconocimiento por parte de los individuos de sus derechos individuales o colectivos y por ende constituyen un obstáculo irrefutable en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.⁵⁴

En el mismo tenor y con las mismas consecuencias, el referido estudio elaborado por la Secretaría Ejecutiva de la CEPAL dio a conocer que en las

⁵² Mauro Cappelletti logra identificar, a partir de los trabajos que constituyeron el Proyecto Florencia, tres barreras al acceso efectivo a la justicia: la pobreza económica, la pobreza organizativa y la problemática procesal; mismos que logran consolidar el movimiento en pro del acceso a la justicia como un proyecto de reforma.

⁵³ World Bank, “World Development Indicators”, 2009, CONEVAL, Comunicado de prensa num. 006/09, 18 de julio de 2009.

⁵⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “*La justicia y el constitucionalismo social*”, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (comp.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. XXXV.

zonas rurales de Latinoamérica únicamente el 31% de las mujeres y el 26% de los hombres concluyeron la educación secundaria y, por su parte, los jóvenes indígenas únicamente alcanzan el 20% y el 22% respectivamente.⁵⁵

Cabe rescatar el análisis que el Dr. José Ovalle Favela hizo de la investigación de campo elaborada por el sociólogo Jorge Agustín Bustamante Fernández dentro de su trascendental informe sobre el Acceso a la Justicia en México para el denominado “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia” elaborado por Mauro Cappelletti y Bryant Garth.⁵⁶

A partir de dicha investigación de campo elaborada a los participantes directos del sistema de impartición de justicia (jueces, empleados judiciales y abogados litigantes), Bustamante Fernández constató la realidad de que en nuestro Poder Judicial existen diversos grados de honestidad/deshonestidad, llegando a la conclusión de que el mayor grado de deshonestidad se encontraba en los tribunales laborales, en un grado de menor deshonestidad, los tribunales penales, aún menos deshonestos los tribunales civiles y finalmente los tribunales con el mayor grado de honestidad se encontraba en aquellos de naturaleza administrativa. Este fenómeno, aplicable a la situación judicial de nuestros días, lo explicaba señalando que “a mayor status económicos de los sujetos del proceso, se halla mayor grado de honestidad en el tribunal. O en otros términos, a menor status económico del sujeto del proceso encontramos un mayor grado de deshonestidad.”

La innegable relación entre la sede jurisdiccional y el grado de honestidad se traducía para Bustamante Fernández en el reflejo de “la desproporción en la distribución de la riqueza” y podía, a su vez, referirse en

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Si bien es cierto que el informe elaborado por Ovalle Favela consta del año de 1977 y el Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia de Cappelletti y Garth se publicó un año después, también es cierto, que por lo que hace a la investigación sobre los “niveles” de corrupción en los diversos tribunales, estos siguen vigentes al día de hoy. Es evidente que las prácticas deshonestas, al ser tal su naturaleza, están fuera de cualquier medio de registro o documentación, sin embargo es la apreciación general por parte de abogados litigantes y servidores públicos judiciales que la escala elaborada por Jorge Agustín Bustamante Fernández continúa rigiendo la lastimosa situación de nuestros tribunales.

los siguiente términos “los ricos tienen mayores posibilidades de obtener justicia que los pobres”.⁵⁷

Asimismo, en un reporte elaborado por el Banco Mundial en 2012, dicho organismo señala que el sistema local de justicia más amplio en México es aquel establecido en el Distrito Federal encabezado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal mismo que tiene una demanda de 2,168,062 usuarios al año, de los cuales el 58.8% son personas cuyo ingreso familiar es menor a los Dólares EUA \$450.00, 30.8% de la totalidad de ellos vienen de familias cuyo ingreso familiar oscila entre los Dólares EUA \$450.00 y \$100.00 y finalmente 39.8% son mujeres. Lo anterior cobra una mayor relevancia si tomamos en cuenta que el Distrito Federal es una de las zonas geográficas donde el ingreso individual y familiar es mayor comparado a los demás estados de la república.

A las cifras antes mencionadas se le podría añadir el aumento de personas en pobreza de patrimonio por 5.4 millones durante el periodo 2008-2010, el aumento en 1 millón de personas por lo que se refiere a la pobreza alimentaria durante el mismo periodo, los 33 millones de mexicanos mayores de 15 años que viven en rezago educativo y respecto de los cuales el 40 por ciento se refiere a mujeres e indígenas o bien, los seis millones de personas mayores de 15 años que son analfabetos, de los cuales más de dos terceras partes son integrantes del mencionado grupo poblacional.⁵⁸

La gran demanda que tienen nuestros tribunales hoy en día no necesariamente reflejan un indicador negativo toda vez que, si bien hacen ver los descontentos sociales en busca de respuesta, también dejan de manifiesto la posibilidad estatal para atender, en buena o mala medida, los reclamos públicos o privados que puedan tener los individuos.

⁵⁷ Ovalle Favela, José, “Acceso a la justicia en México”, Anuario Jurídico, México, núm. III-IV, 1978, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2119/9.pdf>

⁵⁸ Narro, Robles, José, “Derechos y políticas sociales” en en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (comp.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. XXXV.

En este sentido, la afluencia dentro de las instancias jurisdiccionales o pre-jurisdiccionales debería ser mayor ya que existe una gran cantidad de individuos que se ven limitados a su acceso, y por ende al derecho de tutela jurisdiccional, toda vez que las sedes de impartición de justicia se encuentran concentrados en determinados puntos de la república, lo cual si es contrastado con los datos sobre la situación económica de los individuos conlleva necesariamente a determinar que esta situación se constituye como un impedimento para el ejercicio del mencionado derecho.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión”) ya se ha pronunciado al respecto a través de las recomendaciones hechas en el “Informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” que de nuevo muestra la doble dificultad de acceder a la justicia por parte de los grupos vulnerables así como las minorías. Al respecto y en particular por la situación que sufre la mujer en sus lugares de residencia, la Comisión señaló:

“La CIDH observa aún una insuficiente presencia de instancias judiciales y acompañamiento estatal disponible a las víctimas a lo largo del territorio nacional, lo que implica que las víctimas tengan que emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial...”⁵⁹

Es decir, aunado al impacto de la pobreza y la brecha cultural, la concentración de las instituciones jurisdiccionales en el territorio nacional tiene una implicación directa y real con la posibilidad de activación de la maquinaria procesal que permite ejercer los derechos de las personas y, de nuevo, esto se hace más latente en países donde el ingreso, o falta del mismo, limita la

⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la mujer, “Acceso a la justicia para las mujeres víctima de la violencia en América”, <http://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/cap2.htm>

posibilidad no sólo de acudir a las sedes jurisdiccionales sino de soportar todos los gastos que se desprenden del mismo.

En el caso particular de las mujeres indígenas que es objeto de estudio por la Comisión, lo anterior cobra una mayor importancia toda vez que al interior de los pueblos indígenas existe una tendencia a negar los derechos de las mujeres, lo cual genera en ellas desconfianza en que sus sistemas de justicia propios puedan remediar los hechos sufridos.⁶⁰ Ante este escenario, la inmediatez de poder acudir a la instancia correspondiente constituye una necesidad aún mayor pues el bien jurídico tutelado de las mujeres indígenas continua siendo vulnerado en tanto no se someta al amparo del Poder Judicial dando un mayor importancia a la frase “justicia que no es expedita no es justicia”.

En el mismo tenor, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó un diverso estudio sobre el acceso a la justicia como garantía de derechos económicos, sociales y culturales, donde, atendiendo a la problemática señalada en el párrafo anterior, estableció la obligación por parte de los Estados -en un plano que va más allá de la obligación negativa- a “no impedir el acceso a esos recursos-- sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.”

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus primeras sentencias contenciosas en los *casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*⁶¹, sostuvo que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25 del Pacto de San José (derecho a un recurso expedito y sencillo) no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y

⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la mujer, “Acceso a la justicia para las mujeres víctima de la violencia en América”, <http://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/cap2.htm>

⁶¹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

efectivos para remediar la situación jurídica infringida. O sea, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención.

Los mencionados criterios de la Comisión y la propia Corte dejan entrever el rompimiento con el Estado liberal del “*laissez faire*” y la implementación de mecanismos para asegurar el efectivo goce de los derechos, es decir, las garantías.

No obstante las recomendaciones elaboradas por la Comisión, la realidad mexicana parece estar distante de contar con un gobierno que efectivamente resuelva eliminar los obstáculos a los que se refería Cappelletti. El maestro de Florencia hace referencia al asesoramiento legal para los pobres como la primera oleada de reformas para combatir el primer obstáculo del efectivo acceso a la justicia (la pobreza económica), dentro del estudio de la referida primera oleada, el autor logra poner de manifiesto la importancia de posibilitar a los menos favorecidos una asistencia jurídica e identifica tres sistemas de ayuda legal en el mundo: *judicare*⁶², el abogado remunerado por el Estado (defensores de oficio) y los sistemas mixtos.

Como es sabido, en México el sistema utilizado es el denominado como “defensoría pública” misma que incluso fue elevada a rango constitucional mediante reforma al artículo 17 constitucional en el año 2008. Si bien es cierto que este sistema cumple con las prestaciones de carácter positivo a las que se refiere Luigi Ferrajoli, mismas que ayudan a reducir la distancia para un efectivo acceso a la justicia y cumplir con los estándares impuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también lo es que el cumplimiento y prioridad que el Estado mexicano le ha dado al tema ha resultado por demás insuficiente.

⁶² Empleado en países tales como Austria, Inglaterra, Holanda y Francia, el sistema de ayuda legal denominado *judicare* se refiere al derecho de las personas con menos ingresos para que, una vez que acrediten los requisitos previstos en ley, tengan acceso a un abogado privado cuyos honorarios serán cubiertos por el Estado. El sistema *judicare* tiene por objeto garantizar una igualdad real de los individuos antes los tribunales a través de abogados de la misma calidad para las partes sin importar su capacidad económica.

Basta con identificar que, de acuerdo al Informe Anual de Labores 2011 presentado por el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación- Juan N. Silva Meza- el Instituto Federal de la Defensoría Pública, como órgano encargado de garantizar una efectiva representación jurisdiccional, únicamente cuenta con 760 defensores adscritos a las Agencias Investigadoras de la Federación, distribuidos en 180 ciudades y poblaciones y de igual forma solamente se cuenta con 24 defensores que hablan alguna lengua indígena y conoce su cultura.⁶³

Es decir, en un país donde existen una cantidad estimada de 50 millones de personas en situación de pobreza y 10 millones en situación de pobreza extrema así como un total de 2,545 municipios, únicamente se cuenta con 760 defensores de oficio distribuidos en 180 ciudades para poder atender sus legítimas pretensiones jurídicas. En otros términos, por cada defensor público en México hay un total de 65,789 individuos que aspiran tener alcance al sistema de ayuda legal que los mencionados defensores federales encarnan.

Aunado a los datos previamente evidenciados, es preciso hacer énfasis en que el Instituto Federal de la Defensoría Pública únicamente presta sus servicios en materia penal lo cual resulta notoriamente contrastante si se considera que el promedio de expedientes resueltos por los tribunales del fuero común son en 80% de carácter civil (60% asuntos civiles “*stricto sensu*” y 20% asuntos familiares)⁶⁴. Asimismo resulta claramente insuficiente la cantidad de 24 defensores con conocimiento de alguna lengua indígena en un país con una acervo de 89 lenguas indígenas mismas que son habladas por 6 de cada 100 habitantes de 5 años y más. No es posible determinar cuáles son esas 24 lenguas conocidas por los defensores de oficio pero si es posible asegurar que un Estado que imposibilita a 65 grupos indígenas al acceso a la justicia por efectos de lenguaje y que a su vez destina un defensor por cada 270 mil

⁶³ “Informe Anual de Labores 2011”, Poder Judicial de la Federación, 2012, <http://www.scjn.gob.mx/Documents/informe%20anual%202011.pdf>

⁶⁴ “Implementation completion and results report on a loan in the amount of US \$13.50 Million to the National Bank of Public Works and Services (BANOBRAS) with the guarantee of the United Mexican States for the State judicial modernization supporting access to justice project”, Banco Mundial, 2012.

miembros del grupo es un Estado que deja el ejercicio de los derechos a la suerte y posibilidades de los individuos.

A la luz de los datos relativos a los defensores públicos en México, resulta difícil considerar que el Estado considera este aspecto como “de inestimable valor instrumental para la exigibilidad”⁶⁵ de los derechos y consecuentemente viola las recomendaciones elaboradas por la Comisión a través de diversos informe. Cabe hacer referencia al informe elaborado desde el año de 1997 por la Comisión, que si bien se avoca al caso específico de Ecuador, habla de la postura que deben tener los Estados miembros del Pacto de San José frente a la necesidad e importancia de un sistema robusto de defensoría pública:

“Las leyes del país requieren que las personas estén representadas por un abogado para poder tener acceso a la protección judicial. Según el sistema actual, los litigantes que no tienen los medios para contratar los servicios de un abogado de su elección deben esperar hasta que haya un defensor público disponible. Esas personas tienen que esperar a menudo por largos períodos para tener acceso a la justicia. Esto va claramente contra los dictados de la Convención Americana (...) la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24 de la Convención Americana (...) En vista de que los demandantes deben estar representados por un abogado para poder presentar sus reclamos, debe aumentarse el número de defensores públicos disponibles para asesorarlos, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo

⁶⁵ “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesci-ii.sp.htm#_ftn9

*necesite para tener acceso a la protección judicial y para defender un derecho protegido*⁶⁶

Por su parte, durante el informe anual de labores 2010 presentado por el entonces Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo Ortiz Mayagoitia, se indicó que en México hay un total de 1,100 juzgadores federales y consecuentemente un juzgador por cada 100,000 habitantes⁶⁷. La situación de la insuficiencia de impartidores de justicia ha sido paulatinamente atendida, sin embargo en virtud del más reciente informe de labores del órgano judicial supremo el número de juzgadores no asciende a más de 1250 y por lo tanto el rezago en materia de acceso a justicia se traduce en un juzgador federal por 88,000 habitantes.⁶⁸ De igual forma, bajo el tenor de la justicia federal, vale la pena señalar que únicamente se cuentan con 694 órganos jurisdiccionales de carácter federal en México, por lo que si tomamos en cuenta que su extensión territorial cubre una superficie de 1,964,375 km. se hace evidente, de nueva cuenta, la falta de accesibilidad a las instancias de justicia correspondientes.

Asimismo, por lo que hace al fuero común, al día de hoy existen 3,600 juzgadores locales⁶⁹ que son, por lo general, el primer vínculo o contacto de los individuos con las instituciones jurisdiccionales. Bajo este contexto es posible determinar otra relación gravosa para las aspiraciones de justicia en México misma que se traduce en 30,555 individuos por juzgador local y que a su vez hace ver las causas del retardo en la resolución de los expedientes y en la imposibilidad para conseguir, de manera pronta y expedita, alguna resolución a los problemas o simplemente la imposibilidad total de acudir a las sedes jurisdiccionales.

⁶⁶ *"Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador"*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodescii.sp.htm#_ftn9

⁶⁷ *"México lidera rezago en cantidad de jueces"*, Periódico Excelsior, 2010, http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=699642

⁶⁸ *"Informe Anual de Labores 2011"*, Poder Judicial de la Federación, 2012, <http://www.scjn.gob.mx/Documents/informe%20anual%202011.pdf>

⁶⁹ *Implementation completion and results report on a loan in the amount of US \$13.50 Million to the National Bank of Public Works and Services (BANOBRAS) with the guarantee of the United Mexican States for the State judicial modernization supporting access to justice project*, Banco Mundial, 2012.

No es posible pensar en un Estado democrático y moderno en el cual la función jurisdiccional no sea tomada en serio pues si es verdad que la gran revolución cultural de las sociedades democráticas modernas es la igualdad no meramente formal, es preciso reconocer que el movimiento para el acceso a la justicia representa una de las puntas más avanzadas de esta revolución.⁷⁰ Cobran relevancia las palabras de Mauro Cappelletti quién asegura que en el proceso jurisdiccional hay un núcleo fundamental de democracia que se traduce en que todos tengan acceso al sistema jurídico, a sus organismos, derechos, tutelas y beneficios; en sentido amplio, el acceso a la justicia.

Siguiendo las ideas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todo Estado miembro debe organizar el aparato institucional de modo en que los individuos puedan acceder a los recursos existentes y consecuentemente deberán abatir los obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan o limiten la posibilidad de llevarlo a cabo.⁷¹

En tanto las instancias jurisdiccionales logren fortalecerse, ampliarse, lograr una real representación de las personas en situación de pobreza y acercarse a todas las zonas geográficas del país será posible no sólo asegurar una mejor calidad de justicia sino su existencia misma.

No es la intención del presente trabajo, ni de quién escribe estas líneas llevar a cabo un estudio socio-demográfico sobre la situación económica del país sino poner de manifiesto y hacer evidente la estrecha vinculación entre los datos e información revelada y el Estado de derecho (sea social, constitucional o de bienestar). El acceso a la justicia, como derecho, es la puerta de acceso a todas las instituciones, a todos los documentos que fundamentan la creación y permanencia misma del Estado y a la existencia o reconocimiento del individuo como beneficiario o razón de ser del mismo. El acceso a la justicia es el

⁷⁰ Cappelletti, Mauro. *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2007, p. 433.

⁷¹ *“El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesci-ii.sp.htm#_ftn9

derecho de todos los derechos y su negación implica la muerte civil del individuo.

En palabras de Mauro Cappelletti: “El acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico, el “derecho humano” más fundamental en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos.”

4. Supremacía constitucional y bloque de convencionalidad (la reforma constitucional de junio del 2011).

El 10 de junio de 2011 se generó en México probablemente la más silenciosa de las revoluciones, una transformación radical respecto del pasado inmediato que implicó un cambio de paradigma en la configuración estatal.

El Estado, diseñado a través de su Constitución, sufrió un rediseño estructural al publicarse, en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De acuerdo a la afortunada frase del Dr. Pedro Salazar Ugarte, la reglas del juego habían cambiado⁷².

La mencionada reforma constitucional representó el cambio constitucional más importante en materia de derechos humanos desde la promulgación de la Constitución de 1917 y constituyó un nuevo paradigma para el respeto, protección, garantía y satisfacción de los derechos humanos.⁷³

La reforma, dentro de los múltiples ajustes que abordaba, se pronunció respecto de la distinción entre derecho humano⁷⁴ o fundamental y su garantía al grado de modificar la arcaica denominación del título primero, capítulo I, “De las garantías individuales” para ser “Los derechos humanos y sus garantías” dando así un paso importante para la tutela de los derechos a través de los mecanismos expuestos anteriormente.

⁷² Salazar, Pedro, “Democracia y (cultura de la) legalidad”, http://www.ife.org.mx/docs/Internet/Biblioteca_Virtual_DECEYEC/deceyec_DECEYEC/docs_estaticos/cuadernos_divulgacion/cuaderno25.pdf

⁷³ Carmona Tinoco, Jorge Ulises “*La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales*”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (comp.), *La reforma constitucional: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, p. 39.

⁷⁴ Como bien señala el Dr. Miguel Carbonell, no obstante que el cambio en la nomenclatura constitucional por lo que hace al Capítulo I del Título Primero constitucional implica un gran avance y actualización de la teoría constitucional mexicana al estándar internacional, hubiera sido preferible que el Constituyente hubiera utilizado el concepto de “derechos fundamentales” que es congruente con la doctrina más relevante en la materia y por no estar tan arraigado en una visión iusnaturalista del derecho.

En este tenor, la principal modificación que sufrió la Constitución fue aquella establecida en el artículo 1º, párrafo primero, que aparte de asegurar el goce de los derechos humanos establecidos en la Constitución y tratados internacionales en la materia respecto de los cuales el Estado Mexicano es parte, incluye el goce “de las garantías para su protección” por lo que se rompe con la tradición liberal que había adoptado el Estado en relación a los derechos fundamentales, que si bien en un plano teórico y académico ya había sido dejado atrás, con la inserción de la mencionada frase al artículo primero de la Constitución ahora su incumplimiento, entendido como la omisión de realizar las obligaciones necesarias para satisfacer a los derechos fundamentales de contenido, implica una violación constitucional y convencional de la autoridad responsable en proveer la mencionada garantía.

Al respecto, el mencionado artículo expresa lo siguiente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos **todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales** de los que el Estado Mexicano sea parte, **así como de las garantías para su protección**, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y

*progresividad. En consecuencia, **el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos**, en los términos que establezca la ley*

Por su parte, el renovado texto del artículo primero constitucional modifica la “clásica” pirámide jerárquica de las normas y el debate en torno a la interpretación del diverso artículo 133 consitucional para incorporar, en el más alto nivel, a los tratados internacionales y reconocerlos como una nueva fuente de los derechos fundamentales. En este tenor, la Constitución no otorga o concede los derechos de los que goza el individuo sino que los reconoce y a su vez pone fin al monopolio que ejercía este ámbito primordial de la función estatal.

Dentro de esta transformación, una de las más significativas aportaciones generadas fue la creación del “bloque de convencionalidad”, es decir, un nuevo parámetro o estándar de los derechos humanos o fundamentales donde los derechos (previamente llamados garantías individuales) existentes en nuestra Constitución se robustecieron al incorporárseles, en el mismo nivel, aquellos derechos contenidos en los tratados internacionales y que constituyen en conjunto la universalidad del inventario en materia de derechos humanos en favor del individuo.

Bajo esta óptica, al hablar sobre los derechos del hombre ya no es suficiente remitirse al ordenamiento nacional para hacer un diagnóstico sobre la situación que estos guardan sino que es necesario (e incluso obligatorio) llevar a cabo un análisis de los tratados internacionales en la materia para determinar aquellas expectativas legítimas del individuo así como aquellas obligaciones del Estado para satisfacer las primeras.

Las garantías de los derechos contenidos en el bloque de convencionalidad también se vieron afectados por esta reforma ya que, aunado a las disposiciones previamente existentes sobre su regulación, el Estado asume las obligaciones que en materia de garantías le imponen los tratados internacionales como si fueran propias.

De manera ilustrativa sirve citar lo que al respecto dicen algunos tratados internacionales sobre derechos fundamentales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Así las cosas, debe entenderse que todo derecho reconocido por la Constitución y los tratados internacionales de los que México forme parte deben traer aparejados una ley reglamentaria que establezca, por una parte, las obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) que, como he expuesto anteriormente, constituyen las garantías primarias, así como las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a los derechos, es decir, la violación a las garantías primarias y que a su vez constituyen las garantías secundarias.

Ante este nuevo paradigma y la actual dinámica convencional que nos otorgó la multicitada reforma, ya no es posible consentir la omisión de las garantías como incumplimientos que derivan en normas imperfectas y por ende no generan responsabilidad alguna sobre la autoridad responsable. Tampoco es posible considerar, como lo hace Ferrajoli, que las garantías se presentan al escenario legislativo por estar lógicamente implicadas por el estatuto normativo de los derechos⁷⁵. Las garantías son normas convencionales/constitucionales y condiciones *sine qua non* de existencia de los derechos fundamentales y consecuentemente su inexistencia debe estar sujeto al control constitucional que ejerce el Poder Judicial de la Federación.

No obstante lo anterior, parece que el cambio de paradigma se ha visto limitado por las reformas legales que debieron de haber seguido y dotado de lógica normativa a la reforma constitucional.

⁷⁵ Ferrajoli sostiene que la ausencia de garantías implica una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, sin embargo y a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, considero que no es posible limitar el alcance de las garantías a la sombra o dentro del espectro del derecho que justifica su existencia, sino que estas son, por si mismas, obligaciones jurídicas independientes, del mismo rango constitucional y por lo tanto las lagunas o antinomias que se encuentren en un ordenamiento jurídico deben considerarse por si mismas violaciones constitucionales.

TRANSITORIOS

Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.

Tercero. La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.

Sexto. Los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión.

Séptimo. En lo que se refiere al Apartado B del artículo 102 constitucional y a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos, las legislaturas locales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo máximo de un año contados a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

Octavo. El Congreso de la Unión adecuará la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el

presente decreto.

Como se desprende de los artículos transitorios previamente citados, el Poder Constituyente, en una pésima técnica legislativa, desarticuló el sentido y alcance de la reforma al omitir poner en práctica aquellas normas y principios que constituyen la médula del nuevo paradigma jurídico y, a su vez, impidieron que la Constitución, de manera sustancial, alcanzara el estándar internacional en materia de derechos humanos.

Si bien los referidos artículos ordenaron la elaboración de leyes en cumplimiento a las nuevas disposiciones constitucionales, también cabe destacar que el órgano reformador fue omiso por lo que hace a las garantías de protección de todos aquellos derechos ya previstos en la propia Constitución así como tratados internacionales en cumplimiento a su nuevo texto así como el texto de los tratados correspondientes.

Más allá de las leyes secundarias al artículo 1º tercer párrafo, artículo 11, artículo 29, artículo 33, artículo 97 y 102, todos estos de la Constitución, si en realidad el constituyente hubiera buscado darle un sentido real, dentro de una ingeniería constitucional coherente, al nuevo texto constitucional este debió de haber ordenado la promulgación de las leyes reglamentarias de todos aquellos derechos que no gozan de garantía para su efectivo cumplimiento. La reforma constitucional en materia de derechos humanos o la nueva Constitución (como muchos la han llamado a raíz de la trascendencia de la reforma) salió a la luz pública el día de su publicación en violación de los propios postulados que comprende. Derechos tales como el de acceso a la alimentación, acceso al agua, vivienda digna y decorosa, o el derecho de réplica continuaron sin ser debidamente garantizados el día 10 de junio de 2011 pero, a partir de ese día, en contra de la obligación expresa que ya había asumido el Estado a través del reformado artículo 1º constitucional.

Sin que el tema sea aquel objeto de estudio en el presente trabajo, parece ser que el hecho de que las obligaciones impuestas al Poder Legislativo a través de los artículos transitorios que acompañan a las reformas

constitucionales (aunque también el caso es aplicable para las reformas legales) sean de carácter natural, es decir no estén acompañadas de la facultad de coacción por parte de autoridad alguna (en el entendido de que tendría que ser el Poder Ejecutivo o Judicial aquel facultado para obtener compulsivamente la prestación) genera un desfase entre el marco legal vigente y su reflejo en la sociedad que rige, además de que consiente el incumplimiento del Poder Legislativo a las disposiciones constitucionales y relativiza el poder e importancia de las tareas reformadoras que lleva a cabo.⁷⁶

Como señala Ferrajoli, si la primera revolución jurídica fue la de la omnipotencia del legislador, esto es, el principio de mera legalidad o legalidad formal como parámetro de reconocimiento de existencia y validez de las normas, ahora se debe dar paso a una segunda revolución que impera sobre la primera y se refiere al principio de estricta legalidad o legalidad sustancial, en este sentido la ley y el legislador se deben someter a los vínculos impuestos por los derechos y principios constitucionales incluyendo, considero, sus artículos transitorios.

Al respecto, un tema pendiente que ha tenido la agenda de la denominada “reforma política” es aquel de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, dicha figura ya vigente en países como Brasil o Portugal, aseguran la existencia de las garantías constitucionales y el cumplimiento del deber por parte de los legisladores al sancionar como inconstitucionalidad por omisión aquellos escenarios donde dicho Poder no ejerce sus facultados legislativos y

⁷⁶ Basta con analizar que, al día en que se escriben estas páginas, ha pasado más de un año desde que las reformas a la Ley de Amparo debieron de haberse promulgado en consecuencia a la reforma constitucional de fecha 6 de junio de 2011 generado una confusión en el ámbito jurisdiccional que ha debido ser colmado por Acuerdos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que trazan las directrices que han de seguirse en el referido juicio en cumplimiento directo a los preceptos constitucionales. Asimismo, en cumplimiento a los artículos transitorios de la reforma constitucional en materia de derechos humanos previamente citados, el 10 de junio de 2012 se debieron de haber publicado: (i) Ley sobre reparación de violación a los derechos humanos reglamentaria del Artículo 1º, (ii) Ley sobre asilo reglamentaria del Artículo 11, (iii) Ley reglamentaria del Artículo 29, (iv) Ley reglamentaria del artículo 33 y (v) la adecuación al marco normativo de la CNDH y las comisiones estatales de derechos humanos en cumplimiento a la reforma de los artículos 102 y 105 constitucionales. En una coyuntura de transición e iniciativas preferentes parece ser que no existe la voluntad política para materializar estos cambios legislativos, aprovechando así la falta de coacción para relegar el papel primario de la Constitución a un tema de agenda.

por ende se le ordena tomar las medidas necesarias en un periodo razonable e impostergable de tiempo.

No obstante los errores en que incurrió el Poder Constituyente, la reforma de junio de 2011 logra dotar a los individuos regidos por la Constitución de mayores instrumentos para garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales y a su vez obliga a los jueces de todos los niveles a operar directamente los preceptos constitucionales y convencionales a la luz del principio *pro persona*.

Dentro de los cambios operativos a favor de las garantías de los derechos fundamentales se pueden citar las siguientes:

- a) La interpretación conforme;
- b) El principio *pro persona*;
- c) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad,; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones de derechos humanos;
- d) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto aquellos previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales en la materia;
- e) La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción de los derechos fundamentales;
- f) El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros;
- g) La exigencia de que las autoridades motiven, funden y hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir con las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos , así como la posibilidad de que sus titulares comparezcan ante los órganos legislativos para dar cuenta de dicha negativa.
- h) La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos para conocer de asuntos laborales;
- i) El traslado a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de la facultad investigadora anteriormente a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

j) La posibilidad de que la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus similares de las entidades federativas promuevan acciones de inconstitucionalidad en el ámbito de su competencia, contra leyes federales, estatales y del Distrito Federal así como tratados internacionales que puedan violar derechos humanos contenidos en el bloque de convencionalidad.⁷⁷

Más allá de los elementos expuestos mismos que permiten garantizar el nuevo esquema de derechos ,aunque sea de forma parcial en tanto no se articule un verdadero sistema de garantías a partir de leyes reglamentarias, el papel del juez, como operador primario de las normas constitucionales, cobra una relevancia mayor ya que, aunado a sus nuevas obligaciones que se desprenden del artículo 1º constitucional, el juez debe desempeñar una misión fundamental de garantía y control de los poderes públicos para evitar que la falta de normas secundarias eviten la validez de la norma fundamental básica o norma hipotética fundamental (*Grundnorm*)⁷⁸ que es la Constitución, en la inteligencia de que es esta la que otorga la validez a las normas que emanan de ella y no en el sentido inverso.

El juez ordinario así como el constitucional, a partir de la citada reforma y aunado a las directrices que emanaron de la resolución definitiva dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2012 relativo al caso Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado Mexicano previamente ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vieron ampliadas sus facultades al eliminarse la exclusividad del control concentrado de constitucionalidad y en cambio ampliarse al control difuso del mismo así como a la aplicación del principio *pro persona*. Aunado a lo anterior, todas las autoridades mexicanas, incluidos los jueces, quedaron obligados a llevar a cabo sus tareas teniendo en cuenta el parámetro de convencionalidad,

⁷⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, op.cit. nota 67, p. 40.

⁷⁸ Kelsen, Hans "*Teoría pura del derecho*", México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 201 y 201.

i.e., considerando la totalidad de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.⁷⁹

La tarea de los jueces se vio ampliada a cuatro tipos de “control de regularidad”⁸⁰, situación que permite otorgar la defensa más amplia al individuo en virtud del abanico de posibilidades de protección y el modo de ejercerlo. En este sentido vale la pena analizar el cuadro elaborado por el Ministro Jose Ramón Cossío D.

<i>Posibilidades del control de regularidad</i>⁸¹		
Parámetro de control	Constitucional	Concentrado
		Difuso
	Convencional	Concentrado
		Difuso

Bajo este nuevo esquema de interpretación de derechos fundamentales es posible y necesario reforzar el papel garante del juez, máxime en un sistema jurídico que dejó al Poder Judicial como única autoridad en posibilidades de alcanzar la observancia constitucional. “La sujeción del juez a la Constitución, en su papel de garante de los principios y derechos fundamentales que sus normas establecen, así como de todos y cada uno de los órganos del poder públicos a sus respectivos límites, radica uno de los principales fundamentos que legitiman la función jurisdiccional en una democracia constitucional.”⁸²

En tanto el Poder Legislativo no cumpla con su deber de adecuar la estructura normativa para efectos de garantizar todos los derechos reconocidos

⁷⁹ Cossío D, José Ramón, “*Primeras implicaciones del Caso Radilla*”, Cuestiones Constitucionales, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, num. 26, enero-junio, año 2012, pp. 32 y 33.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Ibidem*, p. 33.

⁸² Orozco Henríquez, J. Jesús, op.cit. nota 36, p. 58.

en la Constitución y tratados internacionales, serán los jueces quienes deban aplicar de forma directa las disposiciones que más favorezcan al individuo para así suplir las deficiencias del Congreso y consecuentemente ordenar las prestaciones positivas o bien prohibir las lesiones que posibiliten el cumplimiento y satisfacción del marco jurídico de los derechos humanos⁸³. En este sentido, los jueces deberían de reinterpretar algunos derechos de corte social (y en general aquellos que implican prestaciones a cargo del Estado) considerados como programáticos por una gran parte de la doctrina y jurisprudencia y dotarlos de efectividad en cumplimiento a la reformada Constitución y tratados internacionales al grado de obligar al Estado a destinar una partida de sus recursos (progresiva con el transcurso de los ejercicios presupuestarios) al fomento de los derechos que requieren de la administración estatal.⁸⁴ En palabras de Archibal Cox, la función jurisdiccional, en el sistema de separación de poderes, no busca oponer un poder a otro sino “multiplicar los lugares a los cuales un ciudadano puede recurrir en busca de desagravio a las ofensas que le fueron inferidas”⁸⁵ generando que por diversas razones sea el Poder Judicial aquella última instancia a donde puedan acudir los agraviados.

Puede existir quién considere que una interpretación como la previamente expuesta abone al concepto de “gobierno de los jueces” con los peligros que esto puede implicar así como la transgresión al principio de separación e independencia de los poderes, sin embargo, como señala

⁸³ Véase los acuerdos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dar cumplimiento a la reforma en materia del juicio de amparo que otorga una mayor protección al gobernado: (i) Acuerdo General Número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad (ii) Instrumento normativo aprobado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el dieciséis de enero de dos mil doce, por el que se modifica el punto cuarto, y se deroga el punto décimo, del acuerdo general plenario 12/2009, de veintitrés de noviembre de dos mil nueve, relativo a las atribuciones de los tribunales colegiados de circuito al ejercer la competencia delegada para conocer de los incidentes de inejecución de sentencia y de repetición del acto reclamado así como al procedimiento que se seguirá en este alto tribunal al conocer de esos asuntos.

⁸⁴ Al respecto véase el Informe anual 1993 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por lo que hace al principio de desarrollo progresivo de los derechos sociales. En el mismo sentido, El Ministro José Ramón Cossío D., ha manifestado en diversos trabajos que el desarrollo de los derechos sociales está sometido a las finanzas públicas y por ende requieren de una reforma presupuestaria que evitaría la discrecionalidad y oportunismo con el que el Poder Ejecutivo concede estas prerrogativas.

⁸⁵ Cox, Archibal, *“The Role of the Supreme Court in American Government”*, Nueva Cork, Oxford University Press, pp. 114 y 115.

Ferrajoli, la observancia de la separación de poderes y sujeción de los jueces a la ley requieren que los demás poderes hagan su trabajo⁸⁶, especialmente el Poder Legislativo. La legislación, y por ende la política, pueden asegurar la división de poderes siempre que la ley esté subordinada a derecho, “la ley puede ser efectivamente condicionante en tanto este jurídicamente condicionada”⁸⁷ y esta sujeción de la ley al derecho incluye el otorgamiento de garantías, en cuanto condición obligatoria para la efectividad de los derechos pero sobre todo como norma constitucional positiva y obligatoria para todos sus receptores.

En palabras de Manuel Aragón Reyes, “No hay derechos sin jurisdicción, ni Estado de derecho sin independencia judicial, ni derechos sin jueces.”⁸⁸

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, op.cit. nota 38, p.13.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Aragón Reyes, Manuel, “*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*”, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, Temas de Derecho Público, núm 44, p.30.

5. Tutela efectiva de los derechos colectivos “*lato sensu*”

Bajo la nueva estructura de la ingeniería constitucional otorgada por la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, no cabe duda del papel que juegan los tratados internacionales en materia de Derechos Fundamentales en el Estado mexicano, generando un nuevo orden de obligaciones para el mismo y abandonando los criterios restrictivos o condicionantes que sujetaban la eficacia del *ius cogens* en materia de Derechos Humanos a la propia Constitución y sus interpretaciones.

Al respecto, vale la pena rescatar el sentido de los anteriores criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la eficacia de los tratados internacionales:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea

calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno

considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.”⁸⁹

En este nuevo orden, no es posible considerar que los derechos que exigen ciertas prestaciones u obligaciones de “dar” o “hacer” por parte del Estado no gocen del mismo vínculo jurídico de disfrute a aquellos derechos tradicionales que se veían cumplidos o satisfechos a partir del respeto y omisión de violación por parte del Estado.

La situación de condicionamiento de los derechos ha sido, judicial y doctrinariamente, dirigido a los derechos sociales, como señala el Ministro José Ramón Cossío Díaz, a partir de la crisis iniciada en 1968 y la creciente estratificación social, el Estado constitucionalizó ciertas prerrogativas sociales en la Constitución⁹⁰ para gozar de una mayor legitimidad frente a la coyuntura económico-social del momento y la aparición del Estado de bienestar a través del mundo respecto de la cual México no era parte.⁹¹ A partir de este momento y justamente en virtud de la contradicción que comprendía el elevar a rango constitucional ciertos derechos de carácter prestacional en momentos de crisis económica fue que el Estado determinó que estos nuevos derechos tenían una naturaleza prestacional que era de posible materialización a través de los programas sociales elaborados por el Poder Ejecutivo.

Incluso, el Poder Judicial convalidó esta postura estatal sosteniendo la diferencia entre las normas operativas cuya eficacia resultaba inmediata y aquellas normas programáticas cuya eficacia era mediata al necesitar de la

⁸⁹ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 46

⁹⁰ Entre los derechos integrados a la Constitución a partir de 1970 se pueden nombrar: respecto al artículo 4º., el derecho de protección a la familia, de los menores y a la salud, el derecho a la vivienda y los derechos de los indígenas; respecto al 6º, el derecho a la información; en cuanto al 27, la obligación estatal al desarrollo rural, artículo 28, la protección al consumidor y, finalmente, el artículo 123 introdujo el derecho de los trabajadores a recibir vivienda, capacitación y adiestramiento a cargo de los patrones.

⁹¹ Cossío Díaz, José Ramón, “Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución”, en “Comprensión Política de la Constitución”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/127/14.pdf>

reglamentación correspondiente para instrumentarse. Los tribunales construyeron esta distinción de la siguiente manera:

“IMPROCEDENCIA EN EL AMPARO. LA CAUSA PREVISTA EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE LA MATERIA PUEDE APLICARSE, AUN CUANDO NO SE ENCUENTRE ESTABLECIDA EXPRESAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos admiten diversas clasificaciones, una de ellas es la que las divide en normas operativas y normas programáticas; las primeras son aquellas que no necesitan ser reglamentadas ni condicionadas por otro acto legislativo para que puedan ser aplicadas; en cambio, las programáticas son aquellas cuya eficacia depende de que se cree un acto normativo o legislativo que persiga ese efecto o de que sean reglamentadas, como por ejemplo, el artículo 105 constitucional sobre los conflictos de atribuciones entre poderes públicos (controversias constitucionales) y sobre la acción abstracta de inconstitucionalidad, o los diversos numerales 103 y 107, sobre el juicio de amparo. Así, en la Ley Suprema se han establecido diferentes instrumentos o medios jurídicos de naturaleza predominantemente procesal que tienen por objeto conservar la norma constitucional, prevenir su violación, reparar y reprimir su incumplimiento; sin embargo, sólo prevé sus lineamientos fundamentales, perfilando sus rasgos distintivos y principales, pues sería poco técnico u ortodoxo, y hasta materialmente imposible que en el propio texto constitucional se señalara con detalle cada una de las reglas que rigen tales instrumentos. En esa tesitura, la circunstancia de que los artículos 103 y 107 constitucionales no prevean en forma expresa la causa de improcedencia contenida en la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, de ninguna manera origina que no pueda aplicarse en los juicios de garantías, porque tales disposiciones constitucionales son normas programáticas que sólo fijan los lineamientos o principios rectores del juicio de amparo, pero que requieren de un acto legislativo a fin de

que alcancen total eficacia, lo cual encuentra plena correspondencia en la mencionada fracción XVIII.”⁹²

En el mismo tenor, la Ministra Luna Ramos en el año 2005 sostenía que “podría señalarse que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho natural, incluso positivizado que se traduce en un interés difuso jurídicamente tutelado por normas programáticas pero que no constituye una garantía individual.”⁹³

La anterior postura por parte del Poder Judicial de la Federación y su máximo órgano, generó que los derechos sociales y colectivos (en otras palabras todos aquellos que salían del paradigma liberal individualista) quedaran fuera de del ámbito de tutela que otorgaban el interés jurídico, toda vez que no había un sujeto obligado a soportar la carga jurídica que suponía el goce de los derechos sociales y por lo tanto la exigibilidad quedaba condicionada de forma exclusiva a los programas políticos y acciones estatales tendientes a garantizar los derechos.

Incluso, el artículo 73, fracción V de la Ley de Amparo era clara en relación al tema, cuando establece como causal de improcedencia todos aquellos casos en los que el gobernado no contara con interés jurídico para acudir al juicio de garantías y, consecuentemente, dejaba fuera del medio de control constitucional a los derechos sociales o, en general, a todos aquellos que supusieran un interés legítimo.

Cabe mencionar que estas implicaciones relativas a los derechos sociales son extensivas a los derechos colectivos *lato sensu* (difusos, colectivos en sentido estricto, e individuales homogéneos) toda vez que conservan su carácter prestacional aunque, a diferencia de los primeros, estos inciden de manera directa sobre una colectividad. Si los derechos sociales han sido definidos como derechos públicos que asisten a un grupo de personas

⁹² [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVI, Septiembre de 2007; Pág. 2536

⁹³ Luna Ramos, Margarita Beatriz, “Los derechos sociales en la Constitución Mexicana”, en “Memoria del coloquio sobre derechos sociales” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p.53.

caracterizados por una situación socioeconómica específica cuya satisfacción depende de acciones tomadas por el Estado, me parece que a los derechos colectivos en sentido amplio se los podría definir como derechos públicos que asisten conjuntamente a un grupo de personas caracterizadas por un vínculo existente entre ellas (fáctico o jurídico) y cuya satisfacción depende de acciones tomadas por el Estado.

En este entendido y de acuerdo a la evolución de las sociedades globalizadas y la respuesta de la teoría jurídica al fenómeno de masas, muchos derechos considerados en un primer momento como derechos sociales pasaron a ser derechos denominados “de tercera generación” porque, independientemente de que tuvieran como destinatarios a grupos socioeconómicos desfavorables, la incidencia sobre los mismos es de carácter transindividual y consecuentemente priva la naturaleza colectiva para su estudio, tutela y definición.

Independientemente de las nuevas obligaciones de respeto, protección y garantía de los Derechos Fundamentales que el nuevo artículo 1º constitucional impone a las autoridades, gracias a la incorporación (más allá de cualquier interpretación) de los tratados internacionales como ley suprema de la unión ya no es posible continuar con la interpretación restrictiva de la Constitución toda vez que, suponiendo sin conceder, que el Poder Judicial convalide esta misma interpretación aun con la reforma del 10 de junio de 2011, los postulados de garantía y eficacia de los Derechos Fundamentales (incluyendo aquellos de carácter colectivo y social) se encuentran previsto en los mencionados tratados y, por lo tanto, el Estado mexicano no tiene facultades interpretativas sobre los mismos una vez que forman parte del ordenamiento nacional así como si tiene la obligación de cumplimiento del tratado en cuestión.⁹⁴

⁹⁴ Cabe mencionar que la facultad interpretativa de los tratados internacionales suele estar a cargo de órganos internacionales/regionales a cargo de la observancia del tratado en cuestión, tales como la Organización de Naciones Unidas o la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las interpretaciones que estas hagan tienen carácter vinculatorio como si sus criterios formaran parte misma del cuerpo normativo del tratado internacional.

Ahora bien, si el sistema de impartición de justicia mexicano ha interpretado restrictivamente el ejercicio de los Derechos Fundamentales de naturaleza colectiva colectivos y, por su parte, existen tratados internacionales respecto de los cuales México es parte donde dicha interpretación no existe e incluso se obliga de manera expresa al Estado al cumplimiento de la totalidad de sus postulados, las autoridades judiciales correspondientes deben ahora dar cumplimiento a la interpretación conforme y al principio pro persona para “saltarse” las barreras que limitan el ejercicio del derecho y favorecer a los individuos con la protección más amplia de sus derechos otorgados, respecto de aquellos colectivos, por los tratados internacionales.

En este orden de ideas, vasta con reconocer aquellos artículos establecidos por la Convención Americana de Derechos Sociales o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, por lo que hace a la tutela de los derechos que resguardan:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Ahora bien, la eficacia o efectividad a la que se refieren los tratados internacionales en materia de Derechos Fundamentales (especialmente aquellos que se refieren a los derechos colectivos) implica una doble vinculación para el Estado, las obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos (garantías primarias), así como las obligaciones de aplicar una sanción o declarar la nulidad de las violaciones de las primeras (garantías secundarias), serán a estas a las que me referiré en seguida.

Es decir, si el Estado mexicano no había logrado cabalmente reconocer la fuerza operativa de los textos constitucionales, como normas jurídicas aplicables ante los tribunales (sobretudo por lo que hace a los derechos sociales y colectivos) y consagrar una “voluntad de la constitución”, o bien un “sentimiento constitucional”⁹⁵, los tratados internacionales, a través del bloque de convencionalidad, principio *pro persona* e interpretación conforme, no permiten esta salvaguarda estatal y exigen, por su parte, el respeto, efectividad y garantía de dichos derechos bajo la coacción que supone el *ius cogens*.

En un primer momento, y a partir de los postulados existentes en los tratados previamente citados, es un imperativo para el Estado permitir la justiciabilidad de todos los derechos que comprenden el bloque de convencionalidad, superar los criterios restrictivos sobre los Derechos Fundamentales y abrir las puertas de los tribunales para su oponibilidad frente a todos los individuos, incluyendo al Estado.

Por otra parte, frente a la particularidad que suponen los derechos colectivos, las clásicas acciones individuales resultan insuficientes y contrarias al concepto de “eficacia” establecido en los tratados, por lo que es necesario generar una nueva concepción procesal que permita adecuar los

⁹⁵ Las referidas frases hacen referencia a aquellas utilizadas por Honrad Hesse y Pablo Lucas Vedú cuando explican el carácter directamente aplicable y vinculatorio de las normas constitucionales.

ordenamientos adjetivos para garantizar el contenido mínimo del derecho de acceso a la justicia, máxime si consideramos que los destinatarios o receptores de los derechos colectivos y sociales se hayan en una situación de desventaja económica, social e incluso política con los agentes que generalmente actúan como infractores de estos derechos.

Sirve de apoyo el reconocimiento que sobre el tema ya han hecho algunos tribunales federales:

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. AUNQUE PARA GARANTIZAR EL DERECHO RELATIVO SE REQUIERE DE UN RECURSO O PROCEDIMIENTO INTERNO QUE VERDADERAMENTE SIRVA PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS Y REMEDIAR SU VIOLACIÓN, ELLO NO SIGNIFICA QUE LOS ÓRGANOS O TRIBUNALES COMPETENTES DEBAN ADMITIRLO SIEMPRE Y EMITIR EN TODOS LOS CASOS UN PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO PLANTEADO.

De acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados partes deben suministrar recursos judiciales efectivos para reparar violaciones a los derechos humanos. No obstante, la Corte Interamericana en la materia ha definido que la existencia y aplicación de causales de inadmisibilidad en ese tipo de recursos no son en sí mismas incompatibles con la citada convención, pues la efectividad del recurso interno implica que, potencialmente, cuando se cumplan sus requisitos de procedencia y de admisibilidad, el órgano competente se encuentre en aptitud de evaluar sus méritos de manera fundada y motivada. **Así, aunque para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva se requiere de un recurso o procedimiento interno que verdaderamente sirva para proteger los derechos humanos y remediar su violación,** ello no significa que los órganos o tribunales competentes deban admitirlo siempre, es decir, sin considerar los presupuestos de admisibilidad y procedencia correspondientes y emitir en todos los casos un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Ello, porque tal juzgamiento de fondo no es imprescindible para determinar la efectividad del medio de impugnación, sino que ésta la determina su idoneidad y disponibilidad para las partes interesadas. Por tanto, **aunque por razones de procedimiento éstas no obtengan un pronunciamiento de fondo, dicha circunstancia no importa violación a aquel derecho, siempre y cuando la decisión**

recaída sea fundada y motivada, ya que en el supuesto de que se eluda o permita incumplir este deber, podrá actualizarse alguna responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de una garantía mínima de toda persona que ejerce un medio de defensa en el marco de un debido proceso.⁹⁶

Así como hoy en día los Derechos Fundamentales constituyen la “esfera de lo indecible” también se presentan como “esfera de lo no decidible que no” y, en este sentido, las prestaciones que permiten materializar los derechos, o bien, la justiciabilidad de los mismos cuando han sido violados no puede quedar al arbitrio del Estado en una nueva sujeción de todos los niveles de gobierno a la Constitución como norma jurídica⁹⁷.

Queda de manifiesto que el Estado debe reconfigurar su sistema normativo en virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y asumir un nuevo papel en su garantía y protección. Saber dilucidar entre las características que acompañan a los derechos tutelados en la Constitución es poder entenderlos y, consecuentemente, adecuar la maquinaria procesal para garantizar una tutela formal y material de los mismos donde la eficacia funcione como eje rector para su implementación.

Siguiendo el pensamiento del icónico Justice John Marshall que se remonta al Siglo XIX y señala que un Estado cuyas leyes no otorgan remedio para la violación de los derechos no puede ser calificado como un gobierno de leyes: *“The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.”*⁹⁸

⁹⁶ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2; Pág. 2019

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 51.

⁹⁸ Marbury vs. Madison, 5 U.S (1cranch) 137 (1803) (Marchall, C.J.).

C. Las barreras para la eficacia de los derechos colectivos y la necesidad de nuevos medios procesales

Junto con el desarrollo de los derechos fundamentales amparados por el Estado Liberal decimonónico al que he hecho referencia previamente, se desarrollaron sus medios de tutela o defensa y que, en concordancia con el carácter individualista que privaba en los derechos de libertad, igualdad o propiedad (aquellos derechos representativos de la época), también tuvieron un corte personalista que se describe en lo que Kazuo Watanabe denomina como “demandas-átomo”⁹⁹, esto es la necesidad de los individuos de ejercer sus pretensiones de manera unitaria.¹⁰⁰

Fue a partir de la Revolución Industrial, iniciada en Inglaterra, que gradualmente se empezó a gestar la profunda y radical metamorfosis de la sociedad a partir de los derechos transindividuales que traerían consigo los inevitables conflictos de masas. A partir de este momento y con apoyo del fenómeno globalizador del siglo XX, se harían patentes las consecuencias del fenómeno social de masas y la aparición de agentes con el poder fáctico suficiente para lesionar derechos colectivos que suponían a las minorías como los grupos más vulnerables ante esta situación debido a la imposibilidad de contrarrestar el posicionamiento preferente de los agentes infractores de los derechos en cuestión. Generalmente los países que no están en condiciones de imponer las “reglas del juego” que constituye la globalización tienen que soportar las condiciones gravosas de aquellos entes que aprovechan la necesidad de cierto países por integrarse al nuevo orden y funcionamiento

⁹⁹ Kazuo Watanabe, “*Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 3.

¹⁰⁰ Así como el primer desarrollo de la tutela judicial de los derechos fundamentales se dio bajo el esquema individualista también lo hizo bajo el supuesto de exclusiva oponibilidad a los poderes públicos quienes, al momento del surgimiento de estos derechos, constituían la principal amenaza contra los mismos. Posteriormente, en las primeros cuestionamientos que se hicieron sobre el tema, juristas tales como Ignacio L. Vallarta y posteriormente Ignacio Burgoa consideraron innecesario la tutela de los derechos fundamentales (vía juicio de amparo) contra particulares toda vez que este fin se podía conseguir a través de los ilícitos civiles o penales sin corromper la figura del *habeas corpus*. En este sentido véanse los trabajos de Javier Mijangos y González, especialmente “*Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*”, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho procesal Constitucional, 2007.

mundial. La interdependencia a la que suele asociarse a la globalización queda reducida a un sofisma escandaloso tan pronto se constatan las condiciones abiertas de desigualdad en las que se relacionan en el mundo los distintos agentes políticos, sociales y económicos¹⁰¹ y lo cual genera la vulnerabilidad de los derechos de los individuos, quienes no se encuentran en igualdad de condiciones¹⁰² para defenderlos (situación que se hace aún más evidente cuando los medios procesales no permiten la tutela efectivo del derecho en cuestión). En este contexto y de acuerdo al pensamiento de Ronald Dworkin, “la institución de los derechos, es por consiguiente, crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”¹⁰³.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido, a través de una tesis aislada, la existencia de estos potenciales infractores de los Derechos Fundamentales:

“DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, **resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil...**¹⁰⁴

¹⁰¹ Pisarello, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos”, en Carbonell, Miguel, (comp.) “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.”, Madrid, Trotta, 2007, p.163.

¹⁰² Esta desigualdad de condiciones es al fenómeno que se refiere Mauro Cappelletti cuando analiza la “eficacia” del acceso a la justicia y lo define como una “igualdad de armas” entre las partes en litigio que permitan, en la mayor medida posible, que sean los méritos jurídicos de las partes el elemento que impere en el resultado del juicio. En razón de estas ideas Cappelletti propone eliminar ciertas barreras que limitan la efectividad sustancial del acceso a la justicia. Véase, Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.”

¹⁰³ Dworkin, Ronald, *op.cit.* nota 10, p. 303.

¹⁰⁴ [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 222

De igual forma, el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, cuya ponencia elaboró la tesis aislada previamente citada, en su faceta académica, evidenció que los Derechos Fundamentales están amenazados, no solamente por el aparato institucional del Estado, sino por instituciones privadas de muy diversa índole denominados por Ferrajoli como “poderes salvajes” y respecto de los cuales el Estado no ha dotado al ordenamiento jurídico de mecanismos modernos que les hagan frente para prevenirlos y remediarlos.¹⁰⁵

Asimismo, el problema que acarreo la globalización se hizo aun más evidente en aquellos países tercermundistas o en vías de desarrollo, toda vez que tenían que soportar el impacto de la globalización que provenía de aquellos países e industria que lideraba el movimiento y eran, prácticamente en su totalidad, del primer mundo. Como lo señala el premio Nobel de Economía 2001, Joseph E. Stiglitz: “Si los beneficios de la globalización han resultado en demasiadas ocasiones inferiores a lo que sus defensores reivindican, el precio pagado ha sido superior, porque el medio ambiente fue destruido, los procesos políticos corrompidos y el veloz ritmo de los cambios no dejó a los países un tiempo suficiente para la adaptación cultural.”¹⁰⁶

En esta coyuntura, los derechos de tercera generación aparecen, en el contexto social y de desarrollo jurisprudencial mundial, más tarde que los derechos liberales o incluso sociales. Cuando la comunidad mundial de Occidente pensaba haber conquistado la eficacia de los derechos de libertad y se encaminaba a exigir aquellos de corte social mediante movimientos sociales y a través de la doctrina jurídica, los derechos colectivos se manifestaron a una velocidad no imaginada que impidió a los países adecuarse instrumentalmente a su llegada y continuar bajo la inercia de la clásica impartición de justicia.

La anterior situación generó que por más de un siglo el sistema de impartición de justicia de los derechos se consolidara bajo el concepto individualista del acceso a la justicia lo cual no solo tenía un impacto sobre los

¹⁰⁵ Zaldívar Lello de Larrea, Arturo, “Poderes privados no regulados”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf>

¹⁰⁶ Stiglitz, Joseph E., “El malestar en la globalización”, Madrid, Taurus, 2002, p.33.

ordenamientos procesales de las distintas ramas del derecho sino en el *modus operandi o know how* propio de los tribunales que posteriormente habría de limitar la posibilidad de ejercicio de derechos que rompían con el esquema de las primeras declaraciones sobre derechos.

La falta de idoneidad por parte de los medios de tutela de los derechos colectivos generó que el acceso a la justicia se constituyera como un derecho formal y no satisficiera el principio que envolvía, desconociendo de facto la garantía secundaria impuesta, hasta antes de la reforma al artículo 1º constitucional, por la simple lógica normativa que acompaña a estos derechos. En palabras de Mauro Cappelletti, la posesión de los derechos que escapaban a la visión individualista carecía de sentido debido a la inexistencia de los mecanismos para su aplicación efectiva.

A partir del movimiento intelectual del acceso a la justicia encabezado por Cappelletti, se comenzó a generar una reacción contra la ya establecida postura dogmático-formalista que identificaba el fenómeno y la realidad jurídica sobre el conjunto de normas vigentes en un lugar y tiempo determinado sin tomar en consideración los criterios sociales, éticos, políticos económicos y de justicia que debían acompañar a toda valoración del derecho. Partiendo de esta crítica, dicho movimiento se avocó a la obtención de códigos y leyes que reflejaran fielmente la complejidad de la sociedad humana a través de la reestructuración o reconcepción de las personas, instituciones y los procesos que conforman el principio de acceso a la justicia.¹⁰⁷

Como consecuencia de esta redimensión del derecho (especialmente del derecho adjetivo), el movimiento de acceso a la justicia parte de la “concepción contextual”¹⁰⁸ del derecho apartándose del aspecto meramente normativo del derecho procesal para avocarse a una visión que incorporara de igual forma los aspectos sociales, éticos, culturales, económicos de las partes en juicio así como sus instituciones y procedimientos abarcando temas no

¹⁰⁷ Cappelletti, Mauro, *op.cit.* nota 65, p. 415.

¹⁰⁸ *Idem.*

explorados a fondo tales como las costas del proceso, la duración del mismo o el impacto del fenómeno procesal sobre los individuos, grupos y sociedad

El proceso reformador comenzó en los años setentas con la elaboración del Proyecto Florencia por parte de Mauro Cappelletti y Bryant Garth¹⁰⁹ bajo la idea fundamental de igualdad sustancial¹¹⁰ identificando aquellas barreras u obstáculos que hacen nugatorio (de facto) la justiciabilidad de los derechos de carácter colectivo, entre los que destacaron los siguientes:

- a) La “pobreza económica” de las partes;
 - b) La “pobreza organizativa” de las partes;
 - c) La falta de alternativas para un acceso a la justicia y necesidad de una “justicia coexistencial”.
-
- a) La “pobreza económica” de las partes en el contexto de la globalización, donde un 20% de la población concentra cerca del 86% de los bienes y servicios existentes a escala mundial¹¹¹, abarca múltiples aspectos pero se concentra de forma primordial sobre el acceso de los menos pudientes a la asistencia del defensor técnico-jurídico en calidad de asesor (*legal advise*) o de defensor en juicio (*legal aid*)¹¹².

Si bien la pobreza, como fenómeno social, es anterior al fenómeno de producción masiva o a la globalización, también es cierto que este se hizo más latente polarizando a los grupos sociales respecto de los cuales aquel de los menos favorecidos vio engrosadas sus filas. En este contexto, y ante un endeble reconocimiento estatal de la problemática, se comenzaron a establecer dos modelos en el Estado social para la asesoría y defensa de los más

¹⁰⁹ Por parte de México, el jurista encomendado para participar en dicha obra fue el Dr. José Ovalle Fabela bajo la orientación del Dr. Héctor Fix Zamudio.

¹¹⁰ El principio de igualdad constituye en el movimiento de acceso a la justicia un tema central toda vez que refleja la necesidad de atender al contexto que genera el litigio, las partes involucradas y la adecuación que los mecanismos procesales deben hacer para procurar que los actores se encuentren “en igualdad de armas”. Lo anterior no solo constituyó la respuesta histórica a la crítica Marxista, sino a movimientos de pensamiento mucho más actuales como el de los “Critical Legal Studies”:

¹¹¹ Cifra emitida por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, correspondiente al año 1998. Véase, Dalla Via, Alberto Ricardo, “*Estudios sobre Constitución y economía*”.

¹¹² Cappelletti, Mauro, *op.cit.* nota 65, p. 419.

débiles;: (a) el primero mediante la compensación, por parte del Estado, de abogados privados que representaran a la parte económicamente vulnerable denominado "*judicare*"¹¹³ y (b) el establecimiento de abogados pertenecientes y remunerados por el propio Estado¹¹⁴.

Si bien este sistema busca mitigar los problemas contemporáneos del acceso a la justicia por lo que hace a la capacidad económica de los individuos, también se debe reconocer que, los sistema *judicare* no están capacitados para ir más allá de la reclamación de remedios individuales por lo que las aspiraciones colectivas quedan limitadas a la acción individual con los efectos negativos que habré de señalar más adelante y, por su parte, el defensor de oficio (también entendido en muchos países como procuradores especializados) generalmente no cuenta con la agresividad y capacidad para representar cabalmente los intereses de las partes. Asimismo, el factor que es probablemente el más perjudicial para este tipo de representantes (y que se hace más patente cuando se traslada al campo de los derechos colectivos) es la utilización de trabajadores del Estado para actividades que frecuentemente derivan en situaciones políticas y en el desafío de acciones gubernamentales así como acciones de grupos dominantes en la sociedad.

En este sentido y ante la especial relevancia que cobra el tema aplicado a nuestro país en virtud de los datos a los que me he referido en el segundo numeral del presente capítulo, es relevante rescatar la experiencia mexicana del defensor de oficio (adaptado en nuestra tradición a través de procuradurías especializadas) protector de los derechos colectivos tal y como aquel del medio ambiente o derechos del consumidor que han sido incorporados al ordenamiento normativo.¹¹⁵

¹¹³ Este sistema fue implementado en países como Austria, Inglaterra, Holanda, Francia o Alemania y funciona mediante una lista de abogados consultores y litigantes con los que cuenta el Estado misma que es puesta a disposición de aquellos individuos que requieren de sus servicios, sin embargo ha sido criticado por su excesivo formalismo y burocratización que exige una gran cantidad de autorizaciones y calificaciones para poder aspirar al mismo

¹¹⁴ El sistema del defensor de oficio tiene como origen moderno el Programa de Servicios Legales de los Estados Unidos de 1965 en su Oficina de Oportunidades Económicas y ha sido el modelo mayormente utilizado por los países de América Latina

¹¹⁵ La acción popular prevista en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, así como la acción de grupo contenida en la Ley Federal de Protección al

Las reformas a la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA) del 13 de diciembre de 1996 crearon la hoy derogada figura de la denuncia popular, la primera herramienta para el ejercicio de los derechos difusos en México en materia ambiental. Bajo el sistema del abogado estatal, cualquier persona, grupo social, organización no gubernamental, asociaciones y sociedades estaban facultadas para denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) o ante otras autoridades todo hecho, acto u omisión que produciere o pudiera producir desequilibrio ecológico, daños al medio ambiente, a los recursos naturales o que contravengan la LGEEPA así como los demás ordenamientos que regulen las materias relacionadas con la protección ambiental, al preservación y la restauración del equilibrio ecológico.

La denuncia popular constituía un “interés simple”¹¹⁶ a favor de los individuos para que, al tener conocimiento de las actividades prohibidas, dieran parte a la Procuraduría, misma que se erigía en un órgano de inspección y vigilancia. No obstante lo que parece a primera vista un gran adelanto en la protección del derecho difuso (perteneciente al grupo de los derechos colectivos en sentido amplio) la realidad demostró que el monopolio que ejercía el Estado sobre la acción de tutela de los derechos impidió tener un impacto real de la legislación ambiental al plano real del respeto al medio ambiente.

En este sentido, si bien es cierto que las denuncias populares aumentaron considerablemente desde su implementación en 1996, con 17 denuncias presentadas ese año, a un promedio de 7 mil durante los años de 2008 a 2012, también es preciso matizar este aspecto con el hecho de que el propio procedimiento enfatizaba en que si el resultado de la investigación encabezado por PROFEPA concluía en que las actividades prohibidas

Consumidor fueron derogadas por las correspondientes reformas legales del 30 de agosto de 2011 en cumplimiento a la denominada reforma constitucional en materia de acciones colectivas de fecha 29 de julio de 2010.

¹¹⁶ El interés simple, instaurado en países como Colombia mediante las acciones populares, supone el interés en la legalidad que pudiera tener cualquier persona para asegurarse de que los obligados de cierta norma jurídica se encuentran cumpliendo con la misma y si bien muchas veces se ha confundido con el “interés de hecho”, el interés simple si tiene un reconocimiento y efectos jurídicos en tanto sea incorporado en cualquier ordenamiento jurídico.

provenían de “actos, hechos u omisiones en que hubieren incurrido autoridades federales, estatales o municipales” únicamente impicaría la emisión de “las recomendaciones necesarias para promover ante éstas (autoridades) la ejecución de las acciones procedentes”, asimismo la ley señalaba que dichas recomendaciones emitidas tendrían el carácter de “públicas, autónomas y no vinculatorias” lo cual era totalmente contradictorio con el carácter de las sanciones impuestas a particulares que iban desde la reparación del daño hasta el inicio de procesos administrativos o penales contra estos.

La anterior situación deja de manifiesto la notoria inconveniencia de que sea el propio Estado aquel que ejerza el monopolio para sancionar actividades o tutelar derechos donde es él mismo, en muchas ocasiones, el infractor. El trato procesal preferencial otorgado al Estado en la derogada denuncia popular alteró el espíritu original del organismo ya que no se trata de un Ombudsman ambiental, sino de un ente de inspección y vigilancia facultado para imponer sanciones y no meramente recomendaciones.

Tal vez si recordamos que el nombramiento y remoción del Procurador depende del Ejecutivo Federal, por ser la PROFEPA un organismo desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Protección Ambiental, podríamos hacer un poco de sentido en torno a la particularidad de la regulación que tenía la denuncia popular pero sin lugar a dudas, esta experiencia dejó entrever que no se podía dejar la tutela de los derechos de los individuos a un órgano que no es autónomo ni capaz de ejercer plena e imparcialmente sus atribuciones con el objeto de emitir resoluciones vinculantes.

Por lo que hace a la experiencia en materia de derechos del consumidor, la Ley Federal de Protección al Consumidor contaba con las “acciones de grupo” mismas que permitían a la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO): (a) apersonarse en juicio en la búsqueda de sentencia que declarara que determinadas personas habían causado daños o perjuicios a los consumidores y, en consecuencia, obtener la reparación de los daños y perjuicios por la vía incidental (mismos que no podían ser inferiores al 20% de

estos) para los interesados que acreditaran su calidad de perjudicados y (b) emitir mandamientos para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que ocasionaran o pudieran ocasionar daños o perjuicios a consumidores.

Es importante señalar que, de acuerdo con el derogado artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, la facultad de representar a una colectividad en juicio mediante el ejercicio de las acciones de grupo por parte de PROFECO era de carácter discrecional¹¹⁷, por lo que los consumidores no solo no tenían el derecho de hacer valer sus derechos en juicio sino que tampoco tenían el derecho de asegurarse que el organismo especializado en realizar dicha tarea efectivamente la llevara a cabo.

No obstante las acciones grupales lograron algunas conquistas en materia de derechos del consumidor¹¹⁸, siendo la más significativa haber sido la primera y única acción colectiva a nivel federal hasta su derogación, dicho instrumento compartía algunos vicios con la denuncia popular, en especial aquel de la exclusividad o monopolio del organismo público para representar los intereses de la colectividad.

Me parece que el tema de la intervención estatal como medio para mitigar el fenómeno de la pobreza económica (entendida en un panorama más amplio como una barrera para obtener un efectivo acceso a la justicia) a través de los sistemas de *judicare* o del defensor de oficio, no cumple con sus objetivos en tanto no se complementa con otros instrumentos que permitan directamente a los afectados participar (en mayor o menos medida) en el

¹¹⁷ Ovalle Favela, José, “*Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, p. XIV.

¹¹⁸ Entre las resoluciones favorable obtenidas por la PROFECO sobresalen:

- 1.- Sentencia de 30 de abril de 2007, contra Air Madrid Líneas Aéreas, S.A., por ocasionar daños a 459 consumidores al suspender el servicio.
- 2.- Sentencia de 6 de julio de 2007 contra Líneas Aéreas Azteca, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 620 consumidores al suspender el servicio.
- 3.- Sentencia de 18 de febrero de 2010, contra Nokia México, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 121 consumidores nacionales, a quienes no hizo válida la garantía de sus productos.
- 4.- Sentencia de 17 de marzo de 2010, contra Azcué Muebles, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 281 consumidores al incumplir la entrega de los bienes adquiridos y no hacer efectiva la garantía.

proceso aunque siempre tomando en cuenta las limitaciones que muchas veces les impide ejercer directamente la acción que corresponda.

En la medida en que los ordenamientos procesales sustraigan el monopolio de la vía a los diversos organismos públicos en materia de derechos colectivos, será posible terminar con la falta de “agresividad”¹¹⁹ con la que estos asumen su tarea y, consecuentemente, apoderar a los individuos y colectividades en aras de una efectiva justiciabilidad y materialización de los referidos derechos.

b) La pobreza organizativa de las partes supone uno de los puntos más íntimamente vinculados con las consecuencias y desconocimiento estatal del fenómenos de producción en serie, globalización, sociedad de consumo, etc., a los que me he referido previamente y se enfoca a la problemática de representar los intereses difusos y colectivos en general.

Los derechos colectivos *lato sensu*, como consecuencia de las sociedades modernas, han generado una revolución mundial por lo que hace a los procedimientos civiles que son una respuesta (tardía) a la concepción clásica del proceso civil como una disputa entre individuos particulares . En muchas ocasiones, el derecho difuso o colectivo que forma parte de un interés más vasto de la colectividad no logra constituir, por si sólo, algún peso que pueda tener un impacto social, económico o político considerable y, en este sentido, la obligatoriedad de acudir a juicio en forma individual generaba (y continua generando respecto de aquellos derechos colectivos no incluidos en la reforma en materia de acciones colectivas) una falta de motivación o fuerza económica e incluso, en caso de optar por ejercer la vía legal, el resultado obtenido no se traduciría en un beneficio real para el afectado ni en una disuasión eficaz para el transgresor del derecho.¹²⁰

En el caso de México, la tradición liberal de los derechos instaurada bajo la influencia de los logros de la Revolución Francesa plasmados en el Código

¹¹⁹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *op.cit.* nota 15.

¹²⁰ Cappelletti, Mauro, *op.cit.* nota 65, p. 423.

de Napoleón (libertad individual, libertad de conciencia, libertad de trabajo y laicismo del Estado) permearon en los ordenamientos civiles mexicanos¹²¹ y, salvo contadas excepciones¹²², esta influencia liberal se vio reflejada en los ordenamientos procesales de la tradición jurídica mexicana toda vez que las normas adjetivas juegan un papel accesorio o de acompañamiento a los derechos estipulados en los ordenamientos sustantivos, generando que durante más de un siglo y medio el ejercicio de las diversas acciones fueran reguladas de forma individual.

Bajo esta estructura que se hacía extensa a todos los países con un sistema jurídico romano-germánico o de derecho codificado, el proceso fue incapaz de atender las particularidades de los nuevos derechos de incidencia colectiva que paulatinamente se presentaron en las sociedades. La limitación de los cuerpos adjetivos mexicanos incluyeron los siguientes aspectos:

- a) Sustracción de los derechos de tercera generación de cualquier forma de justiciabilidad¹²³;
- b) Falta de legitimación *ad causam* de la colectividad para apersonarse en juicio como titular de un derecho complejo compuesto por diversas fracciones;
- c) Principio rector de la carga de la prueba entendido como “el que afirma debe de probar”¹²⁴;

¹²¹ Como señala Rodolfo Batiza, “Un cierto número de artículos del Código de 1928 pueden remontarse, a través de fuentes intermedias, al Proyecto d’Olivier de 1789, a saber: Ley de Relaciones Familiares, Código de 1884, Código de 1870, Código del Imperio, Proyecto Sierra o Código Portugués, Proyecto García Goyena, Código Civil francés, Proyecto del año VIII, Proyecto Jacqueminot, Tercer Proyecto Cambáceres, Segundo Proyecto Cambáceres, Primer Proyecto Cambáceres, Plan Durand-Maillane y Proyecto d’Olivier” Es decir, catorce eslabones de una larga cadena jurídica vinculan directamente nuestro código civil vigente a los ordenamientos generados en la Revolución Francesa. Véase, Batiza, Rodolfo, “*Los orígenes de la codificación civil*”.

¹²² Entre las excepciones mencionadas puede señalarse los procesos contenidos en la Ley de Concursos Mercantiles, Ley de Amparo (específicamente por lo que hace al amparo en materia agraria), así como las derogadas acciones de grupo y denuncias populares contenidas en la Ley Federal de Protección al Consumidor y la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente respectivamente.

¹²³ La falta de reconocimiento de determinados derechos sociales y colectivos como derechos subjetivos los hacía incapaces de exigir de cualquier otro sujeto pasivo el soporte de la carga jurídica y por lo tanto no existía la correlativa obligación de exigencia que acompaña a los derechos.

- d) Imposibilidad de individuos ajenos al proceso pero ligados por la violación del mismo derecho para sumarse a la instancia¹²⁵;
- e) Efecto *inter partes* de la cosa juzgada¹²⁶;
- e) La falta de progresividad en las facultades del juez frente a procesos de carácter colectivo¹²⁷;
- f) La inobservancia de nuevos criterios sobre la rectoría del proceso (utilidad de las decisiones) .¹²⁸

¹²⁴ Debido a la desigualdad fáctica que caracteriza a las partes dentro de los procesos colectivos así como al grado de especialización técnica sobre la que generalmente versan dichos asuntos, la experiencia comparada ha desarrollado la teoría de la “carga dinámica de la prueba”, es decir, una reversión del principio “el que afirma debe de probar” donde se le asigna la carga de la prueba a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

¹²⁵ Si bien se podría pensar que la mencionada limitación podría subsanarse mediante la excepción procesal denominada “conexidad de la causa” cuando la acción proviene de la misma causa aunque sean diversas las personas y las cosas, se debe tomar en cuenta que en caso de que se acumulen los juicios conexos, estos serán resueltos por cuerda separada lo que desestima por completo la naturaleza de los derechos colectivos entendidos como uno mismo pero integrado, a su vez, por diversas fracciones y por lo tanto no se tomaría en cuenta la especial dinámica que prevalece en un juicio de carácter colectivo.

¹²⁶ Cuando estamos frente a procesos que tienen por objeto dilucidar temas relativos a acciones colectivas, la experiencia comparada se ha pronunciado por dejar atrás los efectos *inter partes* de la cosa juzgada cuando la acción se declara improcedente por falta de pruebas (no hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto) y sustituirlo por una cosa juzgada *secundum eventum litis*, es decir, en caso de que la sentencia sea favorable a la colectividad esta debe hacer extensiva a todos los miembros de la misma (excepto en el caso de que hayan ejercitado su derecho de “opt out”), y si es desfavorable debe sólo producir efectos *inter partes*, por lo que los legitimados podrían demandar nuevamente basando la demanda en los mismos hechos y nuevas pruebas. De cualquier forma, la cosa juzgada *secundum eventum litis* deja a salvo la acción individual de los interesados para demandar la reparación de daño independientemente de que se haya declarado previamente la improcedencia de la acción colectiva por insuficiencia de pruebas.

¹²⁷ La naturaleza del proceso colectivo exige que el juez amplíe sus facultades para eliminar las diferencias de hecho que existen entre los actores y así convertirse en un verdadero protagonista del proceso, en este sentido es preciso que, entre otras cosas, los jueces ejerzan de forma más agresiva facultades como la pruebas para mejor proveer, solicitud de información a la parte que está en la mejor posición para ofrecerla independientemente de que tenga la obligación procesal de hacerlo o no, asegurarse de que el representante común de la colectividad actúe de buena fe, así como llevar en todo momento del proceso un control claro de la colectividad manteniendo vigente la certificación que de la misma se haga para evitar el desgaste de las partes en un escenario donde podría existir una causal de improcedencia no decretada.

¹²⁸ Vinculado a la progresividad de las facultades del juez, la rectoría que debe ejercer el juez en el proceso colectivo implica que este verifique si existe una prevalencia de las cuestiones comunes, sobre las cuestiones de derecho y de hecho individuales y superioridad de la tutela colectiva sobre la individual en un plano de justicia y eficacia de la sentencia (tratándose de acciones individuales homogéneas o accidentalmente colectivas) . Asimismo, el juez deberá darle preferencia a la tutela específica sobre los medios sustitutos de reparación por lo que deberá llevar a cabo todas las diligencias permitidas para impedir que el daño quede consumado. Como señala el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, “para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este código son admisibles todas las clases de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela.”

La disociación entre los Derechos Fundamentales y la idoneidad de sus medios de defensa han generado que las percepciones sobre el cumplimiento de la Carta Magna sean pesimistas toda vez que los individuos perciben un claro distanciamiento entre la norma y su aplicación en la realidad con la complicidad de sus instrumentos de tutela. En el año 2004, casi siete de cada diez personas (68.1%) consideraba que la Constitución se “cumple poco”, aunado al 19.3% que consideraban que “no se cumple nada” contrario al frágil 5.2% de los entrevistados que consideraban que nuestra Constitución “se cumple mucho”.¹²⁹ La falta de cumplimiento de los preceptos constitucionales ha probado tener un efecto disuasivo y de pérdida de confianza en los gobernados probando que en lugar de existir las vías adecuadas para un acceso a la justiciabilidad de sus derechos prevalece un sentimiento de resignación generalizado en relación a la inaplicabilidad de los mismos y abona al resentimiento social.

La situación anterior ha encontrado una respuesta variada por parte de los diversos países que va desde la tutela de estos derechos a cargo del Ministerio Público, la instauración de organismos públicos especializados, asociaciones privadas con el objeto de defender intereses públicos mediante las acciones de las asociaciones (*Verbandsklagen*), las *actions collectives*, o bien, las *class actions*. En México, el problema a la pobreza organizativa habría de encontrar una solución a través de la adición del Libro Quinto al Código Federal de Procedimientos Civiles al que habré de referirme más adelante.

El fenómeno al que me he referido previamente y que en México encontró su respuesta mediante la reforma constitucional en materia de acciones colectivas, se refiere al constitucionalismo de derecho privado que forma parte del movimiento garantista de Luigi Ferrajoli. De acuerdo al jurista italiano, en virtud de los acontecimientos globales que rigen nuestros día, el Estado de derecho y su sistema de garantías se ha extendido, en parte, de múltiples y heterogéneas formas, también al derecho privado y, sin embargo,

¹²⁹ Concha Cantú, Hugo A, Fix-Fierro, Héctor, Flores, Julia, Valadés, Diego, “*Cultura de la Constitución en México*”, Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2004, p. 56.

no ha sido elaborada una teoría del Estado de derecho y de los derechos fundamentales en relación con los poderes privados, comparable a la elaborada para los poderes públicos.¹³⁰

En esta misma concepción, Ferrajoli urge a los sistemas jurídicos contemporáneos para que lleven a cabo una reconsideración de los Derechos fundamentales y reconozcan que las relaciones verticales de postestad-sujeción sostenidas entre ciudadano y Estado no son las únicas en ámbito de Derecho privado; y que la sociedad civil, como integrante de la esfera de este Derecho, es una sociedad natural y no también, como la política, una sociedad artificial.¹³¹

La ciencia del derecho privado está en este momento en un proceso de cambios. Intenta mantener los ideales de igualdad, impersonalidad de las normas, coherencia y sistematización (propias de la codificación), pero integrándolos en una comprensión más profunda y real del proceso de creación e interpretación jurídica y una consideración relevante de fines y principios morales como la dignidad de la persona, la justicia contractual y los valores de la solidaridad social que parecen insoslayables para fundamentar y dar legitimidad al sistema. No puede decirse que haya cristalizado una nueva metodología de la ciencia del derecho privado que permita anunciar como completamente superada la perspectiva del positivismo legalista, pero está claro que todas las tendencias referidas, y entre ellas la constitucionalización del Derecho privado, están dando las pautas de lo que será esa nueva forma de hacer y exigir el Derecho en el ámbito de las relaciones entre particulares en el siglo XXI.¹³²

Aunado a lo anterior, los derechos colectivos prestacionales fueron, en un principio, desprovistos del carácter de derecho subjetivo para efectos del

¹³⁰ Ferrajoli, Luigi, “*Contra los poderes salvajes del mercado*”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf>

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Corral Talciani, Hernán, “*Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Privado*”, 2004, <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizacion-privado.pdf>

juicio de amparo y por lo tanto se encontraban con la barrera que suponía la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, esto es, la causal de improcedencia por falta de interés jurídico del promovente, situación que impedía a los órganos competentes para resolver el fondo del asunto en virtud de una deficiente y anticuada legislación procesal.

Es decir, el derecho subjetivo, como elemento de procedencia para el juicio de amparo, suponía la potestad jurídica de una persona para hacer, exigir o impedir algo en relación con un sujeto pasivo, quien debe soportar la carga jurídica. Esto es cuando el ordenamiento jurídico faculta a algún individuo u otorga un derecho respecto del cual existe una correlación de cumplimiento u observancia a cargo de otro sujeto (en el caso del juicio de amparo los obligados son las diversas autoridades).

Si bien esta restricción a la legitimación *ad causam* para acudir al juicio de amparo fue reformada, atendiendo incluso a algunos criterios jurisprudenciales que habían dejado la noción del derecho subjetivo atrás¹³³, mediante la reforma constitucional en materia de amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de junio de 2011, también se debe tomar en cuenta que, no obstante el mandamiento para llevar a cabo las reforma legales en un plazo de 120 días a partir de la publicación, la Ley de Amparo no ha sido modificada para incorporar el reconocimiento a la esfera jurídica en sentido amplio y su tutela a través del Poder Judicial Federal, este tema también lo habré de abordar más adelante.

El presente panorama supone el contexto actual de las barreras que todavía persisten en la meta de alcanzar un acceso efectivo a la justicia de los derechos colectivos y los retos que el sistema jurídico enfrenta para poder dotar de contenido - en el plano de derecho privado y público- a la Constitución, no sólo por lo que hace propiamente a los derechos colectivos sino al derecho a la tutela jurisdiccional contenida en el artículo 17 constitucional. Si bien algunas barreras de estas han sido superadas mediante la reforma al propio

artículo 17 constitucional en materia de acciones colectivas, así como la reforma constitucional en materia del juicio de amparo del 10 de junio de 2011, el sistema jurídico todavía tiene retos pendientes que abordar no debiéndose quedar estancado en la obtención de estos nuevos medios sino-y en cumplimiento de la tercera ola reformadora a la que hace alusión Cappelletti-buscar medios alternativos que permitan una justicia coexistencial de los más diversos medios procesales que contribuyan a la satisfacción de los reclamos sociales.

En palabras del propio Mauro Cappelletti, "...el análisis del derecho sustantivo no puede limitarse ya a tomar nota, por ejemplo, del hecho de que ciertas normas, incluso a nivel constitucional, que proclaman la existencia de determinadas obligaciones y derechos, o la protección del ambiente, de los consumidores o de la salud, sino que debe extenderse a una visión crítica de los instrumentos ofrecidos a los individuos y a los grupos para hacer efectiva tal protección."¹³⁴

Los nuevos medios con los que cuenta el gobernado para hacer valer sus derechos colectivos y difusos constituyen la garantía secundaria a la que me he referido anteriormente y, en este sentido, ayudan solventar uno de las barreras al acceso a la justicia así como a cerrar la brecha entre el texto constitucional y la realidad. No obstante lo anterior, es preciso que las tendencias jurídicas sigan evolucionando al margen que lo hacen las necesidad de un mundo en constante cambio pues es preciso recordar que cuerpos normativos tales como la Convención Americana de Derechos Humanos no sólo exigen la existencia de un recurso sencillo y rápido para reparar la violación a los Derecho Fundamentales sino que exigen que esta sea efectivo¹³⁵, es decir, que sea idóneo en vista a la naturaleza del derecho mismo.

¹³⁴ Cappelletti, Mauro, *op.cit.* nota 65, p. 416.

¹³⁵ Véase el Artículo 25, Protección Judicial, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En una sociedad plural con un sinnúmero de intereses, ideologías y proyectos, es preciso que se cuente con los medios procesales necesarios que permitan colmar a estos de algún significado. La Constitución entendida como un “compromiso de las posibilidades” requiere de las vías e instrumentos que den un grado de confianza y certidumbre a los gobernados de que podrán desarrollarse bajo el margen amplio y dúctil que representa la Constitución. En un marco de pluralidad, es importante que el Estado intervenga para asegurarse que ningún valor prime sobre aquellos propios de otros grupos o minorías también regidos en la Constitución y, en este sentido, se creó una cultura de la constitucionalidad como norma jurídica eficaz, vinculante y unificadora de todos los individuos regidos por ella. “Lo que cuenta en última instancia...es la idea de la Constitución. La idea es tan determinante que, a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada puede, incluso, prescindirse de la cosa misma.”.¹³⁶

¹³⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *op.cit.* nota 27, p. 13.

II. Los derechos Transindividuales y su Protección

A. Naturaleza jurídica de los derechos transindividuales

Los derechos transindividuales o colectivos en sentido amplio son aquellos denominados como derechos de tercera generación y, como lo señala su propio nombre, son atribuibles a un grupo de personas que están ligadas entre si por circunstancias de hecho, de derecho o ambas.

En este sentido, los derechos transindividuales o supraindividuales no pertenecen a una persona física o moral determinada sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible con identidad social pero sin personalidad jurídica. Es decir, el titular es la comunidad o colectividad que no goza de la ficción que otorga la personalidad jurídica lo cual, a su vez, rompe con el esquema tradicionalista al otorgar a una “no persona” algunos derechos subjetivos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define a los derechos difusos como aquellos “cuya titularidad no es individualizable, sino que pertenecen a todos en tanto miembros de la humanidad. En este sentido, se han considerado los derechos a un medio ambiente saludable, los derechos de los consumidores (no involucrados en una relación mercantil concreta), el derecho a la cooperación internacional, el derecho a la paz. Se encuentran contemplados principalmente en instrumentos internacionales. “¹³⁷

En este contexto podemos entender que, contrario a la concepción tradicionalista de corte liberal donde primaba la individualidad del titular del derecho y el ejercicio de defensa del mismo, los derechos colectivos en sentido amplio (derechos difusos, derechos colectivos en sentido estricto y derechos individuales homogéneos¹³⁸) suponen que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de

¹³⁷ Véase el glosario de términos contenido en el sitio de Internet de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr1364.cfm>

¹³⁸ Cabe destacar que si bien los derechos individuales homogéneos son considerados como derechos colectivos en sentido estricto, técnicamente estos no comparten la naturaleza de solidaridad e íntima vinculación del grupo afectado sino que, aunque estos tienen un origen común, son derechos accidentalmente colectivos y debido a su carácter predominantemente individualizado, son divisibles entre los integrantes de la comunidad.

uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, la lesión de la entera comunidad.¹³⁹

Debido a la ruptura que los derechos colectivos en sentido amplio generaron con el concepto de derecho subjetivo, una parte considerable de la doctrina les ha atribuido el carácter de intereses contrario al de derechos justamente por la incompatibilidad o imposibilidad de encuadrarlos en el marco de los derechos subjetivos que monopolizan buena parte de los ordenamientos sustantivos de diversos países. Es decir, en virtud de la superindividualidad, así como la indivisibilidad del objeto tutelado e imprecisión de su titularidad, la dogmática jurídica del Siglo XIX consideró que estos derechos no encajarían bajo el concepto de derecho subjetivo como “un fenómeno de la subjetivación del derecho objetivo”¹⁴⁰.

A partir del encuadramiento que de los derechos colectivos se hizo bajo el esquema de intereses, diversas voces manifestaron su inconformidad ante la inoperancia y rezago que demostraba el concepto de derecho subjetivo y consecuentemente la necesidad de apertura del mismo para admitir que una colectividad de individuos pueden ser sujetos de derecho.

En mi opinión, el tema sobre la naturaleza jurídica de las pretensiones o expectativas de carácter colectivo quedaron dilucidadas por la simple pero contundente aseveración de Kazuo Watanabe cuando alega que existe una identidad entre los conceptos de “intereses” y “derechos” porque, una vez que los intereses pasan a ser amparados por el ordenamiento jurídico, ellos asumen el mismo status de un derecho, desapareciendo así cualquier razón práctica para la búsqueda de una diferenciación ontológica entre ellos.¹⁴¹

¹³⁹ Ovalle Favela, José, “*Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, p. XI.

¹⁴⁰ Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 26.

¹⁴¹ *Ibidem*.

En este sentido podemos coincidir que los derechos colectivos en sentido amplio son derechos de naturaleza transindividual caracterizados por una solidaridad que existe entre los miembros del grupo titular del derecho y que, dependiendo de tres criterios básicos de distinción, pueden ser clasificados como derechos difusos, derechos colectivos en sentido estricto o derechos individuales homogéneos.

El Anteproyecto de Código Modelos de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal considera que los tres criterios de distinción para poder acotar los derechos que conforman a aquellos de carácter colectivo en sentido amplio son: (1) el “subjetivo” que toma en cuenta la titularidad del derecho, (2) el “objetivo” que se refiere a la divisibilidad del derecho material y (3) al “de origen” que toma como punto de partida el origen del derecho material.

Cabe destacar que habiéndose inspirado el mencionado Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica en el Código del Consumidor Brasileño así como también lo hizo el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles “De las acciones colectivas”, el ordenamiento procesal mexicano comparte estas tres características para abstraer del derecho colectivo *lato sensu* los tres derechos que lo integran.

En un primer momento, y a reserva de tratar el tema de manera completa en los siguientes subcapítulos, las acciones colectivas de nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles así como el Código Modelo Iberoamericano señalan que la naturaleza de los derechos, cuanto a la titularidad del derecho material (aspecto subjetivo) el derecho difuso pertenece a una comunidad formada por personas indeterminadas e indeterminables. El derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada por personas indeterminadas más determinables y los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad formada de personas

perfectamente individualizadas que también son indeterminadas y determinables.¹⁴²

Es preciso hacer la medular aclaración que, no obstante la confusión generalizada a partir del criterio de titularidad del derecho material, los titulares de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos no son muchos ni indeterminados sino que es un único titular y muy bien determinado: una comunidad en el caso de derechos difusos, una colectividad en el caso de los derechos colectivos o una serie de víctimas indivisiblemente consideradas en el caso de derechos individuales homogéneos.¹⁴³

En cuanto a la divisibilidad del derecho material (aspecto objetivo) tanto el derecho difuso como el derecho colectivo, precisamente porque son superindividuales, metaindividuales o transindividuales, son indivisibles y, considerando solo ese aspecto, indistinguibles entre sí. Por su parte, los derechos individuales homogéneos, debido a su carácter predominantemente individualizado, son divisibles entre los integrantes de la comunidad de víctimas titulares del derecho material.¹⁴⁴

Hasta el momento, entre los derechos difusos y colectivos en sentido estricto ha existido un gran símil sin embargo, esta tendencia se rompe cuando se analiza el tercer criterio relativo al aspecto de origen. En los derechos difusos las personas que componen la titularidad del derecho no son ligadas por un vínculo jurídico previo, sino por meras circunstancias de hecho (no obstante que la legislación mexicana no cierra la posibilidad a que la relación también derive de un vínculo jurídico). Por su parte, en los derechos colectivos, las personas que componen la titularidad colectiva del derecho son ligadas por una previa situación jurídica base que contienen entre sí o con la contraparte.

Por lo que hace a los derechos individuales homogéneos, su origen común no se diferencia mucho de aquel propio de los derechos difusos o

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ *Idem.*

colectivos toda vez que puede derivarse de “circunstancias de hecho” que ligan a los integrantes de la comunidad del derecho difuso o bien de una “relación jurídica base” propia de los miembros integrantes del grupo titular del derecho colectivo. Cabe mencionar que para poder sortear esta situación, el legislador mexicano al definir la “acción individual homogénea” estableció que sus titulares son “individuos agrupados con base en circunstancias comunes” lo que puede hacerse a extensivo a circunstancias comunes *de facto*, o bien, *de iure*.

B. Clasificación

1. Derechos difusos

De acuerdo a la legislación comparada así como la nueva implementación que de la materia ha hecho el legislador mexicano, los derechos difusos son aquellos de carácter transindividual (perteneciente a varios individuos) , de naturaleza indivisible (sólo pueden ser considerados como un todo) y cuyos titulares son personas indeterminadas e indeterminables (no existe la posibilidad de llevar a cabo una individualización) vinculadas por circunstancias de hecho, es decir, no existe un vínculo de carácter jurídico entre la comunidad.

De acuerdo a lo anterior, queda de manifiesto que la vinculación entre los miembros de la colectividad, titulares de los derechos difusos, es tan estrecha que no existe la posibilidad de abstraer afectados de forma individual, “se instala una unión tan firme, que la satisfacción de uno implica de modo necesario la satisfacción de todo, y recíprocamente, la lesión a un miembro del grupo constituye *ipso facto*¹⁴⁵, lesión a la colectividad entera”.

Vale la pena rescatar la definición que de estos derechos hacen los 2 ordenamientos más representativos de nuestro sistema jurídico así como el adoptado en el Código Federal de Procedimientos Civiles:

LEY Nº 8.078, DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1990 CÓDIGO DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO

TÍTULO III - De la Defensa del Consumidor en Juicio

CAPÍTULO I - Disposiciones Generales

Art.81. La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.

¹⁴⁵ Gidi, Antonio, *op. cit.* nota 136, p. 32.

Párrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, que sean titulares personas indeterminadas y coligadas por circunstancias de hecho;

CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

Capítulo I – Disposiciones generales

Art 1º. - Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Libro Quinto De las Acciones Colectivas

Título Único

Capítulo I Previsiones Generales

ARTICULO 581.- Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

I. Acción difusa: Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular

es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

En este sentido, podemos determinar que estos tres ordenamientos coinciden en su mayor parte respecto a lo que se entiende por derechos difusos para efecto de su tutela jurídica. Si bien los tres ordenamientos comparten criterios por lo que hace al aspecto subjetivo y al aspecto objetivo de los derechos, hay que destacar que la segunda versión del Código Modelo elaborada en 2004 de manera errónea conjuntó a los derechos difusos con los derechos colectivos en sentido estricto dentro de la categoría de los primeros por lo que amplió el origen común de estas circunstancias de hecho así como jurídicas.¹⁴⁶

Comparto la postura adoptada por el Código del Consumidor Brasileño así como nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles ya que, acorde con la teoría de los derechos transindividuales, separan derechos que tienen un origen diverso y en consecuencia particularidades que afectan el curso de un proceso colectivo así como la sentencia que habrá de poner fin al mismo. De manera enunciativa, puede señalarse la indivisibilidad absoluta que caracteriza a los derechos difusos en cuanto a las personas que componen a la comunidad titular del derecho y, por su parte, la indivisibilidad relativa que corresponde a un derecho colectivo toda vez que los miembros si bien son indeterminados *a priori*, pueden ser perfectamente identificables y consecuentemente beneficiados de forma individual por los efectos de una sentencia que recaiga a

¹⁴⁶ Cabe destacar que el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (1ª versión) preparado por los Profesores Ada Pellegrino Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi para las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal que data del año 2002 si distinguía entre los derechos difusos y colectivos generando un mayor entendimiento y estableciendo un mayor rigor jurídico de la teoría de los derechos colectivos y sus medios de defensa.

un proceso colectivo situación que en el caso de los derechos difusos es simplemente imposible.

Asimismo, los derechos difusos no son de naturaleza patrimonial toda vez que no confieren un beneficio económico a los miembros de la comunidad titular del mismo. En consecuencia, las transgresiones que se hagan a los derechos de esta naturaleza no requieren indemnizaciones individuales, ni es el valor económico correspondiente al daño el centro de la protección jurídica. El objetivo de los medios de defensa es el de liberar al bien bajo amenaza de la transgresión que está sufriendo, regresarlo a la situación que guardaba antes del daño, llevar a cabo acciones para mitigar los efectos que del daño continúe sufriendo y, en caso de que lo anterior no sea posible, sustituir la pena con alguna de carácter pecuniaria pero que no tenga como finalidad ser entregada a los miembros de la comunidad sino buscar algún beneficio al derecho como elemento objetivo ajeno al beneficio económico de sus titulares.

En este sentido, el Código Federal de Procedimientos Civiles inspirado en la Ley de Amparo, instrumentó un fondo para captar los recursos provenientes de las acciones colectivas difusas cuando la reparación del daño, entendida como la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, no sea posible. Es decir, sólo cuando la reparación del daño no sea posible tendrá lugar un cumplimiento sustituto excepcional de carácter económico donde la condena podrá traducirse en una de carácter patrimonial, sin embargo aun en este escenario el destino de los recursos no sería el de integrarse al patrimonio de los afectados.

De igual forma, la 2ª versión del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica instauró el Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos para captar los recursos derivados por los daños provocados al bien indivisiblemente considerado y así llevar a cabo la reconstitución de dichos bienes, o de no ser esto posible, la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión, su repetición así como atrás acciones que beneficien el bien jurídico tutelado.

El mencionado Anteproyecto también estipula que en aquellas acciones que tengan por objeto obligaciones de hacer o no hacer, el juez deberá conceder la tutela específica de dichas obligaciones, o bien, las medidas que aseguren un resultado equivalente, lo que de nuevo deja de manifiesto el carácter no patrimonial de los derechos difusos.

Por su parte, el Código del Consumir Brasileño favorece la ejecución específica de la conducta debida (*tutela específica da obrigação de fazer ou no fazer*), sólo cuando dicha conducta no es posible puede existir un pago por daños y perjuicios.

**LEY Nº 8.078, DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1990
CÓDIGO DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO**

TÍTULO III - De la Defensa del Consumidor en Juicio

CAPÍTULO I - Disposiciones Generales

Art. 84. En la acción que tenga por objetivo el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará providencias que aseguren un resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

§ 1. La conversión de la obligación en pérdidas y daños solamente será admisible si el autor opta por ellas o si se hace imposible la tutela específica o la obtención de un resultado práctico correspondiente.

Por su parte, la Ley Nº 7.347 del 24 de julio de 1985 que regula la acción civil pública brasileña para la tutela de derechos difusos tales como el derecho al medio ambiente, derechos de los consumidores, bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisajístico, entre otras normas, también prevé un fondo para el caso de que la condena se hubiere traducido en dinero para la indemnización por los daños causados y donde dichos fondos únicamente pueden ser destinados a la reconstitución de los bienes lesionados.

LEY Nº 7.347 DEL 24 DE JULIO DE 1985

Art. 13.- Habiendo condena en dinero la indemnización por los daños causados revertirá a un fondo administrado por un Consejo Federal o por Consejos Estatales de los que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados.

Al respecto, el Anteproyecto del Código Iberoamericano señala:

CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

Capítulo II – De los proveimientos jurisdiccionales

Art. 8º. Acción indemnizatoria. En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez dispondrá que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad, sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado.

Así las cosas, en las acciones que tengan por objeto la tutela de los derechos difusos no se exige una disciplina sobre la cosa juzgada, por cuanto la resolución jurisdiccional, al versar sobre la reparación del bien objetivo, necesariamente atenderá y beneficiará a la colectividad.¹⁴⁷ Es por esta razón

¹⁴⁷ Bajo este entendido, es difícil pensar, como lo hace el artículo 30, párrafo 3º del Código Modelo para Iberoamérica, que se permita el aprovechamiento individual (liquidación y ejecución) de una decisión dictada para atender un derecho difuso toda vez que las figuras

que considero, contrario a la opinión de juristas promotores de la tutela de los derechos colectivos como Antonio Gidi, que no tiene sentido hablar de la posibilidad de ejercer reclamos individuales de manera simultánea o posterior cuando estamos frente a la tutela de derechos difusos.¹⁴⁸

Contrario al pensamiento de algunos juristas que sostienen que las procesos colectivos que tienen como finalidad la obtención de una resolución judicial de carácter declaratorio y condenatorio en una orden de hacer o no hacer (tal como es el caso de las acciones colectivas que tutelan derechos difusos) no existen como tal, es preciso hacer hincapié en que el carácter indemnizatorio de las acciones colectivas no es un elemento de su definición. Por su parte, aunque menos visible en los medios y mucho menos controvertidas en la práctica, las acciones colectivas americanas de hacer o no hacer (*injunctive class actions*) han sido históricamente más comunes en los Estados Unidos que las acciones colectivas de tipo indemnizatorio (*class action for damages*).¹⁴⁹

procesales mencionadas atentan contra la naturaleza misma del derecho y consecuentemente son inoperantes.

¹⁴⁸ Antonio Gidi considera, siguiendo las directrices del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que los miembros del grupo lesionado pueden reclamar daños individuales, ya sea individualmente o por medio de la acción colectiva de daños individuales. Véase, Gidi, Antonio, “*Las acciones colectivas*”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1337/9.pdf>

¹⁴⁹ Gidi, Antonio, *op. cit.* nota 136, p. 17.

2. Derechos colectivos “stricto sensu”

En la experiencia comparada retomada por la reforma en materia de acciones colectivas de 2011, los derechos colectivos *stricto sensu* se han calificado como derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas (indeterminadas, pero determinables, subráyese, como grupo, categoría o clase) vinculadas entre sí “*affectio societatis*” o con la parte contraria por una relación jurídica base previa.¹⁵⁰

Como señalan diversos autores, la configuración del derecho colectivo en estricto sentido es muy delicada porque en muchos casos el derecho puede concebirse como un derecho individual de la colectividad o un derecho de naturaleza abstracta lo que ha llevado a considerar como inútil a esta categoría de derechos colectivos porque, de acuerdo a los promotores de esta postura, dependiendo el caso concreto, la situación puede ser encuadrada en el concepto de derechos difusos, o bien, en derechos individuales homogéneos. Lo anterior incluso ha conllevado a que autores consideren que ontológicamente solamente existen dos clases de acción colectiva¹⁵¹ y a que en la 2ª versión del Anteproyecto de Código Modelos de Procesos Colectivos para Iberoamérica la distinción entre derecho colectivo y derecho difuso se haya eliminado y la figura del derecho difuso se hubiere ampliado de tal forma que el derecho colectivo *stricto sensu* fuere capaz de subsumirse en aquella.

Comparto la postura adoptada por el legislador brasileño y mexicano que conservaron la clasificación del derecho colectivo en sentido estricto señalando la necesidad e importancia de mantenerlos en la legislación toda vez que contienen implicaciones diversas al de los derechos difusos por lo que hacer al régimen de la cosa juzgada.

¹⁵⁰ Zaneti Junior, Hermes, “*Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 47.

¹⁵¹ Véase opinión de Márcio Flavio Mafra Leal en en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), “*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

En este sentido, la legislación y doctrina brasileña señalan que una sentencia emitida en relación a los derechos difusos producirá efectos *erga omnes* mientras que, por su parte, las sentencias que deriven de procesos de tutela de derechos colectivos verán limitada su eficacia al grupo, categoría, clase o colectividad correspondiente en virtud de la potencial individualización que es susceptible de actualizarse tratándose de estos derechos.

Incluso, el Código Federal de Procedimientos Civiles, atendiendo a una de las características que diferencian a los derechos colectivos y derechos difusos, esto es la divisibilidad (aspecto objetivo) que tiene cabida en aquellos por ser su titular una colectividad indeterminada pero determinable, y permite que la sentencia que le recaiga a los procesos derivados de derechos colectivos, aparte de versar sobre la reparación del daño objetivo, cubran los daños en forma individual a los miembros de la colectividad.

La premisa aplicable a los derechos difusos relativa a que la reparación del daño a un miembro de la colectividad implica la reparación para todos ellos en virtud de su firme unión no necesariamente aplica para los derechos colectivos en sentido estricto toda vez que considero, no existe un vínculo tan estrecho entre los integrantes de la colectividad como si sucede en los derechos difusos aunque siempre existe una predominancia de la causa común sobre la individual.

Cabe resaltar que si bien la doctrina y legislación internacional coinciden que la relación existente entre los miembros de la colectividad y su contraparte parte de una “relación jurídica base”, el legislador mexicano fue más allá permitiendo que esta relación derivara de un “vínculo común existente por mandato de ley” y así sorteaba la limitación de que necesariamente la relación entre el transgresor de los derechos colectivos y la colectividad se reduzca a una relación contractual. En este sentido es posible pensar en una acción colectiva que un grupo de fumadores (activos o pasivos) quisiera promover en contra de tabacaleras por omitir el señalamiento de las consecuencias dañinas que tiene el cigarro en sus empaques. Si el juzgador interpretara de manera

restrictiva la frase “relación jurídica base” podría determinar que esta no existe entre la comunidad y la empresa sino entre cada uno de sus integrantes y las tiendas de autoservicio donde adquirieron los cigarrillos. Al señalar como vínculo aquel existente por mandato de ley el Código Federal de Procedimientos Civiles ocupa esta vía para hacer frente a las obligaciones legislativas que pueden tener los potenciales infractores y se reserva la relación estrictamente contractual para las acciones individuales homogéneas.

No obstante los beneficios que tuvo esta reconsideración del derecho estrictamente colectivo elaborado por el legislador mexicano, de igual forma generó un rompimiento con la experiencia comparada toda vez que le da un enfoque predominantemente individual a la acción (en oposición a fundamentalmente colectivo) ya que si bien señala que dicha acción es aquella de naturaleza indivisible y por consiguiente busca la reparación del daño causado a la colectividad, también permite la reparación del daño en forma individual a los miembros del grupo, situación que no está prevista en los ordenamientos brasileño o Iberoamericano.

Asimismo, las acciones colectivas con fundamento en derechos colectivos en sentido estricto (ni así tampoco aquellas con fundamento en derechos difusos o individuales homogéneos) no permite que queden a salvo cualesquiera derechos de naturaleza individual para ser ejercidos de manera alterna, simultánea o posterior como si lo hace la legislación brasileña cuando señala que “los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y II no perjudicarán los intereses y derechos individuales de los integrantes de la colectividad, del grupo, categoría o clase.”, sino que por el contrario obliga al demandante a adherirse a la colectividad bajo pena de no ser incluida bajo los efectos de la cosa juzgada colectiva y previa obligación de desistirse de su acción individual en caso de haberla promovido con anterioridad a la adhesión.

Cabe destacar que la única situación donde el legislador mexicano dejó a salvo los derechos de los miembros de la colectividad para ejercerlos por la vía individual es tratándose de derechos individuales de incidencia colectiva (colectivos e individuales homogéneos) cuando se actualice una causal de

improcedencia de la pretensión en el procedimiento colectivo por lo que realmente no hay una diversidad de acciones sino que de nuevo el Código Federal de Procedimientos Civiles obliga a la subsistencia de una sola acción.

Me parece que esta consideración, aparte de atender a cuestiones propias a la naturaleza del derecho y la vía idónea para su ejercicio también encuentra sentido, por analogía, en el artículo 23 de la Carta Magna que dispone que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene” lo cual deja fuera de cualquier posibilidad el intentar dos acciones civiles derivadas de una misma causa como lo establece el Código del Consumidor Brasileño o el Anteproyecto Iberoamericano, e incluso, el Código Federal de Procedimientos Civiles ordena prevenir a las partes de un proceso individual sobre la existencia de una acción colectiva para que, en su caso, opte por ejercerla o bien continúe con la iniciada pero jamás ambas con las consecuencias antes mencionadas.

3. Derechos individuales homogéneos

Los derechos individuales homogéneos, comúnmente denominados como “accidentalmente colectivos”, “derechos individuales con tratamiento procesal colectivo” o “derechos colectivamente tratados” son una ficción legal creada por los ordenamientos jurídicos en materia de derechos colectivos para facilitar la protección colectiva (molecular) de los derechos individuales con dimensión colectiva (en masa).¹⁵²

La principal característica de los derechos individuales homogéneos que permite su clara distinción frente a los derechos difusos y colectivos es la falta de indivisibilidad que a su vez permite el fraccionamiento de estos derechos lo que permitiría pensar, *a priori*, en un tratamiento unitario obligatorio que de cómo resultado una serie de soluciones diferenciadas para los interesados.

A su vez, el carácter homogéneo de estos derechos implica la existencia de una pluralidad de personas que parten de un origen común lo que no necesariamente se traduce en una unidad factual y temporal sino en acontecimientos, que si bien pueden estar dispersos en el tiempo y espacio, estén relacionados tan estrechamente que puedan llegar a ser legalmente considerados como uno.¹⁵³

En este sentido, así como hemos distinguido a los derechos difusos y colectivos en sentido estricto como un fenómeno contemporáneo surgido a partir de las necesidades de la globalización y las sociedad de masa que rompieron con el concepto de derecho subjetivo, los derechos individuales homogéneos son los mismos derechos individuales, los derechos subjetivos de la teoría civil clásica trasladados a un plano colectivo exclusivamente para su tratamiento.

¹⁵² Gidi, Antonio, *op. cit.* nota 136, p. 35.

¹⁵³ Watanabe, Kazuo, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 724.

EL nuevo concepto de derechos individuales homogéneos, como diría Antonio Gidi, sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionadas entre sí en una sola acción¹⁵⁴ y que en la tradición norteamericana se conoce como la acción colectiva por daños individuales (*class action for damages*).

Al respecto, vale la pena destacar el enfoque que Kazuo Watanabe da a las diversas acciones de corte colectivo al considerarlos como “conflictos de dimensión molecular”. Estas acciones moleculares, en oposición a las demandas átomo resultantes de la visión liberal-individualista, permiten un acceso más efectivo a la justicia debido a su abaratamiento y el rompimiento de las barreras socioculturales, evita la canalización resultante de la fragmentación de las demandas y confiere un peso político más adecuado a las acciones destinadas a la solución de los conflictos colectivos.¹⁵⁵

Es en este contexto que los derechos individuales homogéneos colman la necesidad de un tratamiento estratégico de ciertos derechos individuales con aspectos comunes para su efectivo ejercicio. Asimismo, lo anterior tiene una estrecha relación con la tercera oleada expuesta por Mauro Cappelletti para el acceso efectivo a la justicia, esto es, una concepción más amplia de dicho concepto.

Partiendo del acceso a la representación legal a la más amplia concepción de acceso a la justicia que busca Cappelletti a través de su obra, el jurista italiano señala la necesidad de un nuevo enfoque a los procedimientos para hacerlos ejecutables.¹⁵⁶ En este sentido, el tratamiento colectivo de ciertos derechos individuales con origen común generan un instrumento procesal más idóneo para ser ejercitado por los interesados y, en este sentido, obtener un cabal cumplimiento a sus legítimas aspiraciones.

¹⁵⁴ Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales homogéneos en Brasil”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, p. 61.

¹⁵⁵ Watanabe, Kazuo, *op. cit.* nota 95, p. 3.

¹⁵⁶ Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant, *op cit.* nota 15, p. 47.

Debido a la predominancia del carácter individual que impera en los derechos individuales homogéneos o derechos individuales de incidencia colectiva, el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles siguió la tendencia establecida por la legislación brasileña y recogida por el Anteproyecto Iberoamericano en el sentido de establecer como requisitos para la tutela colectiva de esta clase de derechos la predominancia de las cuestiones comunes sobre las individuales así como la utilidad de la tutela colectiva para el caso en concreto (*predominance and superiority*).

Cabe destacar que la legislación mexicana acotó los derechos individuales homogéneos a aquellos derechos individuales de incidencia colectiva que tienen como origen una relación contractual, mientras que el Código del Consumidor Brasileño y el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica únicamente señalan que estos derechos son aquellos derechos subjetivos individuales provenientes de una causa común.

La anterior delimitación considero corresponde a los ajustes que el legislador mexicano hizo a las acciones colectivas con fundamento en los derechos colectivos en sentido estricto toda vez que en realidad se tratan de acciones con tintes individuales que permiten tutelar todos los vínculos jurídicos existentes por mandato de ley respecto de la colectividad así como a cubrir los daños de forma individual por lo que no genera ningún perjuicio a la acción individual homogénea cuando esta únicamente se avoca a las relaciones contractuales toda vez que en ambos supuestos la reaparación individual tendrá lugar.

La acción colectiva mexicana, así como la brasileña por daños individuales es lo que se conoce como una “acción colectiva parcial” o “*issue class action*” en oposición a su contraparte estadounidense. La finalidad de estos dos ordenamientos se limita a declarar la responsabilidad de un demandado y si la acción colectiva tiene éxito, cada miembro individual del grupo debe iniciar incidentes de liquidación donde acrediten ser parte de la

colectividad y de igual forma prueben la cantidad y extensión de los daños individuales sufridos.¹⁵⁷

En virtud de lo anterior, se entiende que las sentencias que deriven de acciones colectivas por derechos individuales homogéneos e incluso por derechos colectivos en sentido estricto que condenen al demandado a cubrir los daños en forma individual no deberán contener una cuantía determinada en virtud de: (1) la necesidad de actualizarse las cantidades a partir de los correspondientes incidentes de liquidación y (2) la posibilidad de que más afectados se unan a la colectividad para ejercer un incidente de liquidación durante un plazo de un año a partir de que se dicte la correspondiente sentencia de condena.

Por su parte, el Anteproyecto Iberoamericano, si permite al juez fijar, desde la primera sentencia de condena, la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar lo que daría lugar a una ejecución de sentencia colectiva no obstante, lo anterior se sujeta a que: (1) el juez se encuentre en posibilidad de calcular el valor de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo y que (2) el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme. Asimismo, se entiende que en virtud de lo anterior dicho ordenamiento no permite que más afectados se adhieran a la colectividad una vez que se haya dictado sentencia.

A reserva de tratarlo de manera más profunda en el subcapítulo correspondiente a la sentencia y cosa juzgada, es posible afirmar que una acción colectiva parcial permite superar ciertos problemas provenientes de las lesiones masivas (*mass torts*) por lo que hace a temas como la causalidad individual o las pruebas a ofrecerse en el proceso. Sin embargo, la necesidad de proponer incidentes de liquidación en forma individual desvirtúa el sentido progresista que tienen estos procedimientos para abrir el acceso a la justicia porque una vez finalizada la primera acción es necesario promover una nueva de carácter accesoria para poder ejecutar la sentencia.

¹⁵⁷ Gidi, Antonio, *op.cit.* nota 150, p. 62.

Como considera Antonio Gidi, hubiera sido conveniente que en los ordenamientos brasileños y mexicanos hubieran seguido la experiencia norteamericana que ha probado la relativa sencillez que tiene el juez que conoce del expediente principal para calcular los daños individualmente causados a partir de fórmulas o métodos estadísticos, entre otros instrumentos.¹⁵⁸ No obstante, el Código del Consumidor Brasileño permite al representante ejecutar la sentencia colectiva cuando, dentro de un plazo de un año a partir que se dictó sentencia principal, solamente un número insuficiente de los miembros del grupo han ejercido acciones individuales por daños, sin embargo dicha cantidad que se desprenda de la ejecución colectiva ya no tendría como destino el integrarse al patrimonio de los afectados sino al del fondo del gobierno comúnmente utilizado en las acciones colectivas por concepto de derechos difusos.

Así las cosas, coincido con el jurista brasileño en tanto que la regla para las acciones colectivas parciales debería seguir el ejemplo norteamericano para ser considerado de excepción en las acción colectivas por daños individuales y, en consecuencia, operar como una opción en caso de que el cálculo de los daños individuales o la prueba de la causa individual (*individual causation*) no pueda ser lograda dentro del procedimiento colectivo principal.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Idem, p. 64.

¹⁵⁹ Ibidem.

C. Reforma constitucional del 29 de julio del 2010 en materia de acciones colectivas.

En respuesta a fenómenos propios de la globalización, producción en serie, surgimiento de entes privados con un enorme poder económico, social y político, consumismo, y, en general, el fenómenos social de masas, el Poder Legislativo mexicano, liderado en esta ocasión por la Cámara de Diputados, encabezó un procedimiento de reforma constitucional con el objeto de elevar a la Carta Magna la protección de aquellos derechos de naturaleza colectiva y así reconocer, desde el máximo ordenamiento del sistema jurídico, la existencia de una tercera generación de Derechos Fundamentales conocidos como derechos de solidaridad o colectivos.

En la línea de pensamiento de Luigi Ferrajoli, el Poder Legislativo, erigido en Poder Constituyente a la luz del artículo 135 de nuestra Constitución, colmó la laguna que existía en torno a las garantías secundarias -o procesales- por lo que hacía a los diversos Derechos Fundamentales de carácter colectivo que ya preveía la Constitución y así daba cumplimiento a la tarea de la ciencia jurídica señalada por Norberto Bobbio desde el año de 1950 y retomada por Luigi Ferrajoli a principios del Siglo XXI, esto es: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento.¹⁶⁰

Asimismo, la reforma constitucional buscada por la Cámara de Diputados en el año 2010 atendía al panorama del acceso a la justicia propio de la primera década del Siglo XXI y su impacto sobre los grupos sociales más débiles. En el debate generado por la Comisión de Puntos Constitucionales, el órgano legislativo pone de manifiesto las diversas legislaciones comparadas en la materia tales como las de Estados Unidos, Colombia, Brasil, Italia, entre otras y, en ese sentido, rescatan las ideas de don Mariano Otero y el Constituyente de 1847 cuando este señala que la Constitución “debe establecer las garantías individuales, y sobre bases de tal manera estables, que ninguno de los hombres que habiten en cualquier parte del territorio de la República, sin

¹⁶⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* nota 6, p. 33.

distinciones de nacionales y extranjeros, tengan que extrañar sobre este punto las mejores leyes de la tierra”.

En el mismo tenor, la referida Comisión recordó la lucha encabezada por don Manuel Crescencio Rejón y el propio Otero en la década iniciada en 1840 donde ambos juristas tuvieron la titánica tarea de no solo sugerir, sino por el contrario, legislativamente desarrollar una acción procesal constitucional que permitiera la defensa de los derechos de corte constitucional¹⁶¹ siempre a la luz de lo que denominaban “derechos individuales” en virtud de la época política y social que vivían donde el movimiento liberal sobre el conservador había obsesionado al país y por consiguiente el ser humano en lo individual era el sujeto objeto de la protección del naciente instrumento.

Es preciso hacer mención a la adelantada concepción que de las garantías primarias y secundarias así como del Derecho Procesal Constitucional, en general, tenía don Mariano Otero al señalar al señalar : “...propongo que la Constitución fije los derechos individuales **y asegure su inviolabilidad**, dejando a una ley posterior pero general y de carácter muy elevado el detallarlos. En la Constitución sólo propongo que se enuncie el principio general que declare su inviolabilidad y se fije el único caso en que pueden suspenderse las garantías.”¹⁶²

En consecuencia y para asegurar la inviolabilidad de los derechos de carácter individual que constituían la totalidad del catálogo dispositivo en la materia fue que nace, en el ámbito federal¹⁶³, el estandarte de nuestro Derecho Procesal Constitucional, esto es, el juicio de Amparo en el Acta Constitutiva y

¹⁶¹ Cabe destacar la omisión que hizo el órgano legislativo respecto a la intención, por parte de Don Manuel Crescencio Rejón, de adoptar el modelo americano del *judicial review* en la Constitución del Estado de Yucatán del 16 de mayo de 1841 siguiendo así las ideas divulgadas por Alexis de Tocqueville en “La democracia en América” pretendiendo implantar de esta forma un control difuso de la constitucionalidad pero sin dejar de lado la figura del juicio de amparo como medio directo o concentrado para regular la constitucionalidad de la ley y de los demás actos de autoridad.

¹⁶² Fix Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina”, 2ª Ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, p. 67.

¹⁶³ No debe pasar inadvertido que el primer ordenamiento mexicano donde se introdujo el juicio de Amparo fue la Constitución de Yucatán del 16 de mayo de 1841 impulsada por el notable jurista Manuel Crescencio Rejón.

de Reformas de 1847 que rompe con la Siete Leyes impulsadas por Antonio López de Santa Anna y restablece el federalismo en México al reivindicar la Constitución de 1824.

En este orden de ideas, teniendo presente por un lado los cambios sociales y la nueva constitución del de la dinámica global a la luz de las ideas del maestro Cappelletti así como las limitaciones que suponía el concepto de interés jurídico, derecho subjetivo y agravio personal y directo comprendidos en la Ley de Amparo como único instrumento para tutelar los Derechos Fundamentales (es preciso tener presente que la reforma constitucional en materia de acciones colectivas en prácticamente un año anterior a la reforma constitucional en materia del juicio de amparo de 6 de junio de 2011 que amplía la esfera jurídica del individuo a los agravios que pueda sufrir por parte de las autoridades mediante el concepto de interés legítimo) el Congreso de la Unión creó, de forma concatenada con la reforma legal que ordena la reforma constitucional, un nuevo medio de control de constitucionalidad entendido en la lógica de Luigi Ferrajoli como una garantía secundaria mediante la cual, los tribunales federales, al igual que sucede con los juicios de amparo, conocerán y resolverán sobre las violaciones de ciertos Derechos Fundamentales de carácter colectivo, en específico, derechos de consumidores de bienes o servicios público o privados así como del derecho al medio ambiente contemplado en nuestra Carta Magna mediante los artículos 28 y 4º respectivamente.

La nueva configuración del reformado artículo 17 constitucional en cuestión señala lo siguiente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

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.

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 apisionado por deudas de carácter puramente civil.

Será más de uno quién no considere al tercer párrafo del citado artículo 17 constitucional como un medio de control constitucional, o bien, un medio de justicia constitucional en sentido amplio celosamente reservado durante la evolución de nuestro Derecho Procesal Constitucional primordialmente al juicio de amparo, secundariamente al juicio político, a la facultad investigadora de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el juicio de revisión constitucional electoral, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, las controversias constitucionales y, a partir de las trascendentales reformas constitucionales de diciembre de 1994 que dieron raíz a la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y erigieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, también a las acciones de inconstitucionalidad.

El insigne jurista mexicano Héctor Fix Zamudio, al hablar del juicio de amparo y su evolución en nuestro ordenamiento jurídico, ha criticado la desvirtualización que dicho instrumento ha sufrido desde sus orígenes en la Constitución de Yucatán de 1841 y su consolidación en la Constitución Federal de 1857 como instrumento o garantía de los derechos constitucionales contra los actos de autoridad a ser un instrumento orientado al control de la legalidad¹⁶⁴, situación que ha generado que la justicia constitucional se centralice en dicho instrumento al extremo de hipertrofiar la institución misma constituyéndola realmente en una “federación de instrumentos procesales” (como medio para la tutela de la libertad personal, para combatir leyes inconstitucionales, como medio de impugnación de sentencias, para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, para proteger los derechos sociales de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria).¹⁶⁵

Ahora bien, si entendemos, bajo la lógica del Dr. Fix Zamudio, que los medios de control constitucional de forma genérica **comprenden todo tipo de instrumentos jurídicos y procesales que se utilizan para lograr la efectividad de la norma constitucional, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales** Así también señala el jurista mexicano que la defensa de la Constitución no debe considerarse desde un punto de vista estático sino mediante la armonización de la Constitución formal (fruto de la guerra de independencia norteamericana así como de la Revolución francesa) y

¹⁶⁴ La transición del juicio de amparo como medio de control constitucional a un instrumento de control de legalidad surge de una inexacta interpretación del artículo 14 de la Constitución de 1857 alentado por juristas quienes, desconfiados de los tribunales locales, buscaron que los tribunales de la Federación conocieran de sus causas ordinarias, situación que tuvo tanto éxito entre los abogados postulantes favorecidos por esta posibilidad que alentó a una implícita declaración de inconstitucionalidad del artículo 8º de la segunda Ley de Amparo de 1869 que prohibía la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales e incluso dicha situación fue respetada por el Congreso Constituyente de Querétaro al reconocer, en el artículo 14 de la Constitución de 1917, la costumbre de los ciudadanos para poder ejercer la acción de amparo a un cuando proviniera de causas ordinarias.

¹⁶⁵ Fix Zamudio, Héctor, “*Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001, p. 186.

la Constitución material (representada por el pensamiento de Carl Schmitt¹⁶⁶) máxime en una época de cambios acelerados y constantes donde la apreciación formal del máximo ordenamiento no sólo tiene por objeto el mantenimiento de las normas fundamentales sino también su evolución y compenetración con la realidad política¹⁶⁷, entonces no existe motivo alguno para no considerar que el tercer párrafo del artículo 17 constitucional, de manera conjunta con el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, no constituyen un medio específico de garantía (secundaria) constitucional dirigido a la reintegración del orden constitucional cuando los derechos de los consumidores, o bien, el derecho de los mexicanos al medio ambiente ha sido desconocidos o violados tanto por los poderes públicos como por los entes privados.

Es de explorado Derecho que el sistema de control de la constitucionalidad en nuestro país es de aquellos denominados mixto, donde, por una parte, existe el control concentrado¹⁶⁸ por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que de manera privativa y con efectos generales (salvo en los amparos en revisión que no obstante generen jurisprudencia por reiteración, en virtud de la inconstitucionalidad de una norma general, versen sobre materia tributaria) deciden sobre la conformidad o contradicción¹⁶⁹ de los normas generales con la Carta Magna. Así también, a partir de la inserción en el ordenamiento mexicano de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, se introdujo a nuestro sistema jurídico un control difuso de convencionalidad o constitucionalidad¹⁷⁰ caracterizado por el *judicial review* norteamericano.¹⁷¹

¹⁶⁶ Cabe recordar el pensamiento abstracto proveniente de la realidad jurídica planteado por Schmitt cuando sostuvo "...el Estado no tiene Constitución, es Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente."

¹⁶⁷ *Idem*, nota 160. p. 258

¹⁶⁸ Descrito por Piero Calamandrei como "autónomo principal y general".

¹⁶⁹ Resulta aplicable recordar lo expuesto por Hans Kelsen, creador de los tribunales constitucionales y el sistema concentrado de constitucionalidad, quién consideraba que un verdadero órgano de dicha naturaleza es aquél que actúa como legislador negativo, es decir, inaplica determinadas normas que contravienen la *lex superior*.

¹⁷⁰ Existe un debate académico entre juristas como el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor que consideran que los efectos de esta sentencia en correlación con la reforma al artículo primero de la Constitución es un control de convencionalidad donde el juzgador nacional aplica de forma directa las disposiciones constitucionales así como los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, el bloque de convencionalidad, por su parte, juristas

En esta línea de pensamiento, considero que aunado a los instrumentos medios de control de la constitucionalidad reconocidos clásicamente, el artículo 17 constitucional creó un nuevo medio de protección de los Derechos Fundamentales de carácter especial (en cuanto a su procedimiento) y específico (en cuanto a los Derechos Fundamentales objeto de la tutela) que transita a una protección *prima facie* de estos en la vía ordinaria que a su vez se constituye como una “segunda vía de protección”¹⁷² que no reemplaza al juicio de amparo siguiendo la innovación generada por el artículo 53.2 de la Constitución Española de 1978 que al respecto indica:

Constitución Española

De las garantías de las libertades y derechos fundamentales

Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a.

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1a. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo

como el Dr. Héctor Fix Zamudio consideran que se trata de un control de constitucionalidad en sentido amplio toda vez que a partir de la incorporación de los Tratados en nuestro sistema jurídico en el mismo nivel que la Constitución debe considerarse como derechos que forman parte de la Constitución, esto es, derecho interno de fuente internacional y por ende la aplicación de los tratados internacionales en materia de Derecho Humanos es de carácter indirecto.

¹⁷¹ Calamandrei consideró que el sistema del *judicial review* constituye un “control judicial incidental y especial”.

¹⁷² Mijangos y González, Javier, “*Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*”, México, Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, p. 39.

con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Ahora bien, el propio Dr. Héctor Fix Zamudio ha señalado que **la jurisdicción ordinaria ha desarrollado en nuestro país parte importante de la “jurisdicción constitucional mexicana”¹⁷³ toda vez que el juicio de amparo al ser de exclusivo planteamiento antes los juzgados federales genera que estos posean un doble carácter: el de jueces ordinarios en materia federal, y extraordinario de naturaleza constitucional por lo que se refiere al propio amparo¹⁷⁴**, por lo que en este sentido las reformas constitucionales y legales en materia de acciones colectivas no constituirían el primer procesos por vía de acción que se plantea ante los tribunales ordinarios y que “tiene por objeto el examen de las posibles violaciones de los derechos fundamentales, de acuerdo con su definición constitucional, y no la resolución de problemas de estricta legalidad, que han de seguir el cauce de los procesos ordinarios”¹⁷⁵ sino que habría de sumarse a la jurisdicción constitucional mexicana en sede federal ordinaria que ha establecido el juicio de amparo. Inclusive, en la lógica de lo expuesto por Fix Zamudio, la acción colectiva también juega un doble papel en el sistema jurídico nacional: el de juicio ordinario en materia de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos (daños y perjuicios) de acuerdo al artículo 1934 Bis. del Código Civil Federal y como juicio extraordinario de naturaleza constitucional por lo que se refiere al artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que un asunto con las mencionadas características será, **en principio**, un problema propio del derecho privado y, al mismo tiempo, de la jurisdicción ordinaria sin embargo, al evidenciarse determinadas situaciones específicas con un vínculo

¹⁷³ Fix Zamudio, Hector, *op. cit.* p. 38.

¹⁷⁴ *Ibidem*

¹⁷⁵ Bilbao, Ubillos, J.M., “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 44.

iusfundamental, el mismo asunto resulta constitucionalmente relevante¹⁷⁶ y por ende abandona su naturaleza ordinaria.

De igual forma, el Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Jean Claude Tron Petit, también considera que los derechos colectivos comprenden derechos fundamentales de segunda y tercera generación y, en este sentido, señala que entre las acciones colectivas y las garantías constitucionales implican obligaciones o límites a cargo de autoridades o particulares y por ende existe una “proximidad esencial”¹⁷⁷ entre ambos conceptos la cual yo calificaría incluso como total que desemboca en la subsunción de este dentro del género de las garantías constitucionales.

En el mismo tenor, Tron Petit rescata las ideas de Luis María Díez Picazo sobre las garantías constitucionales donde dicho autor señala que estas “hacen referencia al conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos fundamentales...abarcando tanto procedimientos de distinta índole como requisitos sustantivos, cuyo rasgo común es precisamente estar dirigidos a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales.”¹⁷⁸

A la luz de lo mencionado anteriormente cabe destacar que los bienes jurídicos tutelados por las acciones colectivas a través del Código Federal de Procedimientos Civiles son de corte constitucional, al versar sobre “materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.” En este tenor, no resulta difícil abstraer de los cuerpos constitucionales y convencionales la previsión de los mencionados derechos cuya protección específica ha recaído en el código civil adjetivo de carácter federal:

¹⁷⁶ Calderón Villegas, Juan Jacobo, *“La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia”*, Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Ed. Uniandes, Ed. Temis, 2011, p. 13.

¹⁷⁷ Tron Petit, Jean Claude, *“Qué hay de las acciones colectivas”* en Revueltas Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coord.) *Acciones Colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, México, Ed. Porrúa, Asociación de Jueces y Magistrados de Distrito del Poder Judicial de la Federación, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2012, p. XIII.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

Por lo que hace al medio ambiente, nuestra Constitución vigente establece:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 4º.
(...)

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Por su parte, al marco convencional en materia de derecho al medio ambiente sano, de manera enunciativa podrían citarse la Convención Marco de las Naciones Unidas (Nueva York, 1992), la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 1991), Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (Ciudad de México, Londres, Moscú, Washington, 1973) o el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 1985), entre muchos otros¹⁷⁹ por lo que no cabe duda que dicho Derecho Fundamental es reconocido por nuestro ordenamiento en su doble dimensión, tanto constitucional como convencional y consecuentemente debe considerarse como una expectativa positiva proveniente de la *lex superior*.

Ahora bien, el derecho en materia de relaciones de consumo (como lo llama el Código Federal de Procedimientos Civiles) tiene fundamento constitucional en el artículo 28 de nuestra Carta Magna que a la letra dispone lo siguiente:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

¹⁷⁹ Cabe destacar que, de acuerdo a la Secretaría de Relaciones Exteriores, México contaba en el año 2003 con 77 Tratados Internacionales celebrados con diversos países y organismos internacionales en la materia. Véase <http://tratados.sre.gob.mx/>

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

(...)

Resulta relevante considerar que la postura adoptada por los integrantes del Poder Constituyente al momento de discutir la reforma en comento era la integración al ordenamiento nacional de un medio de tutela de los derechos humanos o fundamentales mediante la garantía que constituye las acciones colectivas. El diputado de la LXI Legislatura, Jaime Fernando Cárdenas Gracia así lo manifestó: “Nuestro compromiso democrático nos obliga a ampliar la protección de esta figura al mayor número de derechos o a todos los derechos fundamentales.”

En materia de tratados internacionales sobre derechos del consumidor, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, o bien, las

Directrices para la Protección del Consumidor de la Organización de las Naciones Unidas por lo que, así como sucede con el derecho al medio ambiente sano, estamos frente a expectativas positivas y negativas que se deben entender, en términos del pensamiento de Rudolph Von Ihering, como “fuerza vinculante bilateral de la norma suprema” concepto que es a su vez la premisa fundamental del Estado Constitucional de Derecho.

Ya lo adelantaba el Dr. Héctor Fix Zamudio al señalar que únicamente resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y proyección hacia el futuro y hacía hincapié, en la misma obra, que en materia de derechos difusos y colectivos aun no se encontraban instrumentos eficaces para su tutela¹⁸⁰ por lo que debe celebrarse la reforma constitucional del 29 de julio de 2010 al artículo 17 constitucional de manera conjunta con su regulación secundaria entendidos como la satisfacción de una laguna que existía en el ordenamiento jurídico mexicano y hacía imposible la consolidación de los derechos de tercera generación transitando hacia la idea de que en las Constituciones contemporáneas deben existir tantas garantías (primarias y secundarias) como existan derechos fundamentales por lo que es una consecuencia inminente que el abanico de medios de control de la constitucionalidad (sobretudo aquellos comprendidos en la jurisdicción constitucional de la libertad y la jurisdicción constitucional trasnacional) habrá de ampliarse para así satisfacer las nuevas tareas de la ciencia jurídica contemporánea.

En palabras de Luigi Ferrajoli “ Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en ella; análisis de las antinomias y lagunas, elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.”

¹⁸⁰ Fix Zamudio, Héctor, op.cit. nota 160, p.142.

D. Reformas legales en materia de acciones colectivas del 8 de septiembre de 2011

1. Código Federal de Procedimientos Civiles

En parcial cumplimiento a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio de la reforma constitucional en materia de acciones colectivas del 29 de julio de 2010, el día 8 de septiembre de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación la reformas legales o secundarias que dotan de contenido al mandato constitucional previsto en el artículo 17 de la Carta Magna.

En el mencionado paquete de reformas legales, sin duda el cuerpo normativo que sufrió más cambios fue el Código Federal de Procedimientos Civiles al cual se le adicionó un nuevo Libro denominado “De las acciones colectivas”.

En virtud de la especial e innovadora naturaleza de los juicios de carácter colectivo no resulta una sorpresa el hecho de que este tipo de acciones hubieran tenido que ser reguladas fuera de las disposiciones adjetivas generales y especiales del mencionado código ya que aquello denominado especial hasta la entrada en vigor de las acciones colectivas lo era en un paradigma de litigio individualista que esta figura vino a romper.

Las acciones colectivas reguladas bajo el Código Federal de Procedimientos Civiles unificaron los primeros e imperfectos esfuerzos por regular de cierta forma los derechos de naturaleza colectiva que se encontraban regulados en la Ley Federal de Protección al Consumidor así como en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, mismos que relegaban la totalidad de la carga procesal a las procuradurías especializadas en la materia y consecuentemente generaban un monopolio en el ejercicio de la acción por parte del Estado que probó ser contraproducente para la tutela de los derechos en cuestión.

En este sentido, el nuevo Libro Quinto del código civil adjetivo federal derogó las denominadas “denuncias populares” y “acciones de grupo” previstas en los mencionados ordenamientos ecológicos y de protección al consumidor para, de esta manera, concentrar en un mismo instrumento la tutela de los derechos difusos y colectivos. En palabras del Ministro José Ramón Cossío Díaz, “el Estado tiene que promover la participación al medio de solución de conflictos que define su calidad de moderno” y, en este sentido, la referida reforma posibilitó que aquellos individuos que tienen derechos en común se agrupen para que los hagan valer de forma conjunta ante los tribunales y por ende se generalice el estatus de quienes están o deben estar en una situación semejante facilitando de igual forma el acceso a la justicia.¹⁸¹

Las ideas del Ministro Cossío se ven nutridas por la postura que sobre el tema adopta el jurista norteamericano Owen Fiss cuando este señala la interrelación de los propósitos públicos y privados de las demandas colectivas. A partir de la generalización del estatus de aquellos en una misma situación a la que se refiere Cossío Díaz, el catedrático de Yale señala que se contribuye al interés público toda vez que la persecución de “razones privadas” contribuye al interés público en razón de la clase de derechos que generalmente se tutelan a través de estas acciones.¹⁸²

Inclusive, en la línea de pensamiento de Fiss, la acción colectiva por sí sola cumple una función social al eliminar el desincentivo de carácter económico que generalmente acompaña a las violaciones de derechos colectivos toda vez dichas violaciones, distribuidas entre todos los afectados, no reflejan una expectativa económica, que en términos de costo-beneficio, haga viable el litigio y la restitución del orden constitucional sino que por el contrario generan una fragilidad y deficiencia en relación al acceso a la justicia que conlleva a la prevalencia de la afectación del bien constitucional tutelado y por ende de la injusticia en sentido amplio.

¹⁸¹ Cossío D., José Ramón, (2011, 19 de abril). Acciones Colectivas y funciones del Estado. El Universal.

¹⁸² Fiss, Owen, “*The law as it could be*”, Estados Unidos de América, New York University Press, 2003, p. 124.

En este contexto, resulta preciso recordar las palabras del insigne jurista alemán Rudolph Von Ihering quién consideró que resistir cualquier injusticia en oposición a luchar por el derecho constituye la negación misma de este concepto: “Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral: es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general.”.¹⁸³ Las acciones colectivas permiten que todos aquellos en una situación económica que no les permite soportar los costos que supone un proceso individual se unan y afronten el litigio de forma tal que dichas erogaciones se diluyan entre la colectividad y en este sentido prevalezca el Estado Constitucional de Derecho y la lucha por el mismo.

Ante la redacción del novedoso Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles surgen un sinnúmero de elementos dignos de ser estudiados, algunos de los cuales habré de atender en el presente capítulo, sin embargo salta a la vista la limitación que el presente proceso estableció por lo que hace a las materias objeto de tutela mediante las acciones colectivas y que contrasta con la disposición constitucional que le dio vida a la normatividad comentada.

En este sentido, el artículo 578 del código civil adjetivo en materia federal señala:

Código Federal de Procedimientos Civiles

ARTICULO 578.- La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

De la simple lectura que se hace del artículo se desprende que el ámbito de aplicación de las acciones colectivas atiende de manera exclusiva a la

¹⁸³ Von Ihering, Rudolph, “*La lucha por el Derecho*”, Argentina, Editorial Araujo, 1939, p. 71.

protección de los derechos en materia de consumo así como del derecho al medio ambiente.

No obstante, considerando que la regulación en materia de acciones colectivas supone la legislación reglamentaria del artículo 17 constitucional a partir de la correspondiente reforma constitucional misma que únicamente establece que “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” y que el artículo transitorio que se desprendió de la mencionada reforma constitucional únicamente ordenó al Congreso de la Unión la elaboración de las adecuaciones legislativas dentro del plazo de un año a partir del inicio de la vigencia del Decreto, es posible cuestionar, *prima facie*, si el legislador incumplió con el mandato constitucional al limitar el ámbito de aplicación de las acciones colectivas.

Ante esta situación es necesario determinar si la frase “sólo podrán promoverse ” introducida en el citado artículo 578 actúa como “camisa de fuerza” que restringe *ad perpetuam* las materias objeto de las acciones colectivas o bien si a través de una labor garantista por parte de los jueces competentes de acuerdo a la denominada “interpretación conforme” es posible lograr un desarrollo jurisprudencial que amplíe la procedencia de la figura a todos los derechos colectivos y atienda al principio *ubi ius ibi remedium*¹⁸⁴ que ha sido reiteradamente desconocido por nuestros legisladores.

En primer lugar, es necesario hacer la precisión de que la institución de las acciones colectivas, por si misma, no supone una acción estructurada únicamente para la tutela de los derechos propios de consumidores y medio ambiente como lo es la implementación mexicana sino que, en la mayoría de los países donde está figura se ha implementado, únicamente se requiere la satisfacción de aquellos supuestos de procedencia (mismos que no se ocupan

¹⁸⁴ Donde hay derecho hay acción, expresión comúnmente utilizada en el Derecho Anglosajón bajo la frase: *where there is no remedy there is no right*.

de la materia sino de los factores de hecho y/o derecho que vinculan a la colectividad), o bien, se amplía el número de materias para que opere la maquinaria procesal. En este sentido basta observar la legislación que sobre la materia existe en Estados Unidos de América (Rule 23), Canadá (Ley de procedimientos Colectivos de Ontario, Ley de procedimientos colectivos de British Columbia), Singapur, Escocia, Holanda (Código Civil Holandés), Israel (Regal 29 de las Reglas de Procedimiento Civil), España (Ley de Enjuiciamiento Civil), Turquía, Rusia (Código Civil Ruso), entre otros. Asimismo, en un plano teórico, las acciones colectivas tampoco se han configurado como instrumentos específicos de tutela sino como una “acción promovida por un representante (legitimidad colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo”¹⁸⁵.

Ahora bien, el Poder Constituyente, al analizar y dictaminar la reforma constitucional que introdujo a las acciones colectivas, no se refirió de manera exclusiva a la necesidad de implementar mecanismos de tutela para los derechos de consumidores y del medio ambiente sino a la necesidad de adecuar el sistema jurídico mexicano para hacer frente a derechos propios de nuestra época, es decir, los derechos colectivos en sentido amplio. En este sentido, dichos derechos son entendidos, de manera cuasi uniforme en las legislaciones comparadas, como aquellos cuyo objeto solamente pueden ser disfrutado por una colectividad; es decir, es un derecho cuyo sujeto no es el individuo, sino un ente colectivo: un pueblo, una nación, una minoría étnica, una comunidad y en este sentido pueden agregarse al catálogo de los derechos colectivos aquellos de las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas así como el derecho de los pueblos a la libre determinación, la autonomía y la preservación de su particularidad cultural.

Tomando en consideración estos dos antecedentes vale la pena realizar una revisión de la teoría de la interpretación constitucional para determinar el alcance del mandato estipulado por el Poder Constituyente al ordenar al

¹⁸⁵ Gidi, Antonio, *op.cit.* nota 136, p. 15.

Congreso de la Unión la expedición de aquellas leyes que regularan las acciones colectivas. Sobre el particular cabe resaltar que existen pocos teóricos del Derechos que hayan abordado este tema de forma tan completa y a su vez detallada como el jurista italiano Riccardo Guastini quién ha dedicado gran parte de su obra a la exposición de las distintas teorías y sistemas que caracterizan la interpretación del ordenamiento superior de los Estados.

Guastini identifica, dentro del pensamiento jurídico moderno relativo a la interpretación, tres oposiciones doctrinales principales: la oposición entre una ideología “estática” y una ideología “dinámica”, la oposición entre una doctrina “universalista” y una doctrina “particularista” y, finalmente, la oposición entre una actitud de *judicial restraint* y una actitud de *judicial activism*.¹⁸⁶

Puede considerarse que las tensiones derivadas de los mencionados encuentros teóricos son en realidad disputas ideológicas entre aquellos intérpretes conservadores que buscan privilegiar el sentido originario de las constituciones como lo era en la época de su promulgación, es decir, la intención de los “*framers*” o Padres Fundadores. Por su parte, esta visión contrasta con aquella de carácter liberal que promueven los intérpretes progresistas quienes buscan darle un sentido dinámico a la Constitución con la intención de adecuarla a las necesidades sociales, económicas, políticas, etc.¹⁸⁷ En esta lógica, podría entenderse que aquello en lo que ambas corrientes ideológicas estén de acuerdo, o bien no genere un punto de tensión, constituye una plenitud constitucional donde el operador puede de manera relativamente sencilla dar luz al significado de las disposiciones constitucionales a través de ciertos valores a realizar.

Ahora bien, cuando el Constituyente instruyó al Congreso de la Unión para expedir las leyes que regularan las acciones colectivas mismas que habrían de determinar las materias de aplicación, considero que la interpretación que hizo el legislador (como operador primario del mandato

¹⁸⁶ Guastini, Ricardo, “*Teoría e ideología de la interpretación constitucional*”, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Minima Trotta, 2008, p. 59.

¹⁸⁷ *Idem*, pp. 60 y 61.

constitucional) fue llevada a cabo de manera injustificadamente restrictiva toda vez que, como he hecho mención anteriormente, la voluntad o intención del constituyente al elaborar la reforma en comento no era otra que “agrupar a todas aquellas personas cuyos derechos han sido vulnerados y se permite su organización para lograr la adecuada defensa y protección de los derechos” pues solo así consideraron la Cámara de Diputados, “estaremos ante una verdadera posibilidad de justiciabilidad de los derechos de los individuos en dicho carácter y como miembros de una colectividad”¹⁸⁸.

En la lógica de Guastini, considero que el legislador secundario debió de haber atendido a la interpretación denominada de la “intención de los constituyentes”¹⁸⁹ sobre aquella denominada “restrictiva”¹⁹⁰ pues de esta forma habría permeado a la legislación ordinaria los principios y valores que el Constituyente quiso dotar a la sociedad contemporánea.

La referida interpretación que derivó en el artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles materialmente desconoce los derechos de las minorías culturales, raciales, sexuales, nacionales, étnicas, etc., así como el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos al desproveerlas de la posibilidad de acceder a un recurso efectivo para proteger sus Derechos Fundamentales de carácter colectivo y desconocer su carácter de solidaridad por el simple hecho de que “pertenecen a una cierta comunidad”¹⁹¹.

En este mismo sentido, los legisladores faltaron a su compromiso con la sociedad pluralista que domina a nuestro país al no dotarlas de las “condiciones de posibilidad” para llevar a cabo sus particulares planes de vida dentro de los cuales ocupa, en un plano primario, la posibilidad de proteger y hacer valer sus derechos de forma efectiva. “La asunción del pluralismo en una Constitución de socráticas es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de las posibilidades y no un

¹⁸⁸ Diario de Debates Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, <http://cronica.diputados.gob.mx/>

¹⁸⁹ Guastini, Ricardo, *op.cit.* nota 178, p. 69.

¹⁹⁰ *Idem.* p. 70.

¹⁹¹ Carbonell, Miguel, “*La Constitución en serio, Multiculturalismo, Igualdad y Derechos Sociales*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2012.

proyecto rígidamente ordenado”.¹⁹² La ductilidad de la Constitución debe ser respetada por el legislador secundario bajo el principio de que “donde la ley (Constitución en este caso) no distingue, el intérprete (en este caso el legislador como operador primario del significado de la Constitución) no debe hacerlo.

Ante este escenario, consideró que será a través del compromiso de los jueces federales con el paradigma garantista y a través del *judicial activism* e interpretación conforme que estos desarrollen que la “camisa de fuerza” que actualmente restringe la figura de acciones colectivas en nuestro país podrá ser superada mediante un desarrollo jurisprudencial que dote de contenido y fuerza jurídica a las normas constitucionales dentro de una “laboriosa construcción de las pautas fundamentales sobre las cuales se sustenta la comunidad política”. No obstante, para capitalizar este cambio será necesario, en primer lugar, la existencia de tales jueces comprometidos con el marco neoconstitucionalista y en segundo plano el paso del tiempo que, poco a poco, logre abrir la brecha jurisprudencial en la pared que ha supuesto el artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En este sentido, Eduardo García de Enterría al explicar la obligación de todo operador público, operador privado, tribunal, órgano legislativo o administrativo de interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución y referirse a las premisas que en este sentido subsisten respecto de la labor interpretativa en Estados Unidos “*in harmony with the Constitution*” así como en Alemania “*die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*”, señala que en ambos casos, como prácticamente en todos los países con justicia constitucional “el principio (de la interpretación conforme) es de formulación jurisprudencial”.¹⁹³

Como ejemplo y atendiendo al bloque de convencionalidad y a la redacción del artículo 1º constitucional puede invocarse el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en

¹⁹² Zagrebelsky, Gustavo, *op.cit.* nota 27, p. 14

¹⁹³ García de Enterría, Eduardo, “*La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*”, España, Ed. Civitas, 2006, p. 101.

Países Independientes donde México reconoce y se compromete a tutelar un sinnúmero de derechos de naturaleza colectiva que no se encuentran previstos en el código comentado lo que se antoja suficiente por si mismo para que un juez con conocimientos del nuevo paradigma en materia de Derechos Humanos atienda a una interpretación conforme y esta permita la introducción de los derechos en cuestión.

En la experiencia jurisdiccional mexicana es posible rescatar ciertos notables ejemplos de nuestra judicatura donde, a través de tomar los derechos en serio, los tribunales han logrado materializar criterios y resoluciones que rompen con los paradigmas clásicos de Derecho Público tal como el criterio sustentado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuyo magistrado ponente fue el Dr. José de Jesús Orozco Henríquez, donde mediante sentencia de 14 de septiembre de 2005, que le recayó al expediente SUP-JRC-175-2005, dicho Tribunal se pronunció respecto de la obligación de los particulares a respetar el "tráfico jurídico privado"; es decir, se hace referencia no a aquellos casos de relaciones verticales entre el Estado y un ciudadano, o bien, en los que las personas o empresas privadas están investidas de competencias públicas que desempeñan frente a otros particulares y son sujetos en situación de predominio y aptitud de violar Derechos Fundamentales, sino a la relación entre dos derechohabientes o titulares de Derechos Fundamentales los principios y normas que establece la Constitución:

"De esta manera, puede apreciarse cómo desde dichos tratados internacionales se extiende a los grupos o individuos particulares la obligación de respetar los Derechos Fundamentales, la cual originalmente pesa sobre los Estados parte. Esto es, el disfrute o limitación en el ejercicio de los Derechos Fundamentales y su eficacia, no puede hacerse depender de las actividades o actos que lleven a cabo o pretendan efectuar los particulares, como ciertamente se destaca por la doctrina alemana de "la eficacia de los Derechos Fundamentales en, lo que se ha llamado como dirttwirkung, por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y al cual se ha referido, entre otros, Robert Alexy (Teoría de los Derechos Fundamentales) , trad. Ernesto

Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 506 a 524).¹⁹⁴

Otro aspecto de gran trascendencia que presenta la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles en materia de acciones colectivas-entendida como un medio de control constitucional- es la oponibilidad de dicho instrumento toda vez que de manera expresa el antes citado artículo 578 del Código Federal de Procedimientos civiles dispone que dicho mecanismo “sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente”.

Como es sabido, la regulación civil se ha entendido, desde sus antecedentes en el Derecho Romano, como el derecho de las personas cuyo contenido tiende a regular las situaciones jurídicas *inter-privatos* y si bien es cierto que nuestro Código de 1928 dedica su Título Segundo a las personas morales dentro de las cuales se encuentra el Estado como tal, también lo es que la aplicación de las disposiciones civiles no siempre se llevan a cabo de forma directa respecto de las personas morales que integran la maquinaria estatal (personas morales de Derecho Público) sino que, por el contrario, los órganos públicos generalmente cuentan con ordenamientos administrativos que regulan su interacción con los demás órganos así como con los ciudadanos. En este entendido no resulta extraño que el ejercicio de las acciones reguladas en los códigos procesales estén destinados a los particulares sin embargo, si nuevamente consideramos a esta acción como un medio de control de la constitucionalidad de carácter especial (por sus normas procesales) y específico (en relación con los Derechos Fundamentales que tutela) sobre los derechos al medio ambiente así como aquellos propios de los consumidores en sede ordinaria, es posible apreciar como la tutela judicial de los Derechos Fundamentales, siguiendo la doctrina contemporánea así como los más novedosos criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales, se

¹⁹⁴ Juicio de Revisión Constitucional Electoral. Expediente: SUP-JRC-175/2005, Colalición “Alianza por Nayarit” vs Segunda Sala del Tribunal Electoral del Estado de Nayarita, Tercero Interesado: Partido Revolucionario Institucional
[http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nSentencias/nSuperior/nSENSUP2005/jrc/sup-jrc-0175-2005.htm?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nSentencias/nSuperior/nSENSUP2005/jrc/sup-jrc-0175-2005.htm?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

empieza a abrir respecto de los sujetos de Derecho Privado en oposición a la exclusiva oponibilidad de dicha tutela que únicamente operaba respecto de órganos públicos como consecuencia de la experiencia que siempre había dominado en nuestra tradición jurídica por estar así expresado en la Ley de Amparo.¹⁹⁵

El reconocimiento de la eficacia *erga omnes* de los Derechos Fundamentales y por consecuencia su oponibilidad frente a los sujetos particulares tiene su origen en la concepción de la Constitución como *lex superior*¹⁹⁶ y, a partir de esta idea, la supeditación de dicha eficacia a los medios de protección de los que la Constitución goza en caso de violación. A partir de esta concepción del Derecho y reconociendo que en la sociedad neocapitalista la igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos al grado que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha supuesto la existencia de la incidencia de los Derechos Fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones particulares¹⁹⁷, es que en diversos países se instauró un nuevo sistema de garantías jurisdiccionales *inter privatos* que no necesariamente se actualizaban *prima facie* en los tribunales constitucionales sino a través de la jurisdicción ordinaria.

En un modelo que como he mencionado encuentra su antecedente en el artículo 53.2 de la Constitución Española¹⁹⁸, el legislador mexicano instauró en

¹⁹⁵ Se hace mención a la Ley de Amparo no por ser el único instrumento del control de la constitucionalidad previsto en nuestro sistema jurídico sino por ser aquel donde se concentraba la mayor cantidad de tipos de tutela constitucional (como amparo de libertad o *habeas corpus*, como amparo de casación o legalidad, como instrumento para proteger los intereses agrarios o amparo social, como amparo contra leyes y como amparo contra los actos de la administración que afectan los derechos humanos de los individuos) aunado al papel protagónico que ocupa dicho juicio al extremo de generar la configuración del sistema judicial mexicano a partir del mismo.

¹⁹⁶ Pérez Luño, A.E. "Los derechos fundamentales", Tecnos, Madrid, 1998, p. 22-23.

¹⁹⁸ El artículo 53.2 de la Constitución Española instaura un procedimiento reforzado para la tutela de los Derechos Fundamentales contenidos en los numerales 14 a 29 de dicha

la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial (en cuanto a las reglas procesales) y específico (en cuanto a los derechos tutelados) para la protección jurisdiccional de los derechos de carácter colectivo bajo la idea, también inspirada del sistema español, de que “cuando son aplicables y, por tanto, defendibles por los Tribunales ordinarios, son los derechos fundamentales los que más vigorosa o más directamente hacen de la Constitución una norma jurídica.”¹⁹⁹

Tanto el citado artículo 53.2 de la Constitución Española como el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dejan en manos del legislador ordinario la implementación de procedimientos también ordinarios que “tienen por objeto el examen de las posibles violaciones de los derechos fundamentales, de acuerdo con su definición constitucional, y no la resolución de problemas de estricta legalidad, que han de seguir el cauce de los procesos ordinarios”²⁰⁰, es decir, se trata de un medio de control constitucional en vía ordinaria donde la litis de los asuntos planteados siempre será de corte constitucional. De igual forma que a raíz de la interpretación del propio artículo 53.2 de la Constitución Española el legislador de dicho país no encontró motivo para no hacer una diferenciación respecto a la calidad de los sujetos que causen la lesión objeto de la protección ordinaria de corte constitucional, en México nuestro artículo 17 constitucional tampoco hace dicha distinción y sobretodo, la incorporación de las acciones colectivas en un código procesal civil claramente dirige esta tutela de manera más clara y contundente a los sujetos particulares que a la propia autoridad y en este sentido, en seguimiento de las diversas corrientes doctrinarias contemporáneas así como la jurisprudencia nacional e internacional más reciente, se instaura lo que Luigi

Constitución ante los Tribunales ordinarios. Dicho mandato constitucional ordena que todos aquellos derechos contenidos en los mencionados artículos gocen de un procedimiento “preferente” y “sumario” con la finalidad de que la protección de los Derechos Fundamentales logre una verdadera eficacia misma que sería difícil concebir bajo los procedimientos ordinarios cuya falta de celeridad y excesiva complejidad no satisfacen la urgencia y necesidad del restablecimiento del orden constitucional.

¹⁹⁹ Péres Tremps, Pablo, “*Protección específica y protección general de los derechos fundamentales*”, Madrid, Ministerio de Justicia, 1998, p. 1784-1785.

²⁰⁰ Bilbao, Ubillos, J.M., “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 44.

Ferrajoli ha denominado como un “constitucionalismo de Derecho Privado”²⁰¹ mediante la articulación de una teoría garantista de Derecho Civil²⁰².

La configuración de las acciones colectivas como un medio de control constitucional en vía federal ordinaria que a su vez implicó el primer instrumento que recoge de manera expresa la dogmática alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* misma que supone la materialización de un cambio de paradigma que ha tenido lugar en la jurisprudencia mexicana e iberoamericana, de manera preponderante, durante el Siglo XXI donde “la relevancia en la determinación de las características del agente que ha cometido la violación de los derechos fundamentales será sustituida por una serie de planteamientos en los que el carácter de la norma violada se convierte en el centro de atención”²⁰³.

De manera breve, puede hacerse referencia al amparo en revisión 2/2000 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mismo que versó sobre una disputa entre un trabajador y el sindicato al cual éste estaba agremiado (organismo de derecho privado) donde el máximo órgano de justicia de manera titubeante señaló: “es indudable que, aún los organismos particulares como lo es un sindicato, deben respetar las garantías de individuales consagradas en la Constitución General de la República...”²⁰⁴

²⁰¹ Ferrajoli, Luigi, “*Contra los poderes salvajes del mercado: hacia un constitucionalismo de Derecho Privado*”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/160/8.pdf>

²⁰² Considero que el jurista italiano al utilizar la expresión “teoría garantista de Derecho Civil” no se refiere estrictamente a aquellas comprendidas exclusivamente dentro de la jurisdicción civil sino aquella que deriva de relaciones o del Derecho de las personas y por lo tanto puede comprender la jurisdicción laboral, penal, contencioso-administrativa y, en general, cualquier otra donde pueda mediar una violación de Derechos Fundamentales por parte de sujetos de Derechos Privado. En un símil que elabora el propio Ferrajoli, este sostiene que si el derecho penal se justifica como técnica de minimización de la violencia, tanto pública, como privada, el entero artificio jurídico se justifica, según el paradigma del Estado de Derecho, como técnica de minimización del poder público, representado por los abusos policíacos y administrativos pero así también de los poderes privados que pueden tener cabida en todos los ámbitos de la vida social y por ende esta constitucionalización del derecho privado debe abarcar de igual forma todos los ámbitos de las relaciones particulares entre particulares.

²⁰³ Mijangos y Gonzalez, Javier, “*La doctrina de la drittwirkung der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, p. 549.

²⁰⁴ Mijangos y Gonzalez, *op. cit.*, nota 168, p. 107.

Por otra parte, un juicio familiar de 1998 en el cuál uno de los cónyuges ofreció como prueba una conversación telefónica entre su esposa y una tercera persona dio como resultado que un juez de distrito, vía amparo directo, revocará la sentencia de la Sala que admitía la mencionada conversación argumentando que no era posible considerar una conversación telefónica como probanza por contravenir el artículo 16 constitucional, bien provenga de autoridades o particulares. La Suprema Corte conoció de esta sentencia vía recurso de revisión generando, mediante el estudio que dicho máximo órgano hizo del asunto, que se introdujera el concepto de ilicitud constitucional misma que no tenía antecedentes en la jurisprudencia constitucional, ni referencia alguna en la doctrina *iustfundamental* mexicana. La Suprema corte habría de explicar, en la misma sentencia, el alcance del concepto como la “omisión de los actos ordenados o la ejecución de actos prohibidos por la Constitución”.²⁰⁵ Incluso, la innovación conceptual y teorica que supuso la resolución del referido asunto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación generó tesis aisladas como la que a continuación se cita:

COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE.

El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El

²⁰⁵ *Idem*, p. 113.

párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.²⁰⁶

No obstante, la resolución de la Suprema Corte y las tesis que de ella se desprendieron no constituyeron una declaración ideológica o general a favor de la *Drittwirkung der Grundrechte*, sino la necesidad de valorar la norma constitucional en juego para determinar su grado de eficacia, en palabras de la Suprema Corte “dilucidar el sentido normativo del contenido constitucional” para identificar “si del texto constitucional se desprenden principios universales dirigidos tanto a las autoridades como a los particulares”.²⁰⁷

Por su parte, en el ámbito interamericano, el caso Blake contra Guatemala, que data del año 1998, generó el inicio de una etapa de la jurisprudencia donde la eficacia *erga homines* de los Derechos Fundamentales habrá de considerarse inherente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Dentro del presente caso, el juez brasileño A.A. Cançado emitió un voto razonado haciendo énfasis en la necesidad de romper con ciertos postulados considerados como verdades eternas e inmutables dentro de la cual se encontraba la idea de que los tratados internacionales, como normas,

²⁰⁶ [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; Pág. 428

²⁰⁷ Mijangos y Gonzalez, Javier, *op.cit.* nota 168, p. 113.

únicamente limitan la actuación de los poderes públicos y, en cambio, propone la generación de un *ordre public* internacional que traería como consecuencia la relativización del principio de autonomía de la voluntad ante las normas del *ius cogens* tales como los Derechos Fundamentales contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.²⁰⁸

La línea de pensamiento del juez Cançado será adoptada por la totalidad de los jueces interamericanos en el caso Comunidad de la Paz de San José de Apartadó contra Colombia que data del año 2002. En el paradigmático caso, la Corte señaló que ante la diversificación de las fuentes de violación de derechos humanos, el panorama regional requería “el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (la *Drittwirkung*)”²⁰⁹ con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1.1 del denominado Pacto de San José.

Finalmente, el caso más representativo de la doctrina interamericana de la *Drittwirkung* es aquel asentado en la opinión consultiva²¹⁰ 18/03 ejercitada por México donde la Corte Interamericana sostuvo que en una relación laboral (entre particulares) el principio de igualdad-al igual que el resto de derechos contenidos en dicho instrumento- acarrea obligaciones *erga homines* y por tanto tiene como destinatarios a los agentes de los órganos públicos así como a los particulares. En la misma resolución, la Corte declara que “los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares”.²¹¹

En este contexto, no cabe duda de que la introducción de las acciones colectivas al plano de la jurisdicción federal ordinaria ha roto con ciertas premisas que imperaban en la comprensión histórica de los Derechos Fundamentales y los medios para su tutela como la consolidación de los Derechos Fundamentales como límites frente al poder público que se suma a aquellas conquistas logradas por el control difuso de convencionalidad que

²⁰⁸ Mijangos y Gonzalez, Javier, *op.cit.* nota 185, p. 562.

²⁰⁹ *Idem*, p. 563.

²¹⁰ Cabe destacar que, a juicio de la doctrina, y de la propia Corte Interamericana, la obligatoriedad de la interpretación que dicha Corte haga del Tratado tiene la misma fuerza y valor que su propio texto para todas las partes vinculadas por dicho instrumento internacional.

²¹¹ Mijangos y Gonzalez, *op.cit.* nota 185, p. 572.

desestimó la exclusiva protección de los Derechos Fundamentales a través del Poder Judicial de la Federación mediante el juicio de amparo y la inexistencia de cualquier competencia por parte de los tribunales ordinarios en materia de control de los Derechos Fundamentales sin embargo, las acciones colectivas suponen el primer recurso en sede ordinaria para la tutela de los Derechos Fundamentales con efectos *erga homnes*.

Como corolario, cabe destacar que la reforma en materia de acciones colectivas combate la pobreza organizativa/procesal y, en este sentido, cumple con la tercera oleada a la que se refieren Mauro Cappelletti y Bryant Garth, esto es, la innovación legislativa para ampliar el catálogo de acciones y procedimientos que representen el interés público mediante la “necesidad de relacionar y adaptar el proceso civil al tipo de disputa”²¹² y, en este sentido, las acciones colectivas son un oasis de modernidad jurídica dentro de un sistema jurídico cuyas instituciones civiles no se diferencian mucho de aquellas que fueron fruto de la Revolución Francesa.

²¹² Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *op. cit.* nota 15, p. 47.

2. Código Civil Federal.

Habiéndose materializado la reforma legal en materia de acciones colectivas de manera predominante en el Código Federal de Procedimientos Civiles, una serie de disposiciones, también de carácter secundario, fueron adecuadas para reflejar la incorporación que de dicho proceso se dio en el sistema jurídico y, en particular, las injerencias este causó en su ámbito de aplicación.

El Decreto de promulgación de las sendas reformas legales, por lo que hace al Código Civil Federal, dispuso:

ARTÍCULO SEGUNDO.- Se adiciona un nuevo artículo 1934 Bis al Código Civil Federal, para quedar como sigue:

Artículo 1934 Bis.- El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Ahora bien, el adicionado artículo 1934 Bis. se encuentra dentro del Libro Cuarto “De las Obligaciones”, Primera Parte “De las Obligaciones en General”, Título Primero “Fuente de las Obligaciones” Capítulo V “De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos” de dicho código y, consecuentemente, tiene aplicación para esta fuente extracontractual de las obligaciones que puede definirse como “una conducta antijurídica culpable y dañosa, que impone a su autor la obligación de reparar los daños, esto es, la responsabilidad civil”²¹³

En este sentido, la aplicación de la figura de las acciones colectivas por la actualización de hechos ilícitos causados a un grupo de personas, constituye la función ordinaria (no constitucional) en material federal de los jueces de dicha jurisdicción misma que contrasta con su función extraordinaria de naturaleza constitucional misma que desarrollan cuando las acciones colectivas versan sobre Derechos

²¹³ Bejarano Sanchez, Manuel, “*Obligaciones civiles*”, México, Ed. Oxford, 2008, p. 171.

Fundamentales tal como es el caso de los supuestos previstos en el artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles, recordando que para abordar *iusfundamentalmente* una cuestión es necesaria una intervención de normas de derecho público en la solución de un asunto de derecho privado.²¹⁴

²¹⁴ Calderón Villegas, Juan Jacobo, “*La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*”, Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Ed. Uniandes, Ed. Temis, 2011, p. 13.

3. Ley Federal de Competencia Económica

Al hablar del proceso que constituyen las acciones colectivas, en cualquiera de los supuestos en que puede actualizarse, estamos ante un verdadero proceso de carácter adversarial que implica, en sus diversas fases (postulatoria, probatoria, de alegatos, resolutive y de ejecución de sentencia) la interposición de premisas, argumentos y todo tipo de elementos de convicción de carácter contradictorio que tiene por objeto la solución de un conflicto.

En otras palabras, como en todo litigio, las partes se encuentran en una verdadera batalla jurídica donde harán valer todos los instrumentos procesales para desvirtuar el dicho contrario y hacer valer su postura en juicio. No obstante lo anterior, la redacción del artículo 38 de la Ley Federal de Competencia, reformado en virtud de la entrada en vigor de las acciones colectivas, parte de un supuesto distinto donde la parte colectiva demandante no tendrán que ir a juicio a probar sus dichos sino únicamente a conseguir el reconocimiento judicial de una situación jurídica ya declarado por un organismo desconcentrado especializado en la materia.

Al respecto, el artículo 38 de la Ley Federal de Competencia establece:

Ley Federal de Competencia

Artículo 38.- Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia.

Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En este sentido, la colectividad que acuda a la jurisdicción federal para promover una acción colectiva en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados en virtud de la existencia de una práctica monopólica absoluta, relativa, o bien, una concentración en virtud del procedimiento establecido en el Capítulo V de dicha ley ya cuenta con una resolución emitida por la Comisión Federal de Competencia que declara dicha situación y, por lo tanto, el proceso de la acción colectiva tendrá, en este caso, únicamente la función de emitir sentencia en virtud de los afectados y proceder al incidente de liquidación pues como he mencionado ya media una resolución del órgano regulador correspondiente que declara la afectación y constituye una prueba fehaciente por lo que no existe realmente una disputa en torno a la afectación sino a elementos accesorios tales como pueden ser, el número de ellos, el grado de afectación, la cuantificación del daño, etc.

4. Ley Federal de Protección al Consumidor

Hasta antes de la entrada en vigor de las acciones colectivas, en materia de relaciones de consumo el instrumento que aseguraba una limitada tutela de dichos derechos eran las acciones de grupo reguladas bajo la Ley Federal de Protección al Consumidor y cuya nota característica se refería a su ejercicio discrecional por parte de la Procuraduría Federal del Consumidor, es decir, dicha figura no confería derecho a los consumidores para ejercitar por si mismos dichas acciones ni tampoco los facultaba para exigir a dicha procuraduría que iniciara el proceso correspondiente.

Si lo anterior lo complementamos con el hecho de que no obstante que la Procuraduría Federal del Consumidor es un órgano descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio y por ende goza de autonomía, también es relevante precisar que desde 1977 la Procuraduría Federal del Consumidor quedó ubicada bajo el control de la entonces Secretaría de Comercio, hoy la Secretaría de Economía situación que contrarresta dicha autonomía y la convierte prácticamente en un órgano desconcentrado dependiente de dicha Secretaría. La situación anterior explica por qué dicha Procuraduría no ejerció durante más de diez años de vigencia de la Ley Federal de Protección al Consumidor ninguna acción de grupo.²¹⁵

Ya adelanta el Dr. José Ovalle Favela desde el año 2004 que para lograr una verdadera eficacia de las acciones de grupo era indispensable reconocer legitimación activa a los grupos directamente afectados como a las asociaciones constituidas legalmente para su defensa, adecuando todo el procedimiento para incluir dichos supuestos, la nueva forma de desahogo del proceso, inclusión de medidas cautelares, efectos de la sentencia y alcance de la cosa juzgada, entre otras cosas.²¹⁶

De forma casi profética dichas modificaciones que propuso el ilustre catedrático de la UNAM se materializaron no en una reforma a la Ley Federal

²¹⁵ Ovalle Favela, José, *op. cit.* nota 113, p. XV.

²¹⁶ *Ibidem.*

de Protección al Consumidor que versara sobre las acciones de grupo sino mediante la incorporación de las acciones colectivas y consecuentemente estas derogaron el artículo 26 de dicho ordenamiento donde las acciones grupales estaban previstas para quedar como se cita a continuación:

Ley Federal de Protección al Consumidor

Artículo 26.- Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.

La reforma a dicho artículo 26 le quita el monopolio de la acción a la Procuraduría y, aunque también es un sujeto legitimado para promover acciones colectivas, le permite a los afectados acudir de forma directa a las instancias jurisdiccionales lo cual elimina la opacidad de las entidades gubernamentales que, *de facto*, encuentran muchos inconvenientes prácticos al litigar en contra del Estado.

A diferencia de lo que sucede en la acción colectiva en materia de consumo por cuestiones de monopolios o concentraciones, todos aquellos procesos colectivos iniciados por la actualización de los supuestos prohibidos por la Ley Federal de Protección al Consumidor constituirán un litigio mucho más adversarial ya que no existe un procedimiento previo que declare la violación de los derechos de consumidores previstos en dicha ley sino que estas habrán de acreditarse en las distintas fases del proceso colectivo y, consecuentemente, los sujetos responsables habrán de oponer todas las defensas y medios necesarios para evitar una sentencia condenatoria.

5. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Para efectos de conceder facultades a los juzgadores federales en materia de acciones colectivas y sean competentes para conocer de las mismas, fue un requisito *sine qua non* la modificación de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ordenamiento encargado justamente de delimitar el ámbito de atribuciones y funcionamiento de cada uno de los órganos que conforman el Poder Judicial de la Federación.

Los tribunales federales en materia civil cuya tarea principal supone ser la instancia de origen respecto del amparo indirecto en dicha materia funcionan por ende, en la mayoría de ocasiones, como instancias materialmente constitucionales en jurisdicción ordinaria y, en este sentido, las acciones colectivas abonan a la función extraordinaria de carácter constitucional que desarrollan los jueces civiles federales cuando las mismas versan sobre la protección de los derechos de consumidores o medio ambiente.

Estas funciones contrastan con la función ordinaria federal que dichos juzgados ejercitan cuando conocen de controversias civiles que se susciten por el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, de los juicios que afecten bienes propiedad de la nación, de las diligencias de jurisdicción voluntaria que se promuevan en materia federal, entre otras y a la cual se le debe agregar también las acciones colectivas cuando las mismas versen sobre la afectación a una colectividad proveniente de un hecho ilícito en virtud del artículo 1934 Bis. del Código Civil Federal donde el carácter predominantemente constitucional no figura en el juicio.

La reforma a la ley en comento también abarca al Consejo de la Judicatura Federal misma que recibió nuevas atribuciones respecto de la creación y administración del fondo que recibirá los recursos provenientes del cumplimiento sustituto ante la imposibilidad de conseguir la reparación del daño de aquellos derechos difusos y del cual habré de referirme en detalle más adelante.

El nuevo texto de la ley orgánica, en la parte conducente, ahora señala:

Artículo 53. Los jueces de distrito civiles federales conocerán:

I. a V. ...

VI. De las controversias ordinarias en que la federación fuere parte;

VII. **De las acciones colectivas a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, y**

VIII. De los asuntos de la competencia de los juzgados de distrito en materia de procesos federales que no estén enumerados en los artículos 50, 52 y 55 de esta ley.

Artículo 81. Son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:

I. a XXXIX. ...

XL. Dictar las disposiciones necesarias para la recepción, control y destino de los bienes asegurados y decomisados;

XLI. Designar de entre sus miembros a los comisionados que integrarán la Comisión de Administración del Tribunal Electoral, en los términos señalados en el párrafo segundo del artículo 205 de esta ley;

XLII. **Realizar las funciones que se le confieren en términos de lo dispuesto por el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles y expedir las disposiciones necesarias para el adecuado ejercicio de aquéllas, y**

XLIII. Desempeñar cualquier otra función que la ley encomiende al Consejo de la Judicatura Federal.

6. Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente

A diferencia de lo que sucedió con la reforma a la Ley Federal de Protección al Consumidor y las acciones de grupo contenidas en la misma, la incorporación de las acciones colectivas al sistema jurídico nacional no supuso la derogación de las denuncias populares como único instrumento previsto en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente para tutelar el medio ambiente de acuerdo a la legislación aplicable. Por el contrario, la legislación relativa a dichas denuncias populares permaneció intocada y únicamente se introdujo la posibilidad de que la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, cuando se genere la vulneración de los derechos e intereses de una colectividad en materia de medio ambiente, promueva una acción colectiva complementándose con el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles que dota de legitimación activa a dicho organismo para actuar en dicho sentido.

No obstante lo anterior y como sucedió en el caso de la Procuraduría Federal del Consumidor, el elemento más trascendente de esta reforma no es que la procuraduría ambiental pueda acudir a juicio sin restricción legal alguna sino por el contrario, que los afectados, por si mismos y de forma directa, estén en posibilidades de hacerlo y en este sentido se haya eliminado el monopolio de la acción a un organismo del Estado que, de acuerdo a la experiencia que ha arrojado la implementación de las denuncias populares, ha probado ser insuficiente para tutelar de manera efectiva los derechos ambientales.

No cabe duda que la tutela de los derechos colectivos en materia de medio ambiente serán mayormente ejercitada por los particulares sin embargo, el hecho de que en la legislación ambiental subsistan las denuncias populares así como la posibilidad de la Procuraduría Federal de Protección Ambiental es un llamado a la responsabilidad de los servidores públicos en atención a la gravedad e irretroactividad que en materia de medio ambiente muchas veces suponen los daños causados. Dotar de más instrumentos de tutela en las diversas legislaciones es un acierto del legislador porque abre la posibilidad de

que las violaciones al derecho al medio ambiente sean perseguidas por diversas vías y en este sentido posibilita *de iure* la consecución de esta premisa constitucional.

El reformado texto de la ley en comento con la incorporación de la posibilidad por parte de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente de ejercitar las acciones colectivas es el que se cita a continuación:

Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente

Artículo 202. La procuraduría Federal de Protección al Ambiente, en el ámbito de sus atribuciones, está facultada para iniciar las acciones que procedan, ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación administrativa o penal.

Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, la procuraduría Federal de Protección al Ambiente, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.

Lo anterior también será aplicable respecto de aquellos actos, hechos u omisiones que violenten la legislación ambiental de las entidades federativas.

7. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros

Como sucede con las acciones colectivas en materia de relaciones de consumo por violación a las leyes de competencia económica en virtud de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones, también es posible promover dicho instrumento de forma específica para tutelar relaciones de consumo por violación a las leyes financieras por la actualización de los actos u omisiones que señala la propia Ley de Protección y Defensa Al Usuario de Servicios Financieros.

En este sentido, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de las Instituciones Financieras, de acuerdo al Título Sexto de la ley en comento, está facultada para llevar a cabo diversas acciones tendientes a brindar defensoría legal a los usuarios señalando de forma muy vaga el “interponer todos los medios de defensa que la legislación vigente permita en aras de la defensa de los usuarios” lo que, en principio, deja un poco en la indeterminación las acciones a tomar por parte de dicha Comisión y la forma en que pueden tutelar los derechos de los usuarios.

Con la publicación de las acciones colectivas, la ley recoge esta figura para establecerla como un recurso, que de forma expresa, puede ejercitar la Comisión cuando se actualicen violaciones colectivas a los derechos de dichos usuarios en materia de servicios financieros dando así mayor claridad en cuanto a los alcances y obligaciones del organismo por lo que hace a su deber de protección legal a favor de los mencionados usuarios.

El texto reformado de la ley en comento quedó como sigue:

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros

Artículo 11.- La Comisión Nacional está facultada para:

I. a V. ...

V Bis.- Ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de

Procedimientos Civiles, cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios.

VI. a XLII. ...

Artículo 91.- Los defensores, durante el tiempo que desempeñen dicho cargo, no podrán dedicarse al libre ejercicio de la profesión, salvo que se trate de actividades docentes.

En caso de que un asunto represente, en cualquier forma, un conflicto de intereses para el defensor asignado por la Comisión Nacional, aquél deberá excusarse para hacerse cargo del mismo, y solicitar la asignación de otro defensor.

Artículo 92.- Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad de Usuarios, la Comisión Nacional, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código.

Una vez más, como sucede con los casos referentes a los medios de defensa previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor y Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la gran virtud de este grupo de reformas legales es la eliminación del monopolio de la acción por parte de la maquinaria gubernamental, movilizandando así la energía privada para hacer frente a las debilidades de el aparato estatal.²¹⁷

Sobre este punto señalan Cappelletti y Garth que las instituciones gubernamentales en principio encargadas de proteger el interés colectivo en realidad son incapaces de materializar dicha encomienda toda vez que, por una parte, son susceptibles de la presión política que pueden ejercer las diversas entidades públicas sobre ellas y, por otra parte, la justificación de los derechos difusos o colectivos a menudo requiere experiencia técnica en áreas no jurídicas como contabilidad, mercadotecnia, física, planteamiento urbano, entre otras, y el denominado *ministère public* especializado o sus análogos suelen

²¹⁷ Cappelletti, Mauro, Garth, Bryant, *op. cit.* nota 15, p. 21

carecer de la preparación, experiencia y pericia para capitalizar el potencial jurídico de los instrumentos correspondientes.²¹⁸

Sin duda la apertura de las posibilidades en el catálogo procesal a los agentes privados para ejercitar de primera mano la defensa de sus intereses o derechos superarán la opacidad característica de los defensores estatales y permitirán, en un mayor nivel, reivindicar de forma efectiva los derechos colectivos en amplio sentido.

²¹⁸ *Idem.* p. 37

III. El nuevo Título Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles **“Sobre las acciones colectivas”**

A. Derechos tutelados

Por la naturaleza propia del proceso que constituyen las acciones colectivas, los objetos de tutela a través del mismo son derechos denominados colectivos o transindividuales, propios de la tercera generación de los Derechos Fundamentales, donde prima un elemento de solidaridad y vinculación entre los sujetos titulares de los mismos y, por ende, esto debe reflejarse en la manera de tutelarse dichos derechos.

Sin embargo, como ya he hecho referencia dentro del presente trabajo²¹⁹, el legislador ordinario, en contra del ánimo o la intención del Poder Constituyente, injustificadamente acotó las materias que pueden ser objeto de protección a través de las acciones colectivas y lo reservó para los derechos provenientes de relaciones de consumo (de bienes o servicio públicos o privados) así como el derecho al medio ambiente.

Se puede hacer referencia a ciertos momentos del debate generado la Comisión dictaminadora de la Cámara de Diputados, al reformar la Constitución y dar luz sobre lo que buscaban con la introducción de las acciones colectivas para saber que su intención no era limitarse a los derechos previamente referidos:

El panorama actual en materia del acceso a la justicia en México y en concreto, en materia de protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, no sólo los derechos individuales sino de los nuevos derechos colectivos, también llamados de “tercera generación”, nos refiere que iniciar un procedimiento judicial implica enfrentarse a procesos complicados, difíciles de comprender debido a su tecnicidad, lentos y costosos, lo que induce a la parte económicamente más débil a aceptar injusticias, transacciones

desventajosas o en último caso, a permitir la violación o el desconocimiento de los derechos que le asisten por parte de autoridades o de los propios particulares

Se puede hacer referencia a ciertos momentos del debate generado por la Comisión dictaminadora de la Cámara de Diputados, al reformar la Constitución y dar luz sobre lo que buscaba el Poder Constituyente con la introducción de las acciones colectivas para saber que su intención no era limitarse a los derechos previamente referidos:

El panorama actual en materia del acceso a la justicia en México y en concreto, en materia de protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, no sólo los derechos individuales sino de los nuevos derechos colectivos, también llamados de “tercera generación”, nos refiere que iniciar un procedimiento judicial implica enfrentarse a procesos complicados, difíciles de comprender debido a su tecnicidad, lentos y costosos, lo que induce a la parte económicamente más débil a aceptar injusticias, transacciones desventajosas o en último caso, a permitir la violación o el desconocimiento de los derechos que le asisten por parte de autoridades o de los propios particulares.

En este contexto es preciso recordar que los Derechos Fundamentales de corte colectivo también previstos en el bloque de convencionalidad mexicano incluyen al derecho a la paz, derecho a la libre determinación, la autonomía y la preservación de su particularidad cultural mismos que fueron excluidos por parte del legislador.

Así las cosas, a los derechos ya mencionados hay que agregársele el derecho a la restitución de los daños y perjuicios por actos provenientes de hechos ilícitos colectivos, esto es, la posibilidad de ejercitar la responsabilidad civil de manera colectiva con fundamento en el artículo 1934 Bis del Código Civil Federal sin embargo, esta tarea se diferencia de la ejercida por los jueces federales en materia de derechos a consumidores o medio ambiente en cuanto se refiere a una tarea de estricta legalidad contrario a la función extraordinaria de carácter constitucional cuando la acción colectiva se plantea con fundamento en estos y erige al propio proceso en un medio de control de la

constitucionalidad en jurisdicción ordinaria.

Basta con mirar la legislación norteamericana bajo la denominada *Rule 23* para poder entender que en pro de la tutela de todos los derechos colectivos y la instalación de una garantía secundaria más robusta no se requiere más que establecer ciertos requisitos tales como: (1) que el grupo sea tan numeroso que el litisconsorcio no sea practicable; **(2) la existencia de cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo**; (3) que las causas del pedir del representante del grupo se identifiquen con aquellas causas del pedir de los miembros del grupo y (4) que los intereses del grupo estén debidamente representados en juicio.

Así también el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica requiere para la procedencia de la acción colectiva: (1) la existencia de derechos difusos del que sea titular un grupo ligadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica base, (2) la existencia de derechos individuales homogéneos proveniente de un origen común del que sean titulares un grupo, categoría o clase y (3) la predominancia de las cuestiones comunes sobre las individuales (en el caso de acciones colectivas derivadas de derechos individuales homogéneos).

Finalmente, la Ley de Acción Civil Pública brasileña de 1985, creada en un principio para proteger el medio ambiente, al consumidor y a los derechos de valor artístico, estético, turístico y de paisaje, fue, en virtud de su limitada aplicación, extendida en su so por el legislador para proteger toda clase de derechos difusos o colectivos creando así una ley transustantiva en materia de derechos transindividuales

Estos ordenamientos, que constituyen por una parte una serie de legislaciones que mayormente han desarrollado y amparado la evolución de las acciones colectivas y por otra parte la innovación académica más seria que se ha elaborado sobre el tema, buscan darle mas importancia a la justificación de la utilización del instrumento en comento y la existencia de derechos verdaderamente colectivos sobre la aleatoria acotación que se pueda hacer sobre el tema haciendo nugatorio esta trascendente innovación jurídica para

determinados ámbitos *iusfundamentales*.

B. Legitimación activa

En la teoría general del proceso, la legitimación activa se refiere a la aptitud para actuar jurídicamente, esto es, la posibilidad de entrar a la maquinaria procesal y participar en las diversas actuaciones procesales dependiendo la postura que se asuma en la controversia. En este sentido la doctrina procesal clásicamente ha distinguido dos clases de legitimación, la legitimación *ad causam* entendida como aquella que poseen los titulares de los derechos en cuestión para acudir a juicio a hacer valer los mismos y la legitimación *ad processum* como aquella facultad de acudir a juicio en representación del titular de los derechos en juego.

Por su parte, en la teoría de las acciones colectivas se procura regular con especial atención dicha legitimación para que la colectividad interesada tenga sus derechos **adecuadamente representados** en juicio toda vez que **será afectada por la inmutabilidad de lo resuelto en la sentencia colectiva hayan sido parte o no en el proceso colectivo o al menos escuchados individualmente.**²²⁰

En virtud de lo anterior, la legislación de la materia debe atender en un primer momento a la previsión de los medios para permitir la legitimación de los demandantes (*ad causam* o *ad processum*) y en segundo lugar, de forma sumamente trascendental, establecer los requisitos para reconocer la adecuada representación de quién pretende proponer la acción judicial de la tutela.

Sobre el particular, Nelson Nery Junior, considera que la legitimación propia para acudir al proceso en representación de una colectividad es una de carácter “autónomo” donde se asume una connotación de separar la legitimación procesal de la titularidad del derecho material objeto del proceso y, en este sentido, la legitimación se basa en la posibilidad del autor colectivo de

²²⁰ Gidi, Antonio, “Legitimación para demandar en las acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 108.

transformarse en el adecuado porta voz de los intereses de la comunidad. En virtud de lo anterior el juez, dentro de las facultades especiales que debe ejercitar en materia de acciones colectivas, debe valorar su aptitud e idoneidad social para ser considerado como el representante adecuado para la defensa judicial de los derechos supraindividuales.²²¹

En este sentido, el Código Federal de Procedimientos Civiles consideró como una representación adecuada: (1) actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de las colectividad en el juicio, (2) no encontrarse en situaciones de conflicto de intereses con sus representados respecto de las actividades que realiza, (3) no promover ni haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frívolas o temerarias, (4) no promover una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogéneo con fines de lucro, electoral, proselitista, de competencia desleal o especulativos y (5) no haber conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas, en los términos del Código Civil Federal.

Cabe hacer la precisión de que los requisitos de idoneidad en cuanto a la representación deben estar dirigidos a las fracciones segunda y tercera del artículo 585 del código, es decir, el representante común de la colectividad y las asociaciones civiles sin fines de lucro cuyo objeto sea la tutela de los intereses difusos, toda vez que las diversas procuradurías especializadas, comisiones para la protección de distintos derechos colectivos, o bien, el Procurador General de la República gozan de una validación *a priori* del Estado implícita en el razonamiento del legislador al seleccionarlas para poder representar los intereses de grupo.

Aunado a lo anterior, dicho ordenamiento reputa el tema de la representación adecuada como de interés público y por ende el juez debe, de oficio, vigilar en todo momento el cumplimiento de los requisitos señalados toda vez que una vez otorgada y firme la sentencia colectiva esta no podrá ser

²²¹ *Idem.* p. 112.

anulada por la declaración de una representación fraudulenta sino únicamente por un procedimiento independiente de revisión de sentencias previamente establecido en la legislación. Asimismo, dicho representante deberá rendir protesta ante el juez que conozca de la causa y rendir cuentas en cualquier momento a petición de este bajo pena de ser removido y sustituido siendo este responsable en todo momento de su gestión frente a la colectividad.

No obstante las opiniones anteriores y lo establecido por el código adjetivo federal, el caso mexicano debe matizarse toda vez que, contrario a la experiencia norteamericana, brasileña así como de aquella planteada por el Anteproyecto del Código Iberoamericano, en México prevaleció la postura denominada "*opt in*" es decir, la necesidad de los afectados de expresamente sumarse al proceso y como consecuencia la relativización de los efectos de la cosa juzgada.

De acuerdo al código comentado, la colectividad en los diversos modos en que se presente a juicio, harán valer sus pretensiones mismas que habrán de versar exclusivamente sobre aquellos demandantes, no obstante lo anterior, dicho código si permite que otros afectados se adhieran voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso o, en su caso, dentro de un plazo de dieciocho meses posteriores a que la sentencia o convenio judicial haya quedado firme.

La anterior situación contrasta enormemente con aquella establecida en los países que optan por el sistema del "*opt in*" en donde se entiende que el representante está actuando en juicio en representación de la totalidad de los afectados (presentes o ausentes) salvo que algún miembro de esta exprese su desistimiento y consecuentemente la labor del juzgado federal es mucho más activa en cuanto a su deber de certificar la colectividad y determinar los lineamiento necesarios para poder notificar a todos los afectados.

En el caso brasileño, para asegurar un trato "justo" a los ausentes del grupo que se apersona en un primer momento al juicio, el Código Brasileño del Consumidor exige que el Ministerio Público sea notificado de la aceptación de

cualquier acción colectiva y sea invitado a intervenir como observador para salvaguardar el interés público de aquellos que no pueden hacerlo directamente.²²²

Contrario a la experiencia norteamericana donde se ha entendido al Derecho Fundamental del debido proceso como la necesidad de notificar a los miembros afectados por lo medios más convenientes así como darles la oportunidad de *opt-out* o desistirme, en el caso mexicano (que realmente puede hacerse extensivo para Iberoamérica) el entendimiento del debido proceso como prerrogativa contenida en el artículo 14, segundo párrafo constitucional se ha entendido como el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el debido proceso legal se refiere al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.”²²³

En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a **ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho,

²²² Gidi, Antonio, “*Las acciones colectivas*”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1337/10.pdf>

²²³ García Ramírez, Sergio, “*El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*”, México, Ed. Porrúa, 2012, p. 22.

en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

De la simple lectura que se haga del citado artículo 8º del Pacto de San José es posible determinar la incompatibilidad que subsiste entre algunos contenidos de las garantías mínimas comprendidas en dicho precepto con la representación en ausencia que caracteriza al *opt out* de las acciones

colectivas. Lo anterior se ve complementado con la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando considera que **“para que exista debido proceso legal, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”**²²⁴

No obstante lo anterior, parece que el legislador mexicano atendió de forma exclusiva al carácter formalista del debido proceso que constituye una parte fundamental de dicha garantía pero al fin, tan solo una parte.

En la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” solicitada por México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que si bien las garantías judiciales en un proceso sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, las instancias judiciales no pueden perder de vista todos aquellos elementos que menoscaben la igualdad procesal y, en este sentido, deben llevar a cabo todos los actos para permitir una efectiva defensa de los intereses o derechos sujetos de ser tutelados.

*Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.*²²⁵

²²⁴ *Idem.* p. 40

²²⁵ Condición Jurídica y Derechos de los Migrante Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003- Serie A No. 18 parr. 121.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

En este sentido, y tomando en cuenta que los individuos más vulnerables a ser afectados en sus derechos colectivos son aquellos que se encuentran en una posición económica y geográfica menos favorable de acuerdo a las cifras y datos expuestos anteriormente, considero que el legislador fue omiso al tratar de buscar una efectiva tutela de los derechos colectivos mediante un proceso que representara la totalidad de los intereses afectados no obstante que estos no se apersonaran de forma directa a juicio y, en este sentido, corrompió el espíritu mismo que han tenido las acciones colectivas en la mayoría de los países donde son efectivamente utilizados como un contrapeso frente al poder público o fáctico de aquellos entes en posibilidad de menoscabar derechos en una escala masiva.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno, ha asentado jurisprudencia sobre el tema que sostiene:

**FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.
SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y
OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.**

La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; **2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar;** y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.²²⁶

²²⁶ [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo II, Diciembre de 1995; Pág. 133

En virtud de lo anterior, el legislador mexicano dio un parcial cumplimiento o atención a la segunda ola reformadora propuesta por Cappelletti y Garth relativa a la representación de los intereses difusos toda vez que si bien el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles abrió la posibilidad a los titulares de los derechos colectivos (mediante la designación de un representante común) y asociaciones civiles de actuar como defensores de dichos intereses, no se dio una transformación sustancial del debido proceso o de la *res judicata*, lo que genera que muchos miembros de la colectividad sean excluidos de la acción, máxime si se toman en consideración el acceso a los medios de comunicación masiva y los asentamientos geográficos del gran sector menos favorecido de la Nación, que a su vez son los sujetos más expuestos a la violación de sus derechos colectivos.²²⁷

Como señala Antonio Gidi, “una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios, *ultra partes*, más allá de las partes. **El carácter erga omnes (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva. Una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye la esencia fundamentales del proceso colectivo.**”²²⁸

Señalaba Mauro Cappelletti, tomando como referencia ciertas acciones colectivas norteamericanas donde los afectados son vinculados por la sentencia no obstante jamás haber sido notificados de cualquier actuación del proceso incluido el auto admisorio, que “la visión individualista del debido proceso legal está cediendo ante una concepción social colectiva o, mejor dicho, uniéndose a ella; sólo semejante transformación es capaz de asegurar que pueden ejecutarse las cada vez más imprescindibles sentencias en

²²⁷ No obstante lo anterior, pareciera que si existen ciertos actores jurídicos que logran entender la revolución institucional que representa la implementación de las acciones colectivas tal y como el magistrado Jean Claude Tron Petit quien señala que la tutela judicial de los derechos transindividuales implican idear nuevos conceptos de legitimación, representación, garantía, suplencia de las pretensiones, pruebas, notificaciones, cosa juzgada, etc.

²²⁸ Gidi, Antonio, “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, p. 98.

conflictos de derecho público que abarcan intereses difusos” y si bien esto es cierto, la doctrina mexicana así como los tribunales que lo vinculan hasta el momento han mantenido una interpretación restrictiva del debido proceso en pro de la seguridad jurídica y las formalidades esenciales del procedimiento sin embargo, no cabe duda de que es una asignatura pendiente de la academia, Poder Judicial y, en general, todos los involucrados en el mundo del Derecho, el hacer de la ciencia jurídica una de carácter dinámico donde las instituciones y principios jurídicos logren alcanzar la realidad sin sacrificar los derechos ya adquiridos.

C. Procedimiento

Fuera de aquellas situaciones procesales “comunes” para todos los litigios sin importar la sede en la que se desahoguen, es innegable que el procedimiento y la estructura de las acciones colectivas están fuertemente influenciados por aquellas previstas en la Ley de Amparo.

Es posible hacer esta aseveración en un primer momento a la luz de los artículos 588 del Código Federal de Procedimientos Civiles y el artículo 73 de la Ley de Amparo mismos que regulan, la procedencia de las demandas correspondientes. Si bien la Ley de Amparo regula dicha situación de forma negativa al enumerar las “causales de improcedencia” contrario al código procesal que, aparte de establecer dichas causales de improcedencia, también establece los “requisitos de procedencia”, ambos ordenamientos se encargan de establecer las condiciones mínimas para que la demanda pueda transitar a lo largo de las diversas fases procesales hasta encontrar una declaración judicial en la forma de sentencia.

Dentro de los requisitos de procedencia e improcedencia, las acciones colectivas buscan, en primer lugar, que las demandas de esta naturaleza sean efectivamente colectivas o comunes (la predominancia de este aspecto sobre aquel de naturaleza individual) y versen sobre las materias objeto de tutela. Por otra parte, estas restricciones procesales protegen a la colectividad en tanto requieren que el consentimiento dado por los afectados sea en estricto apego a las disposiciones aplicables y que la representación cumpla con los estándares de idoneidad igualmente previstos en el comentado código.

Así también, en atención al principio *non bis in idem*, para que una acción colectiva sea procedente es menester que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada colectiva previa y, para evitar sentencias contradictorias, se establece como causal de improcedencia la litispendencia entre el mismo tipo de acciones ordenando en su caso la acumulación de las demandas de acuerdo con las reglas generales para dicho supuesto.

No obstante el símil que he señalado entre el ordenamiento regulador de las acciones colectivas y la Ley de Amparo, cabe destacar que el legislador no trasladó una figura representativa de dicho juicio, esto es, la suspensión provisional.

Por el contrario, el Anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica sí introdujo un símil que tiene por objeto mantener con vida el bien jurídico tutelado y por consecuencia que el juicio no quede sin materia. En este sentido, podemos encontrar en el artículo 5° de dicho anteproyecto la figura de la “tutela jurisdiccional anticipada” misma que, a solicitud de parte, tiene por objeto que el juez anticipe, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda siempre que: (1) exista temor fundado de la ineficacia del proveimiento final o (2) esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. No obstante lo anterior, dicha tutela jurisdiccional anticipada o suspensión del acto reclamado no será concedido si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado.

Ante esta precisión y bajo la línea de investigación del presente trabajo donde se postula al juicio de acciones colectivas como un medio de control de constitucionalidad, vale la pena analizar si, ante la falta de regulación de la suspensión provisional en el Código Federal de Procedimientos Civiles, es posible acudir directamente al juicio de amparo (de manera específica al amparo colectivo a ser incorporado en la nueva Ley de Amparo del año 2013) en virtud de lo establecido por el artículo 107, fracción IV de la Constitución, o si bien habrán de agotarse las acciones colectivas en cumplimiento al principio de definitividad. Sobre este particular me referiré en el capítulo IV de la presente tesis.

No obstante las apreciaciones preliminares que sobre los efectos de la cosa juzgada ya se han hecho, el Código Federal de Procedimientos Civiles prevé la posibilidad de adhesión de aquellos individuos que hubieren sido afectados en sus derechos colectivos y deseen intervenir en la acción colectiva una vez iniciada esta.

AL respecto, el código comentado prevé, para las acciones colectivas en sentido estricto y aquellas provenientes de derechos individuales homogéneos (susceptibles ambas de traducir la sentencia en una indemnización económica) la posibilidad de que el afectado se adhiera a la acción colectiva en cualquier momento durante la substanciación de la misma y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial celebrado entre las partes haya adquirido la calidad de cosa juzgada.

La audiencia previa y de conciliación, ya prevista prácticamente para todos los procesos ordinarios, cobra una especial importancia en las acciones colectivas toda vez que en la experiencia comparada una gran cantidad de asuntos de esta índole suelen solucionarse por la vía considerada en amigable composición toda vez que para el demandado es muy difícil poder determinar *a priori* la cuantificación de la condena justamente por el hecho de que no le es posible determinar cuantos individuos se sumarán a la causa al momento de desahogarse dicha audiencia previa y de conciliación.

En caso de que las partes no lleguen a ningún acuerdo en la etapa de conciliación, el juicio habrá de desahogarse de acuerdo a las normas procesales estándares sin embargo, al alcanzar la fase probatoria es de destacarse que por obvias razones de economía procesal, la parte actora no deberá ni tendrá la carga de la prueba por lo que hace a cada individuo integrante de la colectividad sino que, por el contrario, únicamente deberá acreditar la existencia del daño a dicha colectividad debiendo hacer la individualización de dicho daño por integrante en el correspondiente incidente de liquidación.

Otro punto característico del proceso colectivo y especialmente usado en las *class actions* norteamericana es la asistencia de un especialista en las diversas materias sobre las que puede versar la acción colectiva (actuarial,

contable, ambiental, etc.) para que este, de forma directa, coadyuve con el juez en aquellos asuntos que pueden salir de su ámbito de conocimiento.²²⁹

Parece que el código mexicano trató de implementar un símil a aquellos que acontece en la experiencia norteamericana sin embargo, el legislador de forma tímida únicamente previó que el juez se puede allegar de cualquier medio probatorio en materia estadística, actuariais u otro derivado de la ciencia cuando en realidad estas facultades están comprendidas dentro de las denominadas “diligencias para mejor proveer” ya existentes en nuestros ordenamientos procesales.

Contrario a las legislaciones norteamericanas y brasileñas y en virtud de que la representación que lleve a cabo aquella institución, asociación o representante común de los miembros de la colectividad en el proceso se refiere únicamente sobre aquellos que han otorgado su consentimiento expreso, el Código Federal de Procedimientos Civiles permite al representante de los afectados celebrar un convenio judicial en cualquier momento del proceso y respecto de la totalidad de las pretensiones aducidas toda vez que, contrario a las restricciones establecida en la legislación brasileña, no existen limitantes en virtud de una posible violación al derecho de debido proceso legal de aquellos miembros ausentes.

Finalmente, el referido código obliga al representante común o a la asociación que tiene por objeto la tutela de los derechos colectivos el mantener informados a los miembros de la colectividad a través de los medios idóneos sobre el estado que guarda el procedimiento sin embargo, la letra del código parece indicar que los miembros inconformes con la representación no podrán solicitar un incidente de remoción y sustitución sino que podrán únicamente separarse de la colectividad en una conducta con efectos de desistimiento por lo que hace a este miembro en lo particular y dejando a salvo sus derechos en

²²⁹ El primer caso del que se tiene registro donde un economista sirvió como experto para un juzgado federal derivado de una acción de clase fue a principios de la década de los cincuentas en un caso entre la autoridades reguladoras en materia de competencia económica contra *United Machinery Corporation*. En este caso, el economista de la Universidad de Harvard, Carl Kaysen fungió como asesor del juez Charles Wyzanski y, a partir de este precedente, ha habido un número importante de asuntos donde tal herramienta ha sido utilizada.

la vía individual correspondiente sin menoscabo de que, en caso de que se actualice una representación fraudulenta y la colectividad tenga conocimiento de ello posterior al dictado de la sentencia, estos pueda apelar la misma sobre la base de nulidad de actuaciones viciadas dentro del procedimiento colectivo.

D. Sentencias y cosa juzgada

En virtud de que las acciones colectivas pueden plantearse por la vulneración de derechos de diversa índole (aunque todos del género colectivo) y que estos pueden o no ser objeto de reparación por la vía económica, las sentencias que se emitan por el ejercicio de acciones colectiva podrán variar en sus efectos dependiendo el caso en concreto.

Es preciso recordar que en los derechos difusos “se instala una unión tan firme, que la satisfacción de uno implica de modo necesario la satisfacción de todos, y recíprocamente, la lesión a un miembro del grupo constituye *ipso facto*, lesión a la colectividad entera”.²³⁰ Como consecuencia del anterior concepto, se ha considerado que derechos difusos no son de naturaleza patrimonial toda vez que no confieren un beneficio económico a los miembros de la comunidad titular del mismo.

En esta lógica, el Código Federal de Procedimientos Civiles establece que las sentencias que versen sobre las acciones difusas sólo podrán condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación en caso de que esto resultara posible.

En consecuencia, las transgresiones que se hagan a los derechos de esta naturaleza no requieren indemnizaciones individuales, ni es el valor económico correspondiente al daño el centro de la protección jurídica. El objetivo de los medios de defensa es el de liberar al bien bajo amenaza de la transgresión que está sufriendo, regresarlo a la situación que guardaba antes del daño, llevar a cabo acciones para mitigar los efectos que del daño continúe sufriendo y, en caso de que lo anterior no sea posible, sustituir la pena con alguna de carácter pecuniaria pero que no tenga como finalidad ser entregada a los miembros de la comunidad sino buscar algún beneficio en pro del derecho como elemento objetivo ajeno al beneficio económico de sus titulares

²³⁰ Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 136, p. 32

mediante su depósito en un Fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal al que habré de referirme más adelante.

Por lo que hace a las sentencias derivadas de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar a la reparación del daño consistentes en una o más acciones o la abstención de realizarlas así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo por lo que en estos casos si será procedente y procesalmente necesario el ejercicio de los incidentes de liquidación por parte de cada uno de los miembros de la colectividad.

En consecuencia, la sentencia que se desprenda de este tipo de acciones colectivas será de condena sin embargo, esta será una condena genérica que no determine la cantidad líquida a la que estará obligado a pagar el demandado sino que deberá condenar y ordenar a los afectados iniciar los incidentes de liquidación. Así también, el demandado no tendrán conocimiento del monto al que fue condenado sino hasta dentro de los dieciocho meses siguientes a que se haya dictado la sentencia correspondiente plazo que tienen todos los afectados para sumarse a la sentencia y abrir el incidente correspondiente.

Cabe señalar que toda vez que los incidentes de liquidación pueden constituir por si mismos un juicio autónomo pueden pasar varios años posteriormente a que se haya dictado la sentencia proveniente de la acción colectiva para que la parte demandada pueda determinar el impacto que dicho proceso le supuso, generando para esta una situación de inseguridad jurídica por lo que hace al desarrollo de sus actividades.

La falta legislativa referida en el párrafo anterior supone la consecuencia de que el legislador, contrario al espíritu de las acciones colectivas y con el fin de proteger a los grupos y sectores empresariales, no optara por el sistema del *opt out* donde el juez al poder hacer un análisis serio y robusto de todos los afectados por el demandado (no obstante que no se encuentren en el juicio) podrá determinar al momento de dictar sentencia cual es el monto por el que

se condena al demandado y, en su caso, lo que habrá de recibir cada miembro de la colectividad.

En cambio, el legislador mexicano introdujo el sistema del *opt in* pero para no desvirtuar por completo la figura de la acción colectiva dejó abierta la posibilidad de que otros miembros se sumaran a la misma durante el proceso y hasta un año y medio después de que la sentencia hubiere causado estado, lo que genera que al momento de dictarse esta el juez no está en condiciones de determinar el daño que causó el demandado y por consiguiente **obliga que el juicio se alargue indefinidamente haciendo así nugatorio uno de los grandes beneficios que caracterizan a la acción colectiva, la economía procesal.**

Por lo que hace al efecto de la **cosa juzgada** en las acciones colectivas, como ya he adelantado, la implementación que se hizo en el sistema jurídico mexicano continuó la línea del principio romano *res inter alios acta vel iudicata aliis non nocet nec prodest* característico de los sistemas jurídicos de derecho civil en lo que puede pensarse fue la intención del legislador de proteger el derecho al debido proceso de todos aquellos ausentes pues si bien no hay nada revolucionario en el hecho de que una persona sea vinculada por actos de su representante, en Estados Unidos de América²³¹ lo que torna a las acciones colectivas en un caso particular es que el representante se reviste de esa capacidad por cuenta propia, sin la autorización y muchas veces conocimiento de los representados.²³²

El propio maestro Gidi considera que una acción es colectiva en tanto esta resuelva los intereses de los miembros ausentes del grupo debiendo esta

²³¹ Cabe recordar que antes de las Regls Federales del Procedimiento Civil de 1938, en Estados Unidos prevalecía una gran inseguridad en lo relativo a los efectos de la cosa juzgada toda vez que la primera regla escrita sobre el tema establecía: "...la sentencia será sin perjuicio de los derechos y pretensiones de todas las partes ausentes". Sin embargo, los tribunales descartaron, en pro de la tutela de los intereses difusos, la aplicación de esta última frase de la Regla y, en atención a esta actuación por parte del Poder Judicial, la enmienda de 1966 a la regla federal 23 remedió esta contradicción al disponer la frase "ya sea o no sea favorable al grupo" al codificar los efectos de la cosa juzgada en la sentencia colectiva.

²³² Gidi, Antonio, "*Las acciones colectivas en Estados Unidos*", en Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor Eduardo (coord.), *2Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*", México, Porrúa, , 2004, p. 19

tener efectos obligatorios ultra partes, más allá de los afectados que se apersonen directamente a juicio. El carácter *erga omnes* de la cosa juzgada, señala el jurista de origen brasileño, es un elemento esencial de la acción colectiva y, por ende, una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal destruye la esencia fundamental del proceso colectivo.

Como consecuencia de lo anterior es posible aseverar que la doctrina de la cosa juzgada es el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva con la correlativa necesidad del juzgador de reconocer que los intereses de los miembros ausentes están en juego y deben ser protegidos en todo momento de representantes deshonestos o incompetentes.²³³

Finalmente, no obstante que el código mexicano no es tan claro o profundo en el tema como el Código del Consumidor de Brasil, de una interpretación sistemática que del Código Federal de Procedimientos Civiles se lleve a cabo, si la acción colectiva es decidida a favor de la colectividad, todos los miembros que participen en el proceso y aquellos que se adhieran hasta dentro de los 18 meses a que la sentencia colectiva cause estado podrán beneficiarse de los efectos de dicha sentencia en el entendido de que ejerciten el incidente de liquidación y el derecho de cobro de acuerdo a los lineamientos del propio código como de la sentencia.

No obstante lo anterior, todo parece indicar que en apego al principio *non bis in idem*, en caso de que la sentencia colectiva no sea favorable para la colectividad, ningún miembro de la misma podrá volver a promover una acción colectiva o individual sobre los mismos hechos del juicio primitivo. Sin embargo, el código en comento deja a salvo las pretensiones individuales de los afectados para ejercerlos por la vía individual tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva cuando por causa de improcedencia no sea fructífera la demanda colectiva.

²³³ Gidi, Antonio, *op. cit.* nota 220, p. 99

De igual forma, no existe razón alguna para que aquellos individuos que no formaron parte de la colectividad demandante no puedan ejercer una acción colectiva o individual para tutelar sus derechos transindividuales toda vez que al no haber sido tomados en cuenta como miembros ausentes en el juicio primitivo su derecho de tutela judicial subsiste en tanto la acción no haya prescrito.

El hecho de que en México se haya implementado el sistema del opt in supone, contrario a lo que sucede en Brasil, que si el grupo triunfa como un conjunta, únicamente se beneficiarían de la sentencia aquellos individuos que efectivamente manifestaron su intención de ligarse al proceso colectivo y por ende a la sentencia que del mismo se desprendiera. Por lo tanto, si el grupo pierde su derecho (difuso, colectivo o individual homogéneo) perecerá y otra acción colectiva sobre la misma pretensión colectiva estará extinguida pero de nueva únicamente para aquellos que quisieron participar en la acción colectiva desfavorable.

Así también, la legislación brasileña permite a la colectividad (miembros presentes y ausentes) que no obstante la acción colectiva les hubiere sido desfavorable estos tendrán derecho de demandar individualmente sus pretensiones para reivindicar sus derechos individuales. La legislación mexicana es omisa por lo que hace a este punto únicamente señalando la imposibilidad de acumulación de procesos individuales y colectivos y por ende la necesidad de todo aquel que haya iniciado un proceso individual de desistirse del mismo en caso de que quiera formar parte de la acción colectiva.

Ante este escenario, parece ser que de nueva cuenta, ante el principio *non bis in idem* y el texto del artículo 23 constitucional que señala: “Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”, los derechos individuales de aquellos individuos que participaron en la demanda colectiva no quedan a salvo para ejercerlos por la vía correspondiente, salvo el caso que expresamente señala el párrafo quinto del artículo 613 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y, por ende, todo individuo deberá ponderar detenidamente que acción es la que

prefiere ejercitar en el entendido de que al utilizar una está cerrando la puerta para demandar por aquella que no seleccionó.

El mencionado artículo 613 del código adjetivo federal mexicano recoge el texto del artículo 30 de la 2ª versión del Anteproyecto de Código Modelo Iberoamericano que dispone:

Art. 33.- Cosa juzgada.- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.

Par. 1º. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.

Par. 2º - Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.

Par. 3º. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.

Par. 4º. Lo dispuesto en el párrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Par. 5º. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.

A la luz de lo anterior, los tratadistas iberoamericanos han señalado que, al ser los derechos individuales homogéneos derechos accidentalmente o

accesoriamente colectivos (contrario a la naturaleza de los derechos difusos y derechos colectivos en estricto sentido) la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada no tiene que necesariamente ser uniforme para todos los afectados y por consiguiente es posible adoptar la postura de Enrico Tullio Liebman²³⁴ entre cosa juzgada, inmutable para las partes, y eficacia de la sentencia, a la cual los terceros pueden oponerse.²³⁵

La cosa juzgada-inmutabilidad de la sentencia y de sus efectos- en este caso únicamente actuará para beneficiar a los titulares del derecho subjetivo de origen común y, si la sentencia es desfavorable, no hará cosa juzgada con relación a los individuos teniendo siempre en consideración que incluso si la sentencia es de improcedencia no existe la posibilidad de promover nuevas acciones colectivas.

²³⁴ “La autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, sean cuales sean, varios y diversos, según las diversas categorías de las sentencias”

Liebmanm Enrico Tullio, “*Efficacia e autorita della sentenza*”, Milán, ed. 1962, p.6.

²³⁵ Pellegrini Grinover, Ada, “*Eficacia y Autoridad de la sentencia*”, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 257.

E. Relación entre acciones colectivas y acciones individuales

Si bien los derechos colectivos en sentido amplio, por su naturaleza misma, deben ser litigados en un paradigma procesal que se adecue a sus características y al elemento de solidaridad que prima en este tipo de intereses, los ordenamientos procesales mexicanos pueden prever, especialmente por lo que hace a los derechos individuales homogéneos, mecanismos individuales para demandar la reparación del daño y consecuentemente no es posible negar el derecho a la tutela judicial de un afectado máxime cuando la acción colectiva requiere ciertos elementos de procedencia que deben actualizarse para demandar por dicha vía y esto podría requerir de demasiado tiempo a costa del afectado mismo que no tiene por qué sufrir.

Antes de ahondar en el presente tema es necesario hacer la precisión de que al encontrarnos frente a acciones individuales y una acción colectiva no es posible hablar de litispendencia toda vez que si entendemos por litispendencia la identidad de dos acciones iguales que están en curso contemporáneamente (identificando que dichas acciones son iguales cuando hay identidad en las partes, causa de pedir y lo solicitado) es posible percibir que al comparar dichas acciones no existiría coincidencia en ninguno de sus elementos.

Contrario a lo que sucede en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, de acuerdo a la legislación mexicana la posibilidad de ser beneficiado por una acción colectiva es excluyente de que el miembro del grupo ejerza su acción individual. En este sentido, el afectado debe decidir por cual vía optará para intentar restituir sus derechos colectivos vulnerados toda vez que al promover una acción individual y ser advertido por el juez de la coexistencia de una acción colectiva en términos del artículo 613 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el hecho de que el afectado no abandoné dicha acción individual para sumarse a la acción colectiva supone la renuncia de los beneficios que supone la sentencia colectiva en el entendido de que la misma únicamente tiene efectos *inter partes* siguiendo la teoría clásica de la cosa juzgada que en palabras de Ignacio Medina Lima “(la cosa juzgada)

no extiende su fuerza a otras personas, cosas ni causas o derechos no comprensibles en la sentencia.”

Por su parte, el mencionado Anteproyecto adoptó una solución que permite al afectado trasladarse de una acción a otra de acuerdo a sus intereses y las expectativas de éxito que cada acción vaya generando. El artículo 28 de dicho ordenamiento permite al afectado que haya iniciado una acción individual **suspender** dicha acción al tener conocimiento de una acción colectiva para sumarse en la misma y, en caso de que la acción colectiva fracase, regresar a la acción individual para levantar dicha suspensión y buscar la restitución del daño en su derecho colectivo por la vía individual.

La anterior situación contrasta con la regulación nacional donde la parte actora debe **renunciar** a su acción individual mediante el desistimiento que de la misma efectúe para poder ser contemplado en una acción colectiva. Lo anterior sin perjuicio de la situación previamente explicada relativa al artículo 613, párrafo quinto del código mexicano que permite a aquellos individuos afectados en sus derechos subjetivos individuales de origen común el salvaguardar su acción por vía individual cuando la acción colectiva sea desechada por improcedente.

Cabe señalar que la selección forzosa del tipo de vía que impone la legislación mexicana es en sí relativa toda vez que los derechos difusos e individuales homogéneos no cuentan con una vía individual idónea para ser protegidos y por consiguiente es difícil pensar que los afectados puedan sobreponer la tutela individual sobre la colectiva cuando aquella como tal no está prevista en los códigos procesales correspondientes.

Por lo que hace a los derechos individuales homogéneos, esta limitante que señala el Libro Quinto del referido código se hace más plausible ya que como derechos subjetivos individuales (no obstante que sean de origen común) si pueden encontrar una tutela adecuada mediante un proceso individual que se desahogue de acuerdo a las normas y principios procesales clásicos por lo que deben considerar si les es conveniente apearse a la sentencia colectiva o

bien intentar una acción individual en el entendido de que sólo podrán transitar de una colectiva a la individual cuando el juicio haya sido desechado por improcedente y de una acción individual a la colectiva cuando exista coexistencia de ambas y decida desistirse de forma fatal de la primera.

Me parece que el código mexicano fue tímido al regular la obligación del demandado de informar al juez sobre la coexistencia de un proceso individual y un proceso colectivo provenientes de la misma causa para que a su vez el juez haga esta situación del conocimiento del demandante individual toda vez que del incumplimiento de dicha obligación no se desprende ninguna sanción contrario a lo que establece el Anteproyecto cuando señala que en caso de que el demandado incurra en dicha omisión, el demandante individual podrá apegarse a la sentencia colectiva no obstante que la acción individual sea rechazada.

F. La figura del “amicus curiae”

Sin duda novedosa resultó la introducción en el Código Federal de Procedimientos Civiles del *amicus curiae*, figura predominantemente utilizada en el litigio internacional en materia de Derechos Humanos y con cada vez mayor frecuencia en la jurisdicción constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no obstante sus antecedentes milenarios que se remontan al Derecho Romano.

De igual forma en los Estados Unidos de América la participación del *amicus curiae* incrementó notablemente en los asuntos no mercantiles desahogados ante la Suprema Corte de dicho país transitando de una participación de dicha institución relativa al 18.6% en 1968 a un consolidado 86% durante la década de los ochentas del siglo pasado y, como consecuencia, los primeros informes de este tipo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos provinieron de este país.

No obstante lo anterior, la figura del *amicus curiae* no está prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en los Estatutos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino que ha encontrado su plenitud jurídica mediante un desarrollo jurisprudencial a cargo de la propia Corte.

Ante este escenario se han elaborado diversas definiciones de la institución del “amigo de la corte” pudiendo unificar estas como: una persona que no es parte del caso pero comparece ante la Corte para llamar la atención sobre algún punto de la ley o del hecho.²³⁶

La necesidad de la comentada institución encuentra su justificación nacional e internacional en virtud de los mismos argumentos que pueden reducirse a: (1) sobrecarga de trabajo que reduce el tiempo de los jueces para llevar a cabo la investigación que requieren los asuntos, (2) cargas políticas

²³⁶ De Piérola y Balta, Nicolás y Loayza Tamayo, Carolina, “*Los informes de Amici Curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/22207/1/ADI_XII_1996_10.pdf

que pudieran afectar el asunto, (3) abogados sin la pericia necesaria debido a falta de recursos o experiencia, (4) estrategias de litigio que deliberadamente omiten cuestiones trascendentales de interés público.

La identificación de estos puntos pone de relieve el motivo fundamental detrás de la implementación y utilización del *amicus curiae*, esto es, que estamos frente a **litigios de interés público** donde no obstante las únicas partes legitimadas para intervenir en el proceso son el actor, demandado y terceros interesados, la sentencia que pueda desprenderse de dichos asuntos tiene trascendencia pública y pueden tocar fibras sensibles de determinados grupos que solicitan una voz en el caso particular para hacerle saber al juez sus puntos de vista y los posibles efectos que su resolución pueda tener sobre un punto en particular.

La anterior situación se actualiza perfectamente para el caso de las acciones colectivas en México toda vez que no solo pueden versar sobre la violación de Derechos Fundamentales (lo que por si mismo justificaría la intervención de dicha figura) sino que el simple hecho de que la afectación sea colectiva va de la mano con el interés público y la necesidad de incorporar en las sentencias correspondientes los puntos de vista de agentes serios (las personas que generalmente actúan como *amicus curiae* son, en su mayor parte, instituciones académicas y organizaciones no gubernamentales así como académicos y prestigiosos expertos en diversas materias) que puedan ayudar al órgano juzgador a emitir una sentencia con mayor conocimiento de causa, máxime cuando dichas acciones generalmente versan sobre temas técnicos que suelen escapar del ámbito de conocimiento del juez.

Es preciso no perder de vista que la litis de las acciones colectivas, por la naturaleza misma de los derechos que son discutidos en este tipo de asuntos, va a tener incidencias que van más allá de las partes directamente interesadas y va a dictar las directrices de la actuación de diversos agentes públicos y privados que interactúan constantemente en una posición de supra a subordinación con el grueso de los individuos al grado que las resoluciones

que se emitan en este tipo de juicios puedan suponer las bases o condiciones de ciertas políticas públicas a cargo del Poder Ejecutivo.

Ante la influencia que ejerció la exitosa utilización de dicha figura en las *class actions* norteamericanas, el legislador mexicano, al regular las diligencias para mejor proveer, incluye la participación del *amicus curiae* siempre que sus aportaciones resulten relevantes con el asunto controvertido y su participación no genere un conflicto de intereses en relación a las partes.

Incluso, la legislación norteamericana va más allá pudiendo el tribunal asistirse directamente de especialistas en diversas materias que coadyuven con el juez por lo que hace a determinado aspectos de la litis con una alta complejidad técnica sin embargo, por lo que hace a este tipo de situaciones la legislación mexicana deja la carga de la prueba a las partes reservando la facultad del juez para allegarse de toda la información o persona que considere necesaria para poder resolver el asunto.

En este sentido, el Libro Quinto del código adjetivo federal mexicano supuso el primer ordenamiento en prever de forma expresa al *amicus curiae* en lo que supone una gran innovación legislativa de situaciones que han resultado tener gran impacto y éxito en nuestro ordenamiento jurídico tal y como la función ejercida por los diversos *amici curiae* que participaron en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000 en la que se discutió sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal.

En la medida en que más personas física o morales utilicen esta figura y permitan al juez emitir resoluciones mejor fundadas y motivadas debe celebrarse que la sociedad civil tenga una participación activa en aquellos asuntos de trascendencia social y a su vez permita subsanar ciertas deficiencias de la administración de justicia que suelen trascender en el fallo final de los asuntos.

G. Gastos y costas

A partir de la experiencia norteamericana, las acciones colectivas han sido percibidas por distintos sectores de la sociedad civil así como por algunos practicantes del Derecho como negocios privados en manos de abogados donde a toda costa estos buscan localizar y presentar antes que nadie una demanda colectiva con el fin de verse beneficiados económicamente sobre cualquier interés que pudiera subyacer la materia del litigio tal como el interés público del mismo.

Existen registros documentados de acciones colectivas promovidas en los Estados Unidos de Norteamérica donde existe un abismo entre el beneficio recibido por los miembros afectados de la colectividad en contraste con el beneficio que recibe el representante común.

No obstante que en dicho país los honorarios de los abogados están sujetos a revisión y aproación, en caso de que la acción colectiva sea procedente y prospere en beneficio de su causa, dicho representante habrá de recibir un porcentaje total sobre la cantidad en dinero de aquella reparación del daño (en circulante o no) que habrán de recibir los miembros de la colectividad.

Se considera que los abogados litigantes reciben, en promedio, aproximadamente el 25% de la suerte principal demandada aunque dicha cantidad pueda ser ajustada a la baja o alza en la inteligencia de que son ellos mismos quienes proponen el monto de sus honorarios y los gastos que la representación de la colectividad les costará al juez en el momento procesal correspondiente a la certificación del representante común. Lo importante en este punto es contrastar las ganancias que recibe el representante común con el beneficio que efectivamente reciben los afectados.

En el año 2001, la empresa estadounidense *Blockbuster Inc.* celebró un convenio judicial para transigir la acción colectiva que se había presentado en su contra en la ciudad de Dallas, Texas por una colectividad de usuarios de su

servicio de renta de videos contra los exorbitantes precios de su cargos por retraso en la devolución de los videos y demás productos en renta.

Como resultado del convenio judicial, la empresa puso a disposición de los usuarios, en sus correspondientes centros de distribución, un cupón válido para una renta gratis. Por su parte, dicha empresa también se obligó a pagar los honorarios de los representantes de la colectividad por la cantidad de Dólares EUA \$9,250,000.00, que si bien comprendía un porcentaje menor del valor de los cupones, constituyo una ganancia para *Blockbuster Inc.* toda vez que la mayor parte de los cupones jamás fueron solicitados por los afectados.

Dentro de este tipo de convenios denominados en la doctrina norteamericana como “*sweetheart settlements*” no cabe duda que el representante común busca un resultado que es más benéfico para él en términos palpables que para los afectados toda vez que si bien estos reciben alguna reparación del daño mediante la distribución de cupones, productos u otros medios compensatorios de carácter no económico, es difícil estimar el valor real de recuperación de la colectividad y, en este sentido “*one may be fairly confident that the extent of the compensation for the attorneys involved is handsome and for the class members, less so*”²³⁷

Por otra parte, en septiembre de 2012, dos despachos de abogados estadounidenses (Prickett, Jones & Elliot y Kessler Topaz Meltzer & Check) fueron autorizados a cobrar honorarios por Dólares EUA \$305,000,000.00 tras ser convalidada la fijación de dicha cantidad por la Suprema Corte de Delaware.

Si bien la demanda promovida por los accionistas de *Southern Copper Corp.* contra Grupo México ascendió a un valor de 2 billones de Dólares EUA, los defensores de esta trataron de hacer valer que la Suprema Corte de Delaware debería de haber considerado únicamente los derechos de la minoría

²³⁷ Backhaus, Jurgen G., Cassone, Alberto, and Ramello, Giovanni B. “*The law and economics of class actions in Europe. Lessons from America*”, United States of America, New Horizan in law and Economics, 2012, p.85.

accionaria para la determinación de los honorarios pues de lo contrario los efectos de la sentencia serían para beneficio del propio Grupo México al ser esta dueña del 81% de *Southern Copper Corp.*

En este sentido, los accionistas minoritarios del 19% de la empresa estadounidense recibirían únicamente Dólares EUA \$386,000,000.00 y, sobre esta base, los honorarios de los abogados de la colectividad constituirían de manera efectiva el 79% de la misma.

La experiencia norteamericana también demuestra que el “arreglo” de los honorarios basados un porcentaje sobre la suerte principal suelen dar lugar a que los representantes transijan desde muy temprano en el litigio y por cantidades considerables que no obstante no corresponden con el valor potencial de la acción colectiva. Lo anterior le da la ventaja a los representantes de que el juez, en caso de modificar el arreglo de honorarios, habrá de moverse en un espectro que difícilmente se alejará mucho del porcentaje convenido.

Los anteriores únicamente constituyen algunos ejemplos de lo que se ha considerado como abuso del Derecho en las acciones colectivas y las desvirtualización de la institución donde el interés público pasa a segundo plano y, en muchas ocasiones, los representantes de la colectividad buscan llegar a acuerdos que privilegien sus expectativas económicas sobre la efectiva reparación del daño de la los titulares de los derechos colectivos en sentido amplio.

Ha causado un debate tan nutrido la situación de los honorarios de los representantes comunes en Estados Unidos que incluso hoy en día se manejan ciertas alternativas *sui generis* por parte de los jueces como es la “subasta” de la representación colectiva donde, habiéndose apersonado una colectividad para demandar ante un juzgado federal, el juez que conozca de la causa hace la misma del conocimiento del foro jurídico y recibe propuestas de representación mismas que se someten a la consideración de la corte quién

habrá de escoger al representante en virtud de la relación precio/calidad que considere más adecuada.

Ante estas situaciones, el legislador mexicano con una deficiente técnica legislativa por no ser el ordenamiento adecuado para preverse esta situación, introdujo los aranceles máximos que determinan los honorarios que el representante legal y el representante común pueden acordar con sus representados. En este sentido, el artículo 617 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece:

ARTICULO 617.- Cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.

Los honorarios del representante legal y del representante común, que convengan con sus representados, quedarán sujetos al siguiente arancel máximo:

- I. Serán de hasta el 20%, si el monto líquido de la suerte principal no excede de 200 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal;
- II. Si el monto líquido de la suerte principal excede 200 mil pero es menor a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 20% sobre los primeros 200 mil y de hasta el 10% sobre el excedente, y
- III. Si el monto líquido de la suerte principal excede a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 11% sobre los primeros 2 millones, y hasta el 3% sobre el excedente.

Si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas deberán estar contemplados como parte de las negociaciones del convenio de transacción judicial. En cualquier caso, los honorarios del representante legal y del representante común que pacten con sus representados deberán ajustarse al arancel máximo previsto en este artículo.

De acuerdo al citado artículo, el legislador introdujo los aranceles a los que habrán de sujetarse los contratos de prestación de servicios que celebre el

representante común con la colectividad así como el representante legal que asista a cada uno de los afectados, de forma separada, en el incidente de liquidación donde habrá de cuantificarse el daño que estos sufrieron.

Resulta medular dejar en claro que cuando estemos frente a acciones colectivas en sentido estricto e indiciuales homogéneas la sentencia principal que se derive de la acción colectiva promovida por el representante común, en caso de ser favorable, no habrá de cuantificar los daños causados a la colectividad como grupo ni de forma individual. Por el contrario, dicha sentencia habrá de determinar la existencia del daño y ordenar que se abran los incidentes de liquidación correspondientes para que cada uno de los individuos acredite el daño individual a sus derechos colectivos y en virtud de ello el juez competente determine la cantidad que habrá de pagar el demandando en ejecución de sentencia.

Es posible decir que la sentencia principal, cuando la acción colectiva es fructífera, es una sentencia condenatoria sin embargo la misma no determina los montos en que dicha condena se traduce económicamente sino que da lugar al paso de una nueva etapa procesal donde estos habrán de calcularse.

Lo anterior resulta lógico máxime si tomamos en cuenta por una parte, que los afectados no tienen la carga probatoria individual durante la substanciación de la acción colectiva y por otra parte, que nuevos miembros de la colectividad tienen derecho a sumarse a la acción colectiva incluso hasta 18 meses posteriores a que la sentencia colectiva haya causado estado o bien se haya celebrado el convenio judicial y, en este sentido, hubiera resultado imposible pensar en la cuantificación de un daño expresado en la sentencia cuando ni siquiera se sabe el número de afectados al momento de dictarla.

Así las cosas, en caso de que la sentencia proveniente de una acción colectiva sea de condena traducida en cantidad cuantificable, la parte actora deberá pagar entre el tres y el veinte por ciento de la suerte principal de cada incidente al representante común por concepto de honorarios dependiendo la

cantidad a la que ascienda dicha suerte principal. Lo anterior se hace extensivo para el representante legal que asista al afectado en el incidente de liquidación.

No obstante el establecimiento de los aranceles máximos, el segundo párrafo de la fracción segunda del artículo 618 del comentado código parece sugerir que los honorarios de los representantes de la colectividad están sujetos a una convalidación del juez como sucede en las legislaciones norteamericanas y aquella del código uniforme para Iberoamérica al señalar que este habrá de tomar en consideración las características del trabajo realizado por los representantes así como la acción colectiva por sí misma y sus beneficios.

No cabe duda del carácter proteccionista que asumió la legislación mexicana a través del artículo analizado contrastando con prácticamente todas las legislaciones comparadas y, si se cumple el objeto de buscar una proporción en el beneficio que obtiene el afectado con aquel que habrá de recibir su representante, la instrumentalización que se hizo a través del incidente de liquidación habrá de tener consecuencias sumamente negativas para el régimen de las acciones colectivas mismas que analizaré en el siguiente subcapítulo.

Otro elemento que salta a la vista del artículo transcrito es su primer párrafo, mismo que establece que cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva así como los honorarios de sus representantes (cabe señalar que el concepto de los honorarios de los abogados entra dentro del concepto de costas procesales por lo que no era necesario enunciarlo).

El referido párrafo rompe con la regla general adoptada por la mayoría de los sistemas jurídicos y que se puede traducir en: el que pierde el proceso carga con todas las costas o bien el principio de *loser pays*²³⁸ con la finalidad de que fueran los intereses de los representados aquellos que subsistieran

²³⁸ Gomes, Junior, Luiz Manoel, "Costas-responsabilidad del reo vencido y exención del legitimado colectivo", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *Código modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo* México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 211.

durante el proceso y se rompiera con el abuso de la figura que se había generado en otros países.

Por su parte, cuando estamos frente a acciones colectivas provenientes de derechos difusos no cuantificables, el Código Federal de Procedimientos Civiles sigue el criterio establecido en el párrafo primero del artículo 15 del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que deja la cuantificación de los honorarios de los representantes al arbitrio del juez quién habrá de considerar el trabajo realizado por el mismo así como el número de miembros de la colectividad, el beneficio para la colectividad y otros elementos que considere aconsejables.

H. Incidente de liquidación

Contrario a la situación que acontece en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el incidente de liquidación juega en nuestro país un papel trascendental, principal y *sine qua non* para aquellas acciones colectivas que versan sobre derechos colectivos en sentido estricto y derechos individuales homogéneos. Aunado a lo anterior, por ser el momento procesal en que el daño sufrido a cada uno de los afectados se determina, los incidentes de liquidación están destinados a ser tan importantes para las partes como la acción colectiva *per se* donde se determina la existencia del daño.

Sobre el incidente de liquidación el referido Anteproyecto señala lo siguiente:

Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

Art. 22. Sentencia de condena.- En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.

Par. 1º. Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.

Par. 2º - Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

Par. 3º - El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación.

Como se desprende de la disposición transcrita, en el proyecto iberoamericano así como en la mayoría de las legislaciones comparadas, el

incidente de liquidación dentro de las acciones colectivas juegan un papel accesorio, incidental y que generalmente tiene lugar a instancia de parte.

La cuantificación preferente del daño en la sentencia principal va de la mano con la utilización del sistema *opt-out* y los efectos *erga omnes* de la sentencia situaciones que obligaron al legislador a instrumentar la determinación del daño económico mediante incidentes individuales.

Dentro de estos sistemas, el afectado **podrá** iniciar el trámite de un incidente de liquidación individual pero únicamente cuando no esté de acuerdo con el monto que le corresponde en la sentencia principal y, contrario al caso mexicano, no obliga a todos y cada uno de los miembros de las acciones colectivas por violación de derechos colectivos en sentido estricto e individuales homogéneos a recurrir al incidente de liquidación como requisito indispensable para ver materializadas sus aspiraciones económicas.

En este sentido, la sentencia que se desprende de una acción colectiva en México por los dos derechos mencionados únicamente habrá de fijar la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar y ordenará se abran los incidentes de liquidación que correspondan en la inteligencia que más afectados podrán sumarse a la colectividad y acudir directamente a dichos incidentes hasta por un periodo de 18 meses.

En consecuencia, la sentencia solamente versará sobre: (a) el *an debeat* (la existencia de la obligación), (b) *el quis debeat* (la identidad del deudor o sujeto pasivo de la obligación) y (c) el *quid debeat* (la naturaleza de la prestación debida, es decir, la indemnización pecunaria) y carecerá del *quantum debeat*, esto es, el monto relativo de la indemnización individual respecto a cada miembro del grupo así como del *cui debeat*, o sea, la identidad del acreedor y su condición de beneficiado para que dicha sentencia pueda ser ejecutable.

Considero como una de las mayores faltas de visión y técnica legislativa de nuestro Congreso de la Unión la imposición de este requisito procesal que

destruye el carácter unitario de la acción colectiva y la convierte, de facto, en una serie de demandas átomo que rompen con uno de los mayores beneficios presentados por las acciones colectivas, la economía procesal.

Resulta difícil pensar que, si bien la Cámara de Diputados previó en la sesión relativa a la adición del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles los beneficios que esta traería al quitarle una gran carga de trabajo a los tribunales federales unificando muchas causas comunes bajo un solo procedimiento lo cual habría de traer consecuencias benéficas para la economía procesal no solo de las acciones colectivas sino de todos los procesos ventilado ante dicha instancia, el mismo órgano fue incapaz de prever que, al momento de arribar al momento procesal relativo a la interposición de los incidentes de liquidación, la dimensión molecular de la acción colectiva habría de desintegrarse no solo eliminando el beneficio relativo a la carga de trabajo jurisdiccional sino haciendo peor la situación toda vez que en un plazo de un año estos deberán de conocer y resolver incidentes de liquidación que pueden alcanzar hasta los cientos de miles y, dependiendo el dicho daño, incluso millones.

Adicionalmente, cada incidente de liquidación habrá de constituirse en un juicio por si mismo donde se deberán probarse y acreditarse cada daño individual (con la correlativa obligación procesal de la parte demandada de desacreditar dicho daño y tratar de que la cuantificación del mismo sea la menor posible) y el mismo será objeto de apelaciones e incluso medios de defensa extraordinarios tales como el amparo lo cual desestima las virtudes con las que se dio vida a la figura de la acción colectiva

I. Reparación del daño y cumplimiento sustituto

A partir de la concepción e instrumentalización de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico mexicano, la figura de reparación del daño como consecuencia de la sentencia colectiva y como derecho fundamental de los afectados tuvo un rol central al grado de verse plasmada en la propia reforma constitucional al artículo 17 de 29 de julio de 2010.

Resulta conveniente recordar lo que el párrafo tercero del artículo 17 constitucional dice sobre la materia:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 17.

(...)

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y **los mecanismos de reparación del daño**. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

(...)

En este contexto, y contrario a lo que establece la legislación colombiana la cual únicamente prevé a las acciones colectivas como un medio para obtener el reconocimiento y pago de una indemnización (Ley 472 de 1998)²³⁹, la legislación mexicana directamente erigió a las acciones colectivas como un mecanismo de reparación del daño que puede y debe cumplir con los estándares internacionales relativos a las violaciones a Derechos Humanos.

Vale la pena hacer un breve recorrido por la evolución del Derecho Fundamental autónomo de reparación del daño hasta llegar a sus

²³⁹ La experiencia colombiana se vio obligada a superar la limitación que suponía la letra de su ley en la materia mediante una labor garantista de los jueces y la consecuente evolución de los criterios jurisprudenciales a la luz de una interpretación *pro homine* de la palabra "indemnización". Véase, López Cárdenas, Carlos Mauricio, "La acción de grupo. Reparación por Violación a los Derechos Humanos." Colombia, Universidad de Rosario, 2011.

implicaciones dentro de la acción colectiva en la inteligencia de que esta se concibe como el mecanismo idóneo y efectivo para lograr dicha reparación *in integrum* respecto de violaciones masivas.

El concepto de indemnización, mismo que a principios del siglo XX se equiparaba al de reparación, se reflejó por primera vez en el artículo 3° de la Convención de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 como un estándar genérico para las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario.²⁴⁰ Sin embargo, en un contexto contemporáneo, es posible encontrar las raíces de la reparación del daño en el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁴¹, o bien dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴².

Dicho concepto también se ha plasmado en una serie de instrumentos internacionales de carácter específico que prevén los mecanismos necesarios para que los países parte establezcan garantías secundarias específicas para asegurar el derecho a la tutela jurisdiccional y una reparación correspondiente tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial o la Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante lo anterior, los trabajos realizados por la Ex Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas constituyen el esfuerzo más significativo para integrar un cuerpo normativo y dotar de contenido a las reparaciones por violaciones a los Derechos Humanos. La referida Comisión elaboró los denominados “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” mismos que dictan los medios para el cumplimiento de la obligación jurídica de reparación en

²⁴⁰ López Cárdenas, Carlos Mauricio, “*La acción de grupo. Reparación por Violación a los Derechos Humanos.*” Colombia, Universidad de Rosario, 2011, p. 138,

²⁴¹ “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

²⁴² “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación.”

virtud de las normas internacionales de Derechos Humanos y contienen las directrices necesarias para que una acción de carácter colectivo pueda ser un mecanismo idóneo y efectivo para la reparación integral por violaciones a los Derechos Humanos.²⁴³

Se ha llegado a sostener que la reparación del daño por violaciones graves a los Derechos Humanos intenta “reconstruir la propia existencia, lejos del terror y de la impunidad, gracias a un acto jurídico y simbólico a la vez”²⁴⁴ donde el elemento jurídico se desprende del origen netamente procesal y legal mediante el cual se puede determinar la responsabilidad a cargo de algún sujeto y, por su parte, el elemento simbólico aparece porque no obstante nunca es posible subsanar los perjuicios sufridos por la víctima, los cuales son de carácter irreparable, se produce algo nuevo que representa un concepto de justicia, indispensable para la convivencia social.²⁴⁵

En este contexto, es necesario que el juez federal, al momento de dictar las sentencias que versen sobre acciones colectivas (sin importar el tipo de derecho que se esté ejercitando) se apegue a las directrices aprobadas por la Asamblea General de la ONU que a su vez comprenden los componentes de: (1) restitución, (2) indemnización, (3) rehabilitación, (4) satisfacción, (5) garantía de no repetición y (6) proyecto de vida.

Sobre el particular, dichos principios y directrices han señalado que por **restitución** ha de entenderse como la situación que “siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos...”²⁴⁶

La **indemnización** a la luz de los mismos estándares comprenden los pagos de carácter económico que deben ser realizados a la víctima o sus beneficiarios por las pérdidas materiales ocurridas por la violación de sus

²⁴³ López Cárdenas, Carlos Mauricio, *op. cit.* nota 232, p. 141.

²⁴⁴ *Ibidem.*

²⁴⁵ *Ibidem.*

²⁴⁶ *Idem.* p. 145.

derechos y a partir de la misma (elemento objetivo)²⁴⁷ así como para compensar pérdidas de carácter moral (elemento subjetivo).

La **rehabilitación** resulta procedente cuando la víctima ha sufrido daños físicos y/o psicológicos y, en este sentido, esta tiene por objeto asistir a la misma para su recuperación mediante atención médica y psicológica así como mediante prestación de servicios jurídicos y sociales.

Por su parte, la **satisfacción** como elemento integrante del derecho a la reparación supone la obligación del Estado a proveer satisfacción al afectado cuando el daño sufrido no puede ser totalmente restituido o compensado, “a la víctima o a sus familiares de les reafirma la existencia del derecho que les ha sido vulnerado y se reconoce la ilegitimidad de su transgresión”.²⁴⁸ En este orden de ideas puede considerarse que la satisfacción supone una especie de cumplimiento sustituto dirigido a restablecer la dignidad y la reputación de las víctimas y puede ser alcanzado por medios de satisfacción tales como las disculpas públicas, la identificación de los restos de personas desaparecidas o el deber estatal de conocer y revelar la verdad histórica del asunto.

Finalmente, la **garantía de no repetición** tiene por objeto que la víctima y sus familiares no sufran de nueva cuenta los efectos y las consecuencias de los actos ilícitos de los cuales fueron víctimas y, en este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha instado a un país a ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como a tipificar penalmente el delito de desaparición forzada y tortura.²⁴⁹

Como corolario a este análisis sobre la reparación del daño producido por consecuencia de violaciones a Derechos Fundamentales, cabe señalar que

²⁴⁷ Cabe destacar que dentro de la categoría de los daños pecuniarios se prevén aquellos denominados como “daños emergentes” que es el menoscabo directo en el patrimonio del afectado como resultado de la violación a sus derechos, y el “lucro cesante” o “perjuicios” entendiéndose como aquellos bienes sujetos de ser valuados económicamente que debían haber ingresado al patrimonio del afectado si no hubiera sufrido dicha violación.

²⁴⁸ López Cárdenas, Carlos Mauricio, *op. cit.* nota 232, p. 153.

²⁴⁹ *Idem.* p.155.

si bien los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones entendida como resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2005 no tiene carácter vinculante respecto de los países miembros de dicha organización, es innegable que las mismas son parte de la costumbre internacional misma que constituye una de las fuentes del Derecho más importantes en la materia. Asimismo, la jurisprudencia interamericana ha hecho propias muchos de estos criterios²⁵⁰ por lo que, dependiendo del caso en concreto, estos criterios pueden ser directamente vinculantes para México o bien tener un carácter indicativo que marque el camino de las sentencias y resoluciones a adoptar por el Poder Judicial.

Es reconocido a nivel internacional que las acciones colectivas son mecanismos idóneos y efectivos para reparar graves violaciones a los Derechos Fundamentales y en este sentido es de celebrarse que el Poder Constituyente haya establecido este deber del juez en la propia Constitución.²⁵¹

No obstante lo anterior, a la luz de lo expuesto anteriormente es posible constatar que la adecuación que el Código Federal de Procedimientos Civiles hace respecto al mandato constitucional relativo a la reparación del daño es por demás limitado en cuanto dicho ordenamiento limita los alcances de la reparación del daño en un claro desconocimiento de los estándares internacionales de la materia.

²⁵⁰ Dentro de un primer grupo de medidas para establecer la reparación de daño por violaciones colectivas de Derechos Humanos están aquellas destinadas a la recuperación de la memoria colectiva pudiendo señalarse también aquellas que se orientan a establecer medidas de rehabilitación colectiva de naturaleza física, psicológica o psiquiátrica, un tercer grupo se encamina a otorgar reparaciones que favorezcan los intereses comunales mediante programas de desarrollo de diversa índole, el cuarto grupo que se orienta a garantizar la seguridad y protección de testigos y familiares y, finalmente, un quinto grupo que impone la supresión de normas y prácticas contrarias a los Derechos Fundamentales, o bien, la adopción de legislación y medidas que permitan la efectiva observancia de estos derechos.

²⁵¹ Las *international mass claims* (acciones internacionales de clase) han mostrado la posibilidad de reparar a las víctimas no obstante que los perjuicios se encuentren “colectivizados” dando lugar únicamente al establecimiento de subclases entre las víctimas para identificar el procedimiento apropiado de reparación del daño.

ARTÍCULO 581.- Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que **tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto** de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, **cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo** y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

Por lo que hace a la acción difusa, no será suficiente que el juez ordene las medidas que correspondan para regresar la situación al estado que guardaba antes de la violación para entenderse que ha existido una plena reparación del daño y, por lo que hace a la acción colectiva en sentido estricto, la conducta positiva y/o negativa que lleve a cabo el condenado como consecuencia de la sentencia deberán cubrir todos los aspectos que sean aplicables con los criterios internacionales en tanto los mismos se adecuen con el tipo de Derecho Fundamental colectivo lesionado. Finalmente, el legislador no hace mención de la reparación del daño cuando se refiere a la acción colectiva proveniente de derechos individuales homogéneos señalando únicamente como consecuencia de la sentencia el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión y si bien es cierto que dicha acción tiene un origen individualista esto no lo exime de reparar el daño sino que simplemente

habremos de estar ante una reparación individual del daño con las características que estos conllevan.

Una vez más, el pleno desarrollo y eficacia de las acciones colectivas se verán en manos de los jueces que en primer lugar tengan conocimiento del régimen nacional e internacional de la reparación del daño y consecuentemente lleven a cabo un desarrollo jurisprudencial que permita robustecer este Derecho Fundamental autónomo que debe desprenderse de toda sentencia condenatoria por violaciones a los Derechos Humanos.

J. Fondo para los recursos derivados de las acciones difusas

El fondo previsto por el Capítulo XI del Código Federal de Procedimientos Civiles es una figura tomada del Anteproyecto de Código Iberoamericano para Procesos Colectivos y tiene por objeto dar un destino a las condenas monetarias que se desprendan de sentencias por acciones difusas donde los afectados no reciben, en principio, cantidades de dinero para reparar el daño que hubieren sufrido.

Inicialmente el exclusivo uso dado por el legislador mexicano al Fondo, mismo que es administrado por el Consejo de la Judicatura Federal, fue el de constituir una reserva que asegurara el pago de los gastos y costas a cargo de la colectividad, especialmente por lo que hacía a los honorarios de los representantes. Sin embargo, de una interpretación sistemática del Libro Quinto del código comentado se desprende que el Fondo también habrá de utilizarse como destino de aquellas cantidades a las que esté obligado a pagar el demandado cuando no sea posible lograr la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación y por ende tenga lugar el cumplimiento sustituto.

No obstante lo anterior, es de llamar la atención que el código no señale expresamente el destino y uso que habrá de darse al dinero que conste en el Fondo sino que únicamente obliga al Consejo de la Judicatura Federal a divulgar el origen, uso y destino del mismo pudiendo desvirtuarse el objeto con el cual estos fueron recibidos toda vez que ni siquiera se hace mención de la forma en que estos deberán contribuir a la obtención del cumplimiento sustituto.

La omisión del legislador mexicano contrasta con la situación prevista por el artículo 8° del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que máxime si se considera que dicho ordenamiento sirvió de inspiración para adoptar dicha figura y en donde se establece que los recursos destinados al mismo deberán dirigirse a la reconstitución de los bienes lesionados o, no siendo posible esto (cumplimiento sustituto), a la

realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, incluidas aquellas actividades que beneficien el bien jurídico perjudicado.

Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

Art. 8°. Acción indemnizatoria. En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez dispondrá que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad, **sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado.**

Me parece que el texto citado contiene una previsión que es más adecuada y acorde con la finalidad de las acciones colectivas como garantía secundaria para asegurar la eficacia de los Derechos Fundamentales y, en este sentido, no sólo permite el acceso a la justicia por lo que hace a los derechos difusos sino que permite el restitución del orden constitucional/convencional como verdadero medio de control de dicho régimen.

Si bien ambas legislaciones analizadas conceden preferencia a la reparación *in natura* del bien violado, en lugar del cumplimiento sustituto traducido en la reparación pecuniaria, el Anteproyecto para Iberoamérica concede un medio más adecuado para la recomposición de los valores colectivos violados al obligar que el producto de la condena sea revertido en el Fondo y a su vez utilizado para: (a) (en primer lugar) la reconstitución de los bienes perjudicados, y si lo anterior no fuere posible (b) la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión en pro del bien jurídico tutelado o bien evitar que esta se repita y c) otras actividades que beneficien el bien jurídico perjudicado; contrario a la indeterminación suscitada en nuestro código que no ordena nada respecto a destino final de los recursos en cuestión.

IV. La reforma en materia de amparo de junio del 2011 y sus implicaciones en los derechos colectivos “lato sensu”

A. Interés Legítimo

A raíz de la reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011, la Carta Magna incluyó al interés legítimo y colectivo como supuesto de legitimación activa para acudir al juicio de amparo rompiendo finalmente con el limitado concepto de derecho subjetivo (interés jurídico) que había regido la procedencia de dicho medio de control de la constitucionalidad²⁵² y, en este sentido, se favoreció el acceso a la justicia de aquellos derechos clásicamente dejados fuera de la tutela constitucional vía amparo.

Hasta antes de la reforma en comento, todo aquel que promovía un juicio de amparo en virtud de un interés legítimo se veía impedido para justiciar determinados derechos en virtud de la berrera que suponía la fracción la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, esto es, la causal de improcedencia por falta de interés jurídico del promovente, situación que impedía a los órganos competentes para resolver el fondo del asunto en virtud de una deficiente y anticuada legislación procesal.

Ahora, de acuerdo al artículo 5º del Proyecto de Decreto mediante el cual se expide la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentado por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados y publicado en la Gaceta Parlamentaria de dicho órgano legislativo el día 12 de febrero de 2013, nos encontramos ante la transición del derecho subjetivo (interés jurídico) como situación legitimadora hacía el interés legítimo, lo cual supone una ampliación de los derechos y situaciones que pueden tutelarse a favor de los gobernados mediante el denominado juicio de garantías.

El artículo 5º del proyecto de la nueva Ley de Amparo sostiene:

²⁵² Véase, García Barragán López, Daniel, “*El interés legítimo en la nueva Ley de Amparo*”, Revista El Extranjero, <http://elextranjero.com.mx/wordpress/?p=2572>

Artículo 5º. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quién aduce ser **titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo individual o colectivo**, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previsto en el artículo 1 de la presente ley y con ello **se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico**.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

(...)

En palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el texto del artículo citado “representa la puerta por la que acceden al proceso (ordinario o de amparo constitucional) este **tipo de interés individual o social tutelado por el Derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho subjetivo**”.²⁵³

Ahora bien, si el derecho subjetivo, esto es la potestad jurídica de una persona para hacer, exigir o impedir algo en relación con un sujeto pasivo quién debe soportar la carga jurídica²⁵⁴, se mantiene como supuesto para acceder al Juicio de Amparo, bajo el Proyecto que se discute actualmente en el Congreso de la Unión todas aquellas situaciones donde se lleguen a lesionar derechos de los gobernados (generalmente de forma indirecta) y no exista norma jurídica que directamente conceda un poder de exigencia también podrán tutelarse mediante el comentado instrumento lo que supone una

²⁵³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Juicio de amparo mexicano y anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (a propósito del interés legítimo)” en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 531-532.

²⁵⁴ De acuerdo a Jorge del Vecchio, el derecho subjetivo contiene dos elementos: el interno o la posibilidad de querer y obrar conforme a la norma jurídica y el externo, que está constituido por la no concurrencia de un impedimento ajeno, es decir una posibilidad de exigir de otros el respeto al llamado elemento interno. De acuerdo al filósofo de Bolonia, con la facultad de querer y de pretender “corresponde una obligación por parte de otros”. Véase: Jorge del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1946, p.391.

transformación radical del Amparo que deja atrás la concepción liberal-individualista del derecho.

En este sentido, vale la pena rescatar la interpretación dada por el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia sobre lo que se entendía por derecho subjetivo y la confusión que existía dentro de nuestro sistema jurídico entre lo que hoy conocemos como interés legítimo e interés simple:

INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN.

El interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, 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). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, **cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un "poder de exigencia imperativa"; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto.** Tal sucede, por ejemplo, con las leyes o reglamentos administrativos que prohíben o regulan una actividad genérica, o que consagran una determinada

situación abstracta en beneficio de la colectividad. Si el estatuto legal o reglamentario es contravenido por algún sujeto, porque su situación particular discrepa o no se ajusta a sus disposiciones, ninguno de los particulares que obtenga de aquél un beneficio o derive una protección que pueda hacer valer tal discrepancia o dicho desajuste por modo coactivo, a no ser que el poder de exigencia a la situación legal o reglamentaria se le conceda por el ordenamiento de que se trate. Por tanto, si cualquiera autoridad del Estado determina el nacimiento de una situación concreta, que sea contraria a la primera, desempeñando un acto opuesto o no acorde con la ley o el reglamento respectivo, es a esa misma autoridad o a su superior jerárquico a los que incumbe poner fin a dicha contrariedad o discordancia, revocando o nulificando, en su caso, el acto que las haya originado, pues **el particular sólo puede obtener su revocación o invalidación cuando la ley o el reglamento de que se trate le concedan "el poder de exigencia" correspondiente.**²⁵⁵

De esta forma podemos apreciar como el Juicio de Amparo, así como lo hizo el juicio en sede ordinaria (aunque realmente es un juicio extraordinaria de naturaleza constitucional) mediante las acciones colectivas, reconocieron los derechos transindividuales propios de los tiempos que vivimos y, en este sentido, evolucionó como medio de defensa tal como hizo en 1963 al legitimar a los núcleo de población ejidal o comunal mediante el amparo social.

El interés legítimo, cuyo desarrollo parte de la doctrina administrativa italiana, y que fue reconocida por primera vez en la Ley 5992/1889 para después tener reconocimiento en la Carta Constitucional Italiana²⁵⁶, se entiende como “la **aspiración legítima**, de orden pecuniario o moral que

²⁵⁵ [TA]; 7a. Época; Pleno; S.J.F.; Volumen 37, Primera Parte; Pág. 25

²⁵⁶ El interés legítimo se encuentra plasmado en los artículos 24, 103 y 113 de la Constitución de la República italiana. Los citados preceptos constitucionales establecen en su parte relativa; “Artículo 24. Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de intereses legítimos”. Artículo 103. “El Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tendrán jurisdicción para la protección frente a la Administración Pública de los intereses legítimos y en ciertas materias que la ley indique, asimismo para la de los derechos subjetivos...”. Y artículo 113: “Contra los actos de la Administración Pública se dará siempre la protección jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante cualesquiera órganos judiciales ordinarios o administrativos. Dicha protección jurisdiccional no podrá quedar excluida o limitada a determinados órganos de impugnación o para determinada categoría de actos...”.

representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización (incluida la omisión) de una determinada conducta”²⁵⁷. En otras palabras y en el contexto del derecho administrativo, el interés legítimo supone la facultad de acudir al Juicio de Amparo cuando un acto administrativo genera un perjuicio al gobernado en virtud de su situación de hecho frente al ordenamiento jurídico y si bien es cierto que no cuenta con un elemento de exigencia (propio del derecho subjetivo) este lesiona su esfera jurídica en sentido amplio.

No obstante lo anterior, el interés que se ve vulnerado debe reunir ciertas características para poder considerarse interés legítimo, es decir, debe tratarse de un **interés cualificado y específico que efectivamente logre penetrar la esfera jurídica (amplia) del gobernado a efecto de que le produzca un perjuicio o lo prive de un beneficio.**

Al respecto vale la pena destacar el siguiente criterio sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito respecto a las características del interés legítimo y su “cualificación” para considerar que efectivamente incide en la esfera jurídica del gobernado y por ende tiene la posibilidad de acudir a juicio contencioso administrativo mediante el interés legítimo. (Cabe destacar que la presente tesis deriva del análisis que se hace del concepto de interés legítimo a la luz de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, ordenamiento que ya preveía dicha figura como supuesto de legitimación activa y por ende permite la justiciabilidad de los derechos difusos y colectivos a nivel local.)

INTERÉS LEGÍTIMO. SU CONEXIÓN CON LAS NORMAS DE ACCIÓN.

El concepto de interés legítimo, a diferencia del interés jurídico, no impone la obligación de contar con un derecho subjetivo tutelado para hacer procedente la instancia contenciosa. En relación con la anterior afirmación, es necesario hacer referencia a las normas que se aplican en derecho administrativo, a saber: a) las de relación, que imponen a la

²⁵⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.* nota 245. p. 531.

administración una determinada conducta, cuyo objetivo es proteger la esfera jurídica del gobernado y tutelan intereses privados, por lo que su infracción comporta el desconocimiento de un derecho subjetivo y situaciones jurídicas individuales derivadas de la actividad administrativa; y, b) las de acción, referidas a la organización, contenido y procedimientos que anteceden a la acción administrativa que persiguen o tutelan el interés público y garantizan así una utilidad también pública, estableciendo deberes de la administración pero sin suponer a otro sujeto como destinatario. En este sentido, **la observancia o inobservancia de las normas de acción y, por ende, la buena o mala marcha de la administración puede generar una ventaja o desventaja de modo particular para ciertos gobernados respecto a los demás y es, en esos casos, que surge un interés legítimo cuando se da la conexión entre tal o tales sujetos calificados y la norma, aun sin la concurrencia de un derecho subjetivo** (que sólo opera en los casos de las normas de relación), resultando que **el interés del particular es a la legalidad del actuar administrativo, dada la especial afectación y sensibilidad en vinculación con el acto administrativo. Consecuentemente, la ventaja o desventaja que se deduzca del acatamiento o violación por la administración a lo mandado en las normas de acción en conexión específica y concreta con los intereses de un gobernado, hace nacer un interés cualificado, actual y real, que se identifica con el legítimo.** Por consiguiente, el gobernado estará en aptitud de reclamar ante los tribunales un control jurisdiccional tendente a la observancia de normas cuya infracción pueda perjudicarlo, asumiendo así la titularidad de un derecho de acción para combatir cualquier acto de autoridad, susceptible de causar una lesión en su esfera jurídica, en cuanto que le permite reaccionar y solicitar la anulación de los actos viciados, esto es, un poder de exigencia en ese sentido, en razón de un interés diferenciado, que además le faculta para intervenir en los procedimientos administrativos que le afecten.²⁵⁸

En este sentido, el tema del interés legítimo en el ordenamiento jurídico mexicano y en concreto en la Ley de Amparo cobra relevancia toda vez que se ha considerado que los derechos difusos y colectivos encuentran el acceso para su justiciabilidad por este medio generando que muchos derechos reconocidos a los mexicanos no sean únicamente una proclamación o letra muerta sino que se puedan materializar a través de sentencias vinculatorias

²⁵⁸ Tesis aislada con número de registro 186237: "Interés Legítimo, Su conexión con las normas de acción". Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XVI, diciembre de 2002, pp.241-242.

para las autoridades mediante el instrumento clásicamente considerado como el más adecuado para la protección de los Derechos Humanos.

La jurisprudencia y doctrina italiana, misma que fue la primera en relacionar la justiciabilidad de los derechos difusos y colectivos a través del interés legítimo, sostiene que el artículo 113 de la Constitución de la República Italiana, que garantiza la tutela jurisdiccional respecto de todos los actos de la administración pública, no puede entenderse de forma limitada tutelando únicamente las situaciones individuales sino que debe ser interpretado como **una tutela de situaciones jurídicas diferenciadas (mediante el interés legítimo)**, mas allá del carácter individual, porque de otra forma escapan del control jurisdiccional los actos no individualizados, siendo esto contrario a la disposición constitucional.

Lo anterior supone la consolidación de un primer esfuerzo iniciado por algunos miembros del Poder Judicial en torno a la amplitud de las situaciones tutelables mediante el amparo tales como las resoluciones dictadas por don Guillermo Guzmán Orozco o el ministro en retiro Genaro Góngora Pimentel. El también ministro Guzmán Orozco, en su función de magistrado del Primer Circuito en Materia Administrativa hizo hincapié en la incoherencia que suponía el pensar que los vecinos de una colonia no tuvieran interés en el aspecto urbanístico y de jardines de su colonia máxime si la anterior situación afectaba de manera indudable el valor económico y estético del “lugar que escogieron vivir”.²⁵⁹

De igual forma, la reforma constitucional en materia del Juicio de Amparo así como la inminente publicación de la nueva ley suponen la culminación de un esfuerzo encabezado por diversos juristas y diversos sectores de la abogacía dentro de la que destaca la obra publicada por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea quién ya adelantaba desde el año 2002 que “lo reducido del concepto del interés jurídico no se compadece con las exigencias de una sociedad moderna ni responde a los retos del derecho

²⁵⁹ R.A. 108/80 de la Asociación de la Colonia Fuentes del Pedregal.

público contemporáneo” siendo necesario que el amparo tutelara derechos fundamentales cuando estos son vulnerados aunque no se afecte un derecho subjetivo lo que implicaba la posibilidad de control de intereses difusos y colectivos.²⁶⁰

En la mencionada obra señala el hoy ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el amparo se había convertido en mito más que en protección, en leyenda más que en justicia viva y en historia más que en presente²⁶¹. Sin duda la nueva Ley de Amparo habrá de darle un nuevo cauce a la historia de nuestro Derecho Procesal Constitucional y sobrepasar las barreras señaladas por el ministro Zaldívar donde la incorporación del interés legítimo supone un pilar para llevar a esta institución al siglo XXI y arrebatarse de las legislaciones comparadas el privilegio de ser considerados los perfeccionadores del Amparo, figura netamente mexicana.

²⁶⁰ Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *“Hacia una nueva Ley de Amparo”*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 55.

²⁶¹ *Idem.* p. 4.

B. Amparo Colectivo

De la mano con la adopción del interés legítimo como supuesto de legitimación para acudir al Juicio de Amparo, lo cual supuso el primer paso necesario para tutelar los derechos difusos y colectivos por esta vía, la reforma constitucional en la materia también señaló que el mismo puede ser individual o colectivo lo cual dota de una mayor coherencia sustantiva y procesal al ejercicio de los mencionados derechos atendiendo de nueva cuenta a la segunda oleada para un efectivo acceso a la justicia planteada por Mauro Cappelletti.

Sobre el particular, el artículo 107 constitucional dispone lo siguiente:

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.**

Bajo este orden de ideas y retomando el artículo 5º del Proyecto de Decreto por el que se expide la nueva Ley de Amparo actualmente en discusión, los gobernados estarán en posibilidad de promover de manera conjunta el juicio en comento cuando dos o más quejosos resientan una **afectación común** en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Como relata don Lucio Cabrera Acevedo, durante el periodo comprendido entre 1868 y 1882 se promovieron demandas de amparo a nombre de un grupo indeterminado de personas quienes resentían, de forma

común, lesiones a sus derechos propios de las comunidades indígenas y en consecuencia les fue otorgado el amparo con efectos generales. No obstante lo anterior, el carácter individualista del amparo prevaleció a partir de 1883 y consolidó el principio de la relatividad (fórmula Otero) así como el agravio personal y directo que han persistido hasta nuestros días.

En este sentido, la Ley de Amparo retomará la substanciación de los juicios en la materia a nombre de una colectividad y, si bien se sigue respetando el principio de relatividad por lo que hace a la colectividad que promueva conjuntamente (no obstante que la Nueva Ley de Amparo ya prevé un mecanismo para las declaratorias generales de inconstitucionalidad) lo anterior permitirá que diversos individuos se apersonen para hacer valer los derechos que análogamente les fueron lesionados en la inteligencia de que si de manera conjunta (aunque no siempre común) fueron vulnerados en su patrimonio, también de manera conjunta puedan exigir la restitución del orden constitucional mediante el Juicio de Amparo.

Cobra relevancia ante la restrictiva estructuración del Código Federal de Procedimientos Civiles el hecho de que el Juicio de Amparo podrá tutelar mediante el amparo colectivo toda lesión de los derechos de tal naturaleza ampliando así el espectro de protección otorgado por las acciones colectivas por lo que es posible pensar en que será esta vía aquella que se utilice para buscar la justiciabilidad de derechos tales como la paz, el derecho a la autodeterminación, la preservación de su particularidad cultural o incluso los derechos urbanísticos propios de las comunidades.

Ahora bien, frente a la yuxtaposición de las acciones colectivas y el amparo colectivo para hacer valer los Derechos Fundamentales relativos al medio ambiente y aquellos de los consumidores vale la pena determinar si las acciones colectivas deben entenderse como un medio de defensa legal que deba ser ejercitado de manera previa para acudir al amparo en materia administrativa.

En este sentido, cuando el amparo busque fundarse sobre un acto administrativo que lesiones los derechos en comento (por ejemplo cierta manifestación de impacto ambiental que perjudique el derecho al medio ambiente de una comunidad) en principio parecería que en virtud del principio de definitividad la comunidad debería acudir en primer lugar a la acción colectiva, sin embargo teniendo en consideración la propia excepción que supone el artículo 107, fracción IV constitucional, al no haber previsión alguna sobre la suspensión del acto reclamado en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, la colectividad estaría en posibilidad de acudir, si conviene a sus intereses, directamente al juicio de amparo aunado al hecho de que podrían alegarse violaciones directas a la Constitución y en este sentido también romper con el citado principio de definitividad que erige al Juicio de Amparo como un juicio de naturaleza extraordinaria.

No obstante lo anterior, considero que todas las colectividades que se vean afectados en sus derechos de naturaleza transindividual habrán de ejercer de manera preferente las acciones colectivas por ser estas un juicio *ad hoc* estructurado específicamente para tratar este tipo de intereses promovidos por una colectividad donde en cierta medida se rompieron ciertos paradigmas procesales clásicos mientras que el proyecto de Ley de Amparo únicamente permite a esta colectividad promover el juicio correspondiente en virtud del interés legítimo pero a la luz de las reglas de substanciación individuales que rigen para todos los demás supuestos lo que no lo hace un instrumento ideal para la ventilación de este tipo de derechos.

Cabe resaltar que de cualquier forma los asuntos relativos a las acciones colectivas podrán y habrán de llegar a este juicio mediante el Amparo de legalidad o Amparo Directo cuando las resoluciones provenientes del Juzgado de Distrito y Tribunal Unitario de Circuito resulten contrarios a sus intereses por lo que al optar por ejercer las acciones colectivas no se deshecha por completo la jurisdicción constitucional ejercitada por los Tribunales Colegiados de la Federación.

V. Conclusiones

A la luz del trabajo elaborado presento las siguientes conclusiones:

Primera.- El Estado, en cumplimiento del artículo 1º y 133 de la Constitución deben reconocer la existencia de la totalidad de los derechos transindividuales como Derechos Fundamentales plenamente exigibles (contrario a la concepción de derechos programáticos que de estos derechos y aquellos sociales se ha generado en la doctrina jurídica del siglo XX) y, por consecuencia, dotarlos de garantías primas, esto es, límites o vínculos para lograr su plena realización, así como de garantías secundarias o mecanismos para que jurisdiccionalmente se pueda llevar a cabo una reparación o sanción por las lesiones a dichos derechos.

Segunda.- El acceso a la justicia como derecho de los individuos y como un deber que el Estado se tiene hacia si mismo es un principio que rige a la maquinaria estatal independientemente de cualquier posición que se tome para analizar la teoría del Estado y, en este sentido, las acciones colectivas permiten acercar el principio de acceso a la justicia a todos los gobernados en una función socializadora del Derecho.

Tercera.- Dentro del Estado constitucional de derecho, la existencia y prevalencia de las garantías secundarias-tales como las acciones colectivas-cumplen una doble función en tanto permiten a los gobernados ejercer su derecho de acceso a la justicia y consecuentemente subsana aquellas deficiencias o la inexistencia de la garantías primarias por lo que la negación de dichas garantías secundarias implica la negación absoluta del derecho desvirtuando así cualquier percepción o función que se pueda tener del idea de Estado.

Cuarta.- En virtud de la situación socio-económica de México, resulta una imperiosa necesidad que el Estado mexicano adopte todas las medidas necesarias para abatir los obstáculos normativos, sociales y/o económicos que impidan a los gobernados adentrarse al sistema jurídico y, en este sentido,

organice el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a los recursos existentes para alcanzar el núcleo fundamental de democracia que existe en los procesos jurisdiccionales y el acceso a la justicia.

Quinta.- Es necesario, que a la luz del texto del artículo 1º constitucional vigente, el Poder Legislativo se avoque a la tarea de diseñar y construir los instrumentos de garantía (primarias y secundarias) de todos los Derechos Fundamentales estipulados en la Constitución así como en el bloque de convencionalidad para dotarlos de contenido y dejar atrás concepciones tales como “derechos programáticos” que atentan contra la plena exigencia y validez de los Derechos Humanos bajo los estándares internacionales en la materia.

Sexta.- Ante la presencia de determinados derechos propios de la época en que vivimos y consecuencia de los fenómenos de globalización, sociedad en masa, producción en serie etc., es indispensable que los órganos jurisdiccionales rompan con la visión liberal individualista del proceso forjado durante muchos siglos, se transforme el papel del juez así como diversos principios de la teoría clásica del proceso y ,en este sentido, se supere la pobreza organizativa que constituye un impedimento para lograr la eficacia de estos derechos que escapan la visión individual del sujeto agraviado.

Séptima.- Las acciones colectivas, como garantías secundarias para la reparación de los derechos colectivos lesionados de naturaleza constitucional, constituyen un medio de control de la constitucionalidad de naturaleza específica (en tanto solo versa sobre el derecho al medio ambiente y los derechos de los consumidores) que erige a los juzgadores federales como jueces que ejercen facultades extraordinarias de naturaleza constitucional cuando conozcan de dichas acciones colectivas contrario a su papel de jueces ordinarios en materia federal que desempeñan en aquellas atribuciones diversas a la comentada y al Juicio de Amparo.

Octava.- Resulta necesario que la figura de las acciones colectivas abra sus supuestos de procedencia a otros derechos de naturaleza transindividual diversos a aquellos de los consumidores o del medio ambiente toda vez que

tanto en nuestra Constitución como en diversos tratados internacionales quedan diversos derechos de esta naturaleza que no gozan de ningún instrumento que pueda reivindicarlos en caso de ser desconocidos y, en este sentido, se están desconociendo determinadas expectativas legítimas (primordialmente de las minorías) como pueden ser el derecho a la autodeterminación, el derecho a la particularidad cultural o el derecho a la paz.

Novena.- En atención al principio de unidad del ordenamiento jurídico nacional, su estructura jerárquica y la situación superior que en el seno de dicha estructura le pertenece a la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, los jueces federales deberán llevar a cabo un desarrollo jurisprudencial robusto que permita hacer justiciables todos aquellos derechos e intereses colectivos mediante las acciones colectivas a través una interpretación conforme de la Constitución, específicamente del artículo 17 constitucional y los tratados internacionales en la materia así como atendiendo a la voluntad del Poder Constituyente para que de esta forma evite que la legislación secundaria limite la aplicabilidad y eficacia del contenido normativo constitucional.

Décima.- En virtud de la especial configuración y estructuración de las acciones colectivas, y considerando nuevamente que estas son un medio de control especial y específico de la constitucionalidad, es posible apreciar que las mismas suponen el primer esfuerzo o aproximación a la doctrina alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* que supone la oponibilidad de los Derechos Fundamentales ya no solo frente a la autoridad (en una relación vertical) sino frente a otros particulares (*con efectos erga homnes*) donde la relevancia del agente que ha cometido las violaciones de los Derechos Fundamentales será sustituida por una planteamiento en el que la norma violada se convierte en el centro de atención.

Decimo primera.- La actuación de las acciones colectivas como medios de control de la constitucionalidad queda sin efectos cuando estas son invocadas en virtud del artículo 1934 Bis. del Código Civil Federal, esto es, hechos ilícitos colectivos y por consecuencia el juez competente que conozca y

resuelva sobre las mismas no lo hará en ejercicio de facultades extraordinarias de naturaleza constitucional sino ejerciendo facultades ordinarias en sede federal.

Décimo segunda.- Para efectos de configurar a las acciones colectivas como un medio de defensa realmente eficaz como sucede con la mayoría de las legislaciones comparadas que han adoptado dicha figura, era necesario que la legislación mexicana adoptara el sistema del *opt out* para efectos de asegurarse que todas las personas que se vieron afectadas en sus derechos de solidaridad obtengan la reparación del daño correspondiente, donde no obstante se hagan públicas por medios masivos de comunicación el ejercicio de acciones colectivas, debido a la situación geográfica y demográfica de nuestro país así como a la concentración de los órganos de justicia en las ciudades, invariablemente un gran sector de la población no estará en posibilidades de conocer que tiene la posibilidad de ventilar sus causas ante un juzgado para restablecer el orden constitucional que ante la violación de su derecho colectivo fue roto.

Décimo tercera.- En beneficio del principio de economía procesal (característico de los procesos colectivos) no es posible concebir que el legislador haya dejado abierta la posibilidad a otros miembros afectados a sumarse a la colectividad hasta 18 meses posteriores a que se dicte la sentencia correspondiente porque no solo se deja en estado de inseguridad jurídica al demandado quién no se encuentra en posibilidades de determinar el impacto económico que el litigio e cuestión le cause sino que rompe con la expedites que supone ventilar una gran número de causas bajo un solo expediente y desestima una de los valores agregados más importantes de las acciones colectivas, esto es, la economía procesal.

Décimo cuarta.- En la línea de la necesidad de instaurar el sistema del *opt out* para las acciones colectivas también resulta importante que los efectos de la cosa juzgada no se limiten a aquellos que se apersonaron a juicio sino que, rompiendo con el paradigma clásico de la cosa juzgada, esta atiende a todos los afectados se encuentren presentes o no en el juicio toda vez que este

elemento es esencial y característico para poder considerar a un proceso como colectivo.

Al respecto vale la pena recordar la definición de la acción colectiva que dentro del paradigma del *opto ut* da Antonio Gidi, uno de los tratadistas más importantes en la materia: “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva⁹, para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), **y cuya sentencia obligará al grupo como todo (cosa juzgada)**”

Décima quinta.- La instrumentalización del incidente de liquidación como requisito *sine qua non* para la obtención de una indemnización monetaria de los afectados constituye un grave error en la configuración de las acciones colectivas toda vez que destruye la estructura molecular del proceso (que a su vez es uno de los grande beneficios de este tipo de acciones) para finalmente verse dividido en tantas partes como afectados existan y consecuentemente hace nugatorio cualquier beneficio en materia de economía procesal que el proceso hubiera podido haber “arrastrado” hasta el momento de dictarse sentencia. En este orden de ideas no solo las acciones colectivas incumplen con su cometido de quitar una gran carga de trabajo de las sedes jurisdiccionales sino que cuando hayan de abrirse los incidentes de liquidación, los juzgados federales conocerán simultáneamente de cientos de miles o incluso millones de dichos incidentes a la vez lo cual generará una carga excesiva en el órgano jurisdiccional que se verá traducido en un letargo en la substanciación de los incidentes en comento y por ende en la obtención por parte de los afectados de las indemnizaciones pecuniarias.

Décima sexta.- En atención al texto del artículo 17 constitucional en materia de acciones colectivas, resulta necesario que la legislación secundaria deje en claro aquellos elementos que integran la reparación del daño y que por ende deberán de constar en las sentencias que se desprendan de este tipo de acciones. Resulta insuficiente expresar que la reparación del daño se traduce únicamente en la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la violación al derecho que corresponda (acciones difusas) o bien el pago de

daños y perjuicios (acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas). Por el contrario, los jueces deberán atender de forma expresa a los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” dictados por la ONU y que constituyen el esfuerzo más robusto y completo en la materia no obstante que los mismos no son vinculantes y, por otra parte, habrán de hacer propias aquella jurisprudencia y opiniones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la reparación del daño que es más completa que lo dispuesto sobre la materia en nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles en aras del *principio pro persona*.

Décima séptima.- La redacción que elaboró el legislador mexicano sobre el Fondo al que deberán destinarse los bienes cuando no sea posible regresar las cosas al estado que se encontraban antes de la afectación (cumplimiento sustituto) es poco clara y da lugar a que pueda desvirtuarse el destino de dichos recursos toda vez que no se hace ninguna especificación sobre el uso, destino o manejo que de los mismos deba realizarse (contrario al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica) limitandose a decir que el Consejo de la Judicatura Federal deberá rendir cuentas de los mismos cuando hubiera sido más afortunada una redacción que expresamente estableciera que dichos bienes deben destinarse a la reconstitución de los bienes lesionados, la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o evitar que la misma se repita.

Décima octava.- Si bien con la nueva Ley de Amparo podremos contar con un Amparo colectivo que permita a dos personas promover conjuntamente cuando sufran perjuicios análogos, no cabe duda que resulta necesario que la propia Ley de Amparo dedique un capítulo independiente a la substanciación de dicho amparo colectivo bajo reglas procesales específicas de acuerdo al tipo de derechos que se ventilan en los procesos colectivos. El procedimiento clásico bajo el cual está instaurado el Juicio de Amparo se encuentra hecho para conocer de causas individuales y, como diría Mauro Cappelletti, es

necesario replantear todas estas instituciones en pro de la eficacia de los derechos de tercera generación que no se identifican con el proceso clásico y por ende necesitan sus propias reglas.

Propuesta

De lo analizado en el presente trabajo resulta claro que el acceso a la justicia es una de las deudas pendientes del Estado mexicano toda vez que en un marco de notoria desigualdad social se requiere eliminar todos los elementos que puedan generar que la misma trascienda a la imposibilidad de determinados individuos de acceder al sistema de justicia.

En este sentido, es necesario que así como las acciones colectivas vinieron a colmar una laguna para lograr la exigibilidad de los derechos al medio ambiente y aquellos propios de consumidores, estos se hagan extensivos a todos aquellos derechos de naturaleza colectiva que pueden ser ejercitados mediante las acciones colectivas para que realmente se dote de contenido a los mandatos constitucionales.

En este orden de ideas, considero conveniente que así como se reformó el la denominación del Capítulo Primero de nuestra Constitución resulta conveniente introducir un Capítulo Segundo que verse exclusivamente sobre las garantías primarias y secundarias que van a dotar de contenido normativo y eficacia los derechos consagrados en el bloque de convencionalidad y mismo que, por su naturaleza, habrán de constituir los medios de control de la constitucionalidad tal y como ahora lo hacen las nacientes acciones colectivas. Lo anterior también pondría al Estado mexicano en una situación de cumplimiento con el deber de garantizar los derechos mencionados establecida en el texto del nuevo artículo 1º constitucional.

Considero necesario reformar el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles para efectos de adoptar el sistema del *opt out* y consecuentemente beneficiar a todos los afectados por las violaciones a los derechos colectivos salvo que alguno de ellos de forma expresa y siguiendo el modelo norteamericano busque desligarse de la referida acción.

Asimismo, para efectos de que se pueda considerar a las acciones colectivas mexicanas como un verdadero proceso colectivo a la luz de las legislaciones compradas, es necesario reformar los efectos de la sentencia colectiva para efectos de que esta beneficie no solo a los sujetos presentes en la substanciación del procedimiento sino a aquellos que no otorgaron su consentimiento expreso pero si fueron afectados por el mismo hecho que motivó la acción colectiva.

De igual forma propongo que se adopte en los diversos ámbitos de ejercicio de la profesión la postura de concebir a las acciones colectivas como un medio de control constitucional y, por ende, la labor de los jueces como extraordinaria de naturaleza constitucional toda vez que si se les considera como jueces federales en materia civil (con las facultades que dicho cargo les confiere) pueden escapar muchos elementos de sus manos que a sus vez hacen nugatorio el control constitucional que estos llevan a cabo por lo que hace a los derechos de los consumidores y del medio ambiente. Es decir, en una acción colectiva en materia ambiental pudiera demandarse el daño que determinada empresa haga a un ecosistema pero donde media, a favor del demandado, una manifestación de impacto ambiental (permiso de carácter administrativo). En consecuencia, si no se asume a las acciones colectivas como medio de control de constitucionalidad sería difícil de pensar y por consecuencia e impugnabile que un juez determinara dejar sin efectos la referida manifestación de impacto ambiental por salir de su competencia mientras que si asumimos que el papel que juega es de carácter extraordinario donde vela por el imperio de la constitución en el ámbito ambiental no cabe duda que el juez tiene las facultades suficientes para dejar sin efectos no obstante que este sea un juez civil porque al conocer de las acciones colectivas realmente es un juez materialmente constitucional en sede civil ordinaria.

Considero que el Poder Legislativo debe hacer propias e integrar al Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener

reparaciones” para efectos de asegurar a la persona que sufrió la violación de sus derechos colectivos la reparación del daño más amplia conforme a los estándares internacionales y no únicamente la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación así como el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

De forma general considero que el Poder Legislativo mexicano debe atender a los tres obstáculos que señala Mauro Cappelletti y que a su vez constituyen un impedimento para el verdadero acceso a la justicia buscando nuevos medios e instrumentos para representar los nuevos derechos propios de nuestra época, dotar a la gente menos favorecida económicamente de medios para aproximarse a las instancias judiciales y llevar a cabo sus legítimos reclamos de justicia y finalmente descubrir nuevos mecanismos para la representación del interés público lejos de los infranqueables dogmas y principios procesales estructurados y consolidados bajo un paradigma propio del siglo XIX que no atiende la totalidad de los reclamos sociales de hoy en día.

Bibliografía

I. Libros

Ada Pellegrini Grinover, “*Hacia un sistema iberoamericano de tutela de intereses transindividuales*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Aragón Reyes, Manuel, “*El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*”, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, Temas de Derecho Público, núm 44.

Backhaus, Jurgen G., Cassone, Alberto, and Ramello, Giovanni B. “*The law and economics of class actions in Europe. Lessons from America*”, United States of America, New Horizon in law and Economics, 2012.

Bejarano Sanchez, Manuel, “*Obligaciones civiles*”, México, Ed. Oxford, 2008.

Bentham, Jeremy, “*Sophismes Anarchiques. Examen critique de diverses déclarations des droits de l’homme et du citoyen*”, , trad. P. É. L. Dumont y B. Laroche, Darmstadt, 1969.

Bilbao, Ubillios, J.M., “*La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Bovero, Michelangelo, “*Derechos, deberes, garantías*”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (comp.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Trotta, 2009.

Calderón Villegas, Juan Jacobo, “*La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*”, Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Ed. Uniandes, Ed. Temis, 2011.

Cappelletti, Mauro. “*Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*”, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2007.

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, “*El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Carbonell, Miguel, “*La Constitución en serio, Multiculturalismo, Igualdad y Derechos Sociales*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2012.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises *“La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”*, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (comp.), *La reforma constitucional: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.

Concha Cantú, Hugo A, Fix-Fierro, Héctor, Flores, Julia, Valadés, Diego, *“Cultura de la Constitución en México”*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2004.

Cossío Díaz, José Ramón, *“Comentarios”*, en “Memoria del coloquio sobre derechos sociales”, 1ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

Cossío Díaz, José Ramón, *“Primeras implicaciones del Caso Radilla”*, Cuestiones Constitucionales, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, num. 26, enero-junio, año 2012.

Cox, Archibal, *“The Role of the Supreme Court in American Government”*, Nueva Cork, Oxford University Press, pp. 114 y 115.

Dworkin, Ronald, *“Los derechos en serio”*, 1ª Ed., España, Ariel Derecho, 2009

Fix Zamudio, Héctor, *“La justicia constitucional en América Latina”*, 2ª Ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.

Fix Zamudio, Héctor, *“Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos”*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. “La ley del más débil.”* 7ª. Ed., trad. De Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Italia, Trotta, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *“La teoría del derecho en el paradigma constitucional”*, México, Cajica, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *“Derecho y razón. Teoría del galantismo penal.”* Italia, Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *“Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”*, Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia núm. 15-16, enero-diciembre de 2010.

Ferrer MAc-Gregor, Eduardo, *“Juicio de amparo mexicano y anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (a propósito del interés legítimo)”* en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Editorial Porrúa, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “*La justicia y el constitucionalismo social*”, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (comp.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Fiss, Owen, “*The law as it could be*”, Estados Unidos de América, New Cork University Press, 2003.

García de Enterría, Eduardo, “*La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*”, España, Ed. Civitas, 2006.

García Ramírez, Sergio, “*El debido proceso. Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*”, México, Ed. Porrúa, 2012.

Gidi, Antonio, “*Legitimación para demandar en las acciones colectivas*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Gidi, Antonio, “*Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

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

Gomes, Junior, Luiz Manoel, “*Costas-responsabilidad del reo vencido y exención del legitimado colectivo*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *Código modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo* México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Guastini, Ricardo, “*Teoría e ideología de la interpretación constitucional*”, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Minima Trotta, 2008.

Heller, Hermann, “*Teoría del Estado*”, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Kazuo Watanabe, “*Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Kelsen, Hans “*Teoría pura del derecho*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Kelsen, Hans, *“Teoría general del Derecho y del Estado”*, trad. de Eduardo García Maynez, México, UNAM, 1979.

López Cárdenas, Carlos Mauricio, *“La acción de grupo. Reparación por Violación a los Derechos Humanos.”* Colombia, Universidad de Rosario, 2011.

Luna Ramos, Margarita Beatriz, “Los derechos sociales en la Constitución Mexicana”, en “Memoria del coloquio sobre derechos sociales” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

Mijangos y González, Javier, *“Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”*, México, Editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.

Mijangos y Gonzalez, Javier, *“La doctrina de la drittwirkung der grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, en Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons ,2008.

Narro, Robles, José, “Derechos y políticas sociales” en en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (comp.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Nogueira Alcalá, Humberto, *“Teoría y dogmática de los derechos fundamentales”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.

Orozco Henríquez, J. Jesús, *“Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”*, México, Porrúa, 2006.

Ovalle Favela, José, *“Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004

Pellegrini Grinover, Ada, *“Eficacia y Autoridad de la sentencia”*, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Péres Tremps, Pablo, *“Protección específica y protección general de los derechos fundamentales”*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1998.

Pérez Luño, A.E. “Los derechos fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1998.

Pisarello, Gerardo, *“Globalización, constitucionalismo y derechos”*, en Carbonell, Miguel, (comp.) *“Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.”*, Madrid, Trotta, 2007, p.163.

Rawls, John, “*Teoría de la justicia.*”, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

Stiglitz, Joseph E., “El malestar en la globalización”, Madrid, Taurus, 2002.

Tron Petit, Jean Claude, “¿*Qué hay de las acciones colectivas?*” en Revueltas Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coord.) *Acciones Colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, México, Ed. Porrúa, Asociación de Jueces y Magistrados de Distrito del Poder Judicial de la Federación, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2012.

Von Ihering, Rudolph, “*La lucha por el Derecho*”, Argentina, Editorial Araujo, 1939.

Watanabe, Kazuo, “*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*”, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, “*El derecho dúctil*”, 9ª. ed., trad. De Marina Gascón, Italia, Trotta, 2009.

Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, “*Hacia una nueva Ley de Amparo*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Zaneti Junior, Hermes, “*Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (comp.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

II. Documentos electrónicos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la mujer, “Acceso a la justicia para las mujeres víctima de la violencia en América”, <http://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/cap2.htm>

Condición Jurídica y Derechos de los Migrante Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003- Serie A No. 18 parr. 121. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

“*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm#_ftn9

Garzón Valdés, Ernesto. “*El Consenso Democrático: Fundamento y Límites del Papel de las Mayorías*”, <http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>

"Informe Anual de Labores 2011", Poder Judicial de la Federación, 2012,
<http://www.scjn.gob.mx/Documents/informe%20anual%202011.pdf>

"Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador", Comisión Interamericana de Derechos Humanos,
http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodesci-ii.sp.htm#_ftn9

"México lidera rezago en cantidad de jueces", Periódico Excelsior, 2010,
http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=699642

Rousseau, Jean-Jacques, "El contrato social",
<http://www.bibliocomunidad.com/web/libros/Juan%20J.%20Rousseau%20%20El%20Contrato%20Social.pdf>.