

ACCIONES COLECTIVAS

Reflexiones desde la judicatura

Coordinadores:
Leonel Castillo González
Jaime Murillo Morales



ACCIONES COLECTIVAS

Reflexiones desde la judicatura

COORDINADORES

LEONEL CASTILLO GONZÁLEZ

JAIME MURILLO MORALES



El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores.

Primera edición: 2013

Coords. Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales

Derechos reservados, por la edición al Poder Judicial de la Federación

Consejo de la Judicatura Federal

Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial

Sidar y Rovirosa núm. 236, Colonia El Parque, Del. Venustiano Carranza

C. P. 15960, México, D. F.

ISBN 978-607-9013-07-3

Impreso en México

ÍNDICE

Presentación	7
Juan José Rosales Sánchez <i>Introducción a las acciones colectivas</i>	11
Elba Sánchez Pozos <i>Cuestiones relativas a los representantes de la clase</i>	41
José Juan Trejo Orduña <i>La sentencia juzgada en las acciones colectivas</i>	59
Mauricio Barajas Villa <i>La construcción jurisprudencial de la tutela efectiva de los derechos humanos, a través del método del derecho comparado: clave del éxito de las acciones colectivas en México</i>	93
Armando Cruz Espinosa <i>Las acciones colectivas en México</i>	127
Jaime Murillo Morales <i>Las acciones colectivas en México. La nueva ocupación de los jueces</i>	157

Leonardo González Martínez <i>Principio de interpretación de la Ley Procesal</i>	187
Leonardo González Martínez <i>Medidas Precautorias</i>	203
Ramiro Rodríguez Pérez <i>Cuestiones de legitimación y presentación</i>	223
Sergio Ibarra Valencia <i>Análisis sistemático del nuevo juicio de amparo y las acciones colectivas</i>	251
Alejandro Sánchez López <i>La prueba, ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración de las pruebas</i>	265
Sergio Ibarra Valencia <i>Ejecución y participación del Consejo de la Judicatura Federal</i>	301

Presentación

El Derecho cambia. Esta es una verdad casi obvia de la que cualquier estudiante se convence al poco tiempo de comenzar la carrera. No obstante lo anterior, quizá no sea aventurado señalar que el proceso de transformación que hoy sufre el sistema jurídico mexicano es tan vertiginoso y de tan hondo calado que bien podemos acusar una especie de “revolución”; un cambio de paradigma —en palabras de Kuhn— o una transformación de la cultura jurídica —para traer a cuento el concepto de Tarello.

El conocido mandato de Couture a los abogados: “estudia”, y su consabida advertencia de que aquél que no siga los pasos del Derecho que se transforma constantemente “será cada día menos abogado”, es hoy más vigente que nunca. El sistema jurídico mexicano se trasforma desde la cúspide hasta la base; desde sus presupuestos teóricos hasta la *praxis*; de la concepción de los derechos a las instituciones procesales.

En este último rubro de cambios es donde se inserta el tema del libro que hoy tenemos el honor de presentar. *Las acciones colectivas. Reflexiones desde la judicatura* es, además, expresión de la respuesta firme y decidida que los jueces pueden dar frente a los retos que hoy enfrentan. Es el resultado de un largo proceso de estudio e investigación en torno a esa nueva figura procesal de reciente importación y adecuación a la realidad jurídica mexicana: las acciones colectivas.

La propia existencia del libro es ya un logro; prueba de la capacidad de las juezas, jueces, magistradas y magistrados federales de nuestro país, para embarcarse en un compromiso de aprendizaje e investigación respecto de una institución recientemente introducida en nuestra práctica y en nuestra legislación. Es, precisamente, producto de su esfuerzo por adaptarse y hacer frente a los cambios que la reforma constitucional del artículo 17 y su configuración legislativa trajeron consigo.

Es cierto, las acciones colectivas no son novedosas en los sistemas jurídicos. Sus antecedentes pueden rastrearse hasta el derecho romano y seguir su moderno desarrollo en los sistemas del *common law*. No obstante, es indudable que encuentran su mayor desarrollo en los Estados Unidos de América, cuyo sistema es base de la institución aún en los países del *civil law*.

Si la figura de las acciones colectivas es parte de la modernidad, México llegó tarde a la modernización del sistema procesal. Prueba de ello es que diversos países latinoamericanos establecieron desde hace mucho tiempo a las acciones colectivas como un medio de protección de los derechos de segunda y tercera generación. La influencia de la experiencia latinoamericana en nuestro sistema es indudable, no solamente en el producto normativo final, sino como un factor de presión que obligó al legislador a emitir la reforma correspondiente.

Pero el paso a la modernidad de las acciones colectivas finalmente se dio. El proceso para la introducción de las acciones colectivas en nuestro sistema puede ser reseñado en dos fases. En primer lugar, vino una tímida adición al artículo 17 constitucional, de la cual únicamente es resaltable su establecimiento a nivel constitucional, así como la entrega de su conocimiento al Poder Judicial de la Federación, con un mandato al legislador ordinario para prever las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño, aspectos de los que el constituyente decidió no ocuparse.

La reforma procesal vino en segundo lugar. El Congreso de la Unión aprobó un paquete de reformas a diversos ordenamientos, siendo el más importante el Código Federal de Procedimientos Civiles, que reglamenta el tercer párrafo del artículo 17 constitucional, al establecer el desarrollo de todos sus postulados.

Ante ese nuevo paradigma era necesario que los miembros de la judicatura federal tuvieran las herramientas necesarias para desarrollar su nueva tarea. Con ese objetivo, el Instituto de la Judicatura Federal —responsable de su formación, capacitación y actualización— convocó, el primero de junio de 2011, a cursar el *Diplomado sobre acciones colectivas*.

El programa académico fue ambicioso y sin parangón respecto de otros eventos anteriores organizados por la Escuela Judicial. Se exigió a los participantes que acreditaran 30 horas de trabajo en el procedimiento de selección, en la cual se pusieron a su disposición una serie de lecturas, de las que tuvieron que rendir el reporte correspondiente como requisito indispensable para poder obtener la inscripción al *Diplomado*.

El claustro de profesores fue de primer nivel. Esta Escuela Judicial llevó a cabo denodados esfuerzos por contar con personalidades que estuvieron involucradas directamente en la reforma constitucional y legal, además de aquéllas que, sin lugar a dudas, ejercieron una influencia palpable en los legisladores. El fruto de ese esfuerzo fue la presencia en las aulas de esta Escuela Judicial de juristas destacados, extranjeros y nacionales: Michele Taruffo, Ada Pellegrini y Antonio Gidi; la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, José Ovalle Favela, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Miguel Carbonell, José Rolda Xopa, Jorge Gaxiola, entre otros distinguidos doctores y magistrados.

Esa conformación del cuerpo docente permitió a los alumnos beneficiarse con el conocimiento de las distintas posiciones en torno a las acciones colectivas: la de los grupos de defensa de derechos colectivos y la postura sostenida por la parte empresarial. Lo anterior, permitió contar con un entendimiento cabal de esta nueva institución.

Sin duda, la novedad más importante del programa fue la fase de certificación de este programa de estudios. Cursada únicamente por los juzgadores que culminaron el Diplomado, esta fase tuvo como objetivo ofrecer a jueces y magistrados las herramientas metodológicas y el soporte bibliotecario necesarios para escribir un trabajo de investigación. Así, de la mano de los doctores José Roldan Xopa, María del Carmen Carmona Lara y Jorge Witker, los jueces y magistrados escribieron las líneas que conforman este texto y que ahora se ponen a disposición del lector.

El modelo educativo del que surge este libro, y que fue implementado por primera vez para este *Diplomado* en México, reúne aprendizaje, investigación y generación de conocimiento. Como directriz de investigación para las escuelas judiciales, tiene su origen en la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ).

Los temas que conforman el texto fueron predeterminados y sorteados entre todos los participantes de la fase de certificación. Cada uno de los temas fue escrito por tres personas distintas, con la consigna de que uno solo sería seleccionado para su publicación. Esta determinación tuvo como objetivo motivar la competencia intelectual y obtener los mejores trabajos para su inclusión en el libro que ahora se presenta. El Comité Editorial para la selección de los trabajos estuvo integrado por Antonio Gidi, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Fernando García Sais. Desde aquí nuestro reconocimiento y gratitud por su diligente colaboración *pro bono*.

A todos los secretarías, secretarios, juezas, jueces, magistradas, magistrados y académicos que se comprometieron con este proyecto; a todos los funcionarios y trabajadores de esta Escuela Judicial que hicieron posible el *Diplomado*, la fase de certificación y, finalmente, la publicación de este libro escrito por jueces —pero destinado a la comunidad de estudiosos del Derecho— nuestro reconocimiento por el trabajo realizado. Este libro, como lo hemos dicho ya, es la expresión final de un proceso largo de estudio y aprendizaje. Es un honor para nosotros ponerlo bajo la luz crítica de sus lectores, quienes son ya los únicos jueces capaces de pronunciarse sobre los resultados obtenidos. Esperamos, no obstante, que pueda convertirse en referencia obligada en materia de acciones colectivas en México.

Por lo pronto, es prueba fehaciente de que, para hacer frente a las transformaciones aceleradas del Derecho, como decía Couture, sigue habiendo una única vía: el estudio.

Instituto de la Judicatura Federal - Escuela Judicial

Introducción a las acciones colectivas

Juan José Rosales Sánchez*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Precisiones terminológicas y diferencias de la acción colectiva, popular y de grupos*. III. *Origen y evolución de las acciones colectivas*. IV. *Derechos e intereses tutelados*.

I. Introducción

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, fue reformado el artículo 17 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir un tercer párrafo, en el que se expresó que el Congreso de la Unión expediría las leyes que regulen las acciones colectivas.

Esta reforma partió del reconocimiento de que algunos derechos difusos y colectivos, por su carácter transindividual, quedaban fuera del ámbito de protección de los mecanismos tradicionales de carácter individual, y que era necesario garantizar a los interesados el acceso a la justicia, para hacer efectivos esos derechos.

Posteriormente, en decreto publicado en el mismo órgano el 30 de agosto de 2012, se reformaron y adicionaron diversos ordenamientos legales, entre ellos, el Código Federal de Procedimientos Civiles, para incluir el Libro V, denominado “De las Acciones Colectivas”, en el que se precisó el alcance de la norma constitucional aludida; se indicaron qué tipos de derechos e intereses colectivos serán objeto de tutela; los procedimientos que se seguirán; la autoridad judicial competente para conocer de ellos; qué sujetos están legitimados para iniciar los mismos; los alcances y efectos de las sentencias, y la forma de resarcir la vulneración de los derechos en disputa, entre los aspectos que más importan.

En la reforma constitucional, y luego en la legal, se adoptó el término acciones colectivas para referirse a los medios para hacer efectivos los derechos difusos y colectivos.

* Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región (Guadalajara).

Incluso, en los artículos 579 y 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se indica que las acciones colectivas son procedentes para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, y para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas; y que en particular dichas acciones son procedentes para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva.

Además, en el artículo 581 de ese código se hizo una tipología de las acciones colectivas desarrollando esos conceptos.

Sin embargo, con independencia de que no hay uniformidad teórica ni legal en cuanto al término acciones colectivas, ni respecto de su naturaleza, lo que repercute en los elementos que las integran, su caracterización no es adecuada.

Por tanto, como esta imprecisión puede afectar el adecuado ejercicio y resolución de las acciones colectivas, es necesario precisar qué son las acciones colectivas; cuáles son esas acciones; qué elementos las caracterizan; cuáles son las diferencias que tienen con la acción popular o de grupo, para lo cual es pertinente el estudio del origen y evolución de las acciones colectivas, y el examen de los derechos e intereses que tutelan.

II. Precisiones terminológicas y diferencias de la acción colectiva, popular y de grupos

1. Acción colectiva

En una primera aproximación se puede afirmar que las acciones colectivas son los medios a través de los cuales un conjunto de individuos, a través de un representante, puede acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses de carácter colectivo, o bien, en defensa de derechos e intereses individuales, que no encontrarían una solución adecuada a través de acciones individuales. En otras palabras, mediante las acciones colectivas se pretende la protección de derechos o intereses colectivos en sentido amplio, y la protección colectiva de derechos o intereses exclusivamente individuales.

Así, mediante las acciones colectivas se pretende la protección de dos clases de intereses o derechos: a) los colectivos en sentido estricto y los difusos; y b) los individuales homogéneos que son tratados como colectivos.

Entre los derechos e intereses que se pretenden tutelar a través de las acciones colectivas se encuentran los llamados de tercera generación, como el derecho al medio

ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la paz, a la salud, al patrimonio histórico, cultural, y artístico, el derecho de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, o a la publicidad engañosa, contra las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

A pesar de la amplitud de derechos que pueden ser tutelados a través de las acciones colectivas, el artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles limitó su procedencia a la defensa y protección de los derechos e intereses difusos en materia de las relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Cabe aclarar que mediante las acciones colectivas no se pretende la tutela de la comunidad entera, sino la de una colectividad más reducida como una clase, categoría o grupo, por ejemplo, las mujeres, los indígenas, las personas con capacidades diferentes, los niños y las niñas, un grupo de consumidores, los trabajadores de alguna empresa, los habitantes de un lugar o los usuarios de ciertos bienes.

De acuerdo con Antonio Gidi, las acciones colectivas tienen tres objetivos: proporcionar economía procesal; asegurar el acceso efectivo a la justicia y hacer efectivo el derecho material. Lo primero al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de una misma controversia sea substituida por una única acción colectiva, con lo que se promueve el ahorro de tiempo y de dinero para el grupo actor, para el Poder Judicial y para el demandado. Lo segundo, porque las acciones colectivas aseguran acceso efectivo a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por los tribunales. Y lo último, porque las acciones colectivas hacen efectivas las políticas públicas del Estado, a través de la realización autoritaria de la justicia o en el caso concreto de un ilícito colectivo, o bien estimulando el cumplimiento voluntario del derecho.

Por otra parte, la doctrina procesal coincide en que los elementos de la acción son los sujetos, la causa y el objeto.

De esta forma, se puede afirmar que son acciones colectivas aquéllas en las que sus elementos son colectivos: la dimensión colectiva del sujeto se presenta cuando el o los demandantes ejercen un tipo de representación caracterizada por la posibilidad de autoinstituirse como representantes de otros; el objeto será colectivo cuando incida o afecte a una colectividad de sujetos; igualmente la causa debe tener una dimensión colectiva lo que será así si la causa o motivo de pedir se vincula con un derecho o interés de incidencia colectiva, o bien derechos o intereses individuales que tienen un origen común.

2. Concepto

Antonio Gidi afirma que decir tan sólo que la acción colectiva es aquella propuesta para la defensa de los intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, es incurrir en un grave error, porque en una acción colectiva los derechos del grupo son representados en un juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho del grupo.

Además Antonio Gidi ofrece la siguiente definición: Una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya consecuencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada).

De ahí deriva dicho autor que los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante; la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada. Y enfatiza en que lo que distingue una acción colectiva de una individual, no es propiamente el demandante, quien puede ser un miembro del grupo, un organismo público o de gobierno, o una asociación civil, sino la aptitud de la acción colectiva de proteger el derecho de un grupo (objeto del procedimiento), sin que tenga relevancia también, que la protección obtenida sea para prevenir un daño o lograr que sea reparado.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que lo que caracteriza a las acciones colectivas es la existencia de un derecho cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, o bien la existencia de derechos individuales que tienen un origen común.

Lo expuesto está reconocido en los artículos 580 y 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles, pues en el primero se precisa que las acciones colectivas persiguen la protección de dos clases de intereses o derechos: a) los colectivos en sentido estricto, y los difusos; y b) los individuales homogéneos, que son tratados como colectivos, pues al caracterizar la acciones colectivas el legislador aludió a los derechos e intereses que protegen, destacando, entre los elementos a los que se atiende para caracterizarlos, el origen del derecho material.

Cada uno de esos tipos de derechos e intereses corresponde a cada una de las tres acciones colectivas que se enuncian en el artículo 581. De esa manera, en la fracción I se menciona que la acción difusa es aquella de naturaleza indivisible, que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, y 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 entre dicha colectividad y el demandado.

En tanto que la acción colectiva en sentido estricto, de conformidad con la fracción II, es aquella 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.

Y de conformidad con la fracción III, la acción individual homogénea es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, para reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Lo anterior puede ilustrarse de la siguiente forma:

ACCIÓN	SUJETO	CAUSA	OBJETO
ACCIÓN DIFUSA	COLECTIVIDAD INDETERMINADA	LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS O INTERESES DE LA COLECTIVIDAD, SIN QUE NECESARIAMENTE EXISTA VÍNCULO JURÍDICO ENTRE DICHA COLECTIVIDAD Y EL DEMANDADO	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
ACCIÓN COLECTIVA EN EL SENTIDO ESTRICTO	COLECTIVIDAD DETERMINADA O DETERMINABLE	DAÑO CAUSADO 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	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
ACCIÓN HOMÓGENEA	INDIVIDUOS AGRUPADOS CON BASE EN CIRCUNSTANCIAS COMUNES	INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO	RECLAMAR JUDICIALMENTE DE UN TERCERO EL CUMPLIMIENTO FORZOSO DE UN CONTRATO O SU RESCISIÓN CON SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS.

Como se advierte, el legislador subdividió y designó las acciones colectivas atendiendo el derecho o interés que cada una de ellas persigue proteger. Además señaló como características de las acciones enumeradas, las que corresponden a los derechos o intereses que las originan.

Con ello incurrió en varias inexactitudes, porque no existe correspondencia o continuidad entre los artículos 579, 580 y 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles, propiciada por el afán de identificar las acciones colectivas que pueden ejercerse y los derechos e intereses que se pueden tutelar mediante su ejercicio, y el de precisar los intereses y derechos que cada una de las acciones legalmente previstas persigue proteger, además de que su designación no es adecuada, ni su caracterización.

Esto se debe a que en realidad no existen las acciones difusas, pues lo que puede ser difuso es el derecho. Y obviamente una acción no es de naturaleza divisible o indivisible, sino en todo caso esas características son atribuibles a los derechos e intereses que se pretenden tutelar.

Esas inexactitudes, y el riesgo que enseguida se precisará, pudieron evitarse si se hubiera hecho una caracterización más sencilla, clara y concreta de la procedencia de las acciones colectivas, de los derechos que con ellas se pretenden tutelar y su clasificación. En efecto, Antonio Gidi en el proyecto de Código de Proceso Civil Colectivo propuso delimitar el ámbito de las acciones colectivas de la siguiente forma:

Artículo 1o. Ámbito de aplicación de la acción colectiva.

- 1. La acción colectiva es admisible para la tutela de pretensiones transindividuales cuya titularidad recaiga sobre un grupo de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.*
 - 1.1. En especial la acción colectiva puede ser propuesta para tutelar:*
 - 1.1.1. Derechos difusos, entendidos como los derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo de personas unidas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común o por circunstancias de hecho.*
 - 1.1.2. Derechos individuales homogéneos, entendidos como el conjunto de derechos subjetivos individuales unidos por un origen común de los que sean titulares los miembros de un grupo de personas.*
 - 1.2. Son admisibles todo tipo de acciones capaces de proporcionar una adecuada y efectiva tutela de los derechos de grupo y de sus miembros. En especial, la acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declaratorias, constitutivas o de condena, sea esta monetaria o de cumplimiento de una acción de hacer o no hacer.*
 - 1.3. La acción colectiva también es admisible para tutelar pretensiones dirigidas contra un grupo de personas, de acuerdo con lo dispuesto en el título V.*

Sin embargo lo que más importa señalar es que la caracterización de esas acciones, hecha en el artículo 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles, permite advertir que lo que el legislador atendió para diferenciarlas fueron los tres elementos de la acción, esto es, el sujeto, la causa y el objeto que derivó del derecho o interés que cada de ellas persigue proteger. Además, señaló como características de las acciones enumeradas, las que corresponden a los derechos o intereses que las originan.

Esto implica que al ejercerlas el actor deberá tener especial cuidado en verificar que la acción que le interesa promover es, en efecto, aquélla que legalmente está prevista teniendo en cuenta al sujeto legitimado para ejercerla, a la causa y al objeto perseguido. De otra forma, correría el riesgo de que no prosperara por haber ejercido una acción que no corresponde a la colectividad que represente, se apoye en una causa no prevista legalmente, o bien pretenda un objeto incongruente con la acción que ejerció, en términos de la caracterización hecha legalmente.

Ese riesgo aumenta porque las características de las acciones enumeradas corresponden a los derechos o intereses que las originan, pero la precisión de éstos es confusa.

Esto se debe a que en ese artículo se afirma que la acción difusa se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado. Mientras que la acción colectiva, en sentido estricto, es aquélla que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable, con base en circunstancias comunes.

Más adelante, en los apartados 3.1 y 3.2 se definirán los intereses y derechos difusos, y colectivos en sentido estricto. Por ahora sólo importa indicar que la mención de que el titular de unos u otros puede ser una colectividad indeterminada, o bien determinada o determinable es un dato que no ayuda a esclarecer cuáles son esos derechos e intereses. Y que los derechos difusos y colectivos, y por lo mismo los intereses de esa naturaleza, gozan de un núcleo conceptual común que permite un tratamiento hasta cierto punto conjunto, consistente en que ambos son derechos transindividuales o superindividuales e indivisibles, cuya titularidad corresponde a una colectividad.

En consecuencia, lo relevante es que la titularidad del derecho debatido en las acciones colectivas corresponda a una colectividad, y no si ésta es indeterminada, determinada o determinable; pues precisamente porque los intereses y derechos colectivos son transindividuales e indivisibles, la determinación de su titular es imprecisa.

Antonio Gidi expone que contrario a lo que se suele afirmar, no son muchos, ni indeterminados los titulares de los derechos difusos, colectivos o individuales homo-

géneos, pues sólo tienen un único titular y muy bien determinado: una comunidad en el caso de los derechos difusos, una colectividad en el caso de los derechos colectivos, o una serie de víctimas en el caso de los derechos homogéneos.

Evidentemente el legislador no lo entendió de esa forma, porque en la fracción IV del artículo 589 del Código Federal de Procedimientos Civiles estableció como causal de improcedencia del proceso que la colectividad de la acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea, no pueda ser determinable o determinada.

Lo anterior implica, que indefectiblemente se debatirá si el titular de los derechos es una colectividad indeterminada, o bien determinada o determinable. Pero la controversia en cuanto a esos puntos, en el mejor de los casos, retardará la solución de fondo del asunto, sin algún efecto práctico, y en el peor, frustrará la tutela de los derechos o intereses colectivos.

Para superar esos riesgos, los tribunales que conozcan de las acciones colectivas están facultados para determinar la acción procedente, para lo cual deberán atender, por una parte, no sólo al sujeto y al objeto, sino principalmente a la causa de pedir, a fin de examinar la acción realmente procedente. Por otra parte, precisar si la pretensión importa la tutela de un interés o derecho transindividual o superindividual e indivisible, cuya titularidad corresponde a una colectividad, sin que importe si es indeterminada, determinada o determinable.

Esto tiene sustento en que la reforma del artículo 17 constitucional, en el sentido de que el Congreso de la Unión expediría las leyes que regulen las acciones colectivas, partió del reconocimiento de que era necesario garantizar a los interesados el acceso a la justicia, para hacer efectivos esos derechos.

Y ese propósito no se cumplirá si se adopta un criterio rígido al examinar los elementos de las acciones colectivas ejercidas, pues lo que importa es la pretensión de proteger un derecho colectivo en sentido amplio.

Lo expuesto encuentra apoyo en el artículo 583 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que indica que el juez interpretará la norma y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de tutelar y proteger el interés general y los derechos e intereses colectivos.

3. Intereses y derechos

En México, a partir de la inclusión del Libro V, denominado De las Acciones Colectivas, en el Código Federal de Procedimientos Civiles, tanto los derechos como los intereses colectivos son objeto de tutela jurisdiccional a través de esas acciones.

La precisión de que la acción colectiva es procedente para tutelar derechos e

intereses colectivos, responde al hecho de que ambos conceptos han encontrado obstáculos no sólo para su judicialización, sino incluso en cuanto a su identificación y reconocimiento como derechos subjetivos.

Además, las dificultades para distinguir los derechos colectivos de los intereses colectivos han llevado a utilizar como sinónimos estos términos; sin embargo, desde el momento en que los intereses son objeto de tutela ante los tribunales, deben ser considerados como derechos, y esto hace desaparecer cualquier justificación para establecer alguna diferencia entre ellos, y aun para hacer alguna distinción entre interés simple (que es el que corresponde a cualquier persona), interés legítimo —interés cualificado respecto de la legalidad de ciertos actos que proviene de la afectación directa o derivada que resiente una persona en razón de su situación particular frente al ordenamiento jurídico— e interés jurídico (derecho subjetivo).

En relación con este punto, Kazuo Watanabe (2004) citado por Antonio Gidi, indica que existe identidad entre los conceptos “intereses” y “derechos”, porque una vez que los intereses son amparados por el ordenamiento jurídico, asumen el mismo status de un “derecho”, desapareciendo cualquier razón práctica o teórica que los diferencie.

Lo anterior pone en claro que lo que pretendió el legislador con la precisión de que la acción colectiva es procedente para tutelar derechos e intereses colectivos, fue ampliar la protección de los grupos y colectividades mediante el acceso a la justicia.

4. Acción popular

Las acciones populares fueron reconocidas en el derecho romano, dado que en el Digesto se indica “Llamamos acción popular a aquella por la cual el pueblo defiende su derecho” (Ulpiano: 47,23, 1).

José Ovalle Favela señala que por acción popular se suele entender la que puede ejercer cualquier ciudadano en defensa del interés de una comunidad de personas o del interés público.

Humberto Cuenca (1956) desde el punto de vista de medio extraordinario de defensa de la constitución, la define como:

El poder público que la ley coloca a disposición de un ciudadano, que sea persona legítima y capaz, para denunciar en la Corte Federal todo acto del Poder Público, bien sea legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, estatal o municipal, que directa o indirectamente sea capaz de violar o viole la soberanía constitucional”; pero lo que importa es su caracterización como poder de cualquier ciudadano para impugnar un acto que lesiona a una comunidad.

Con estos elementos se puede concluir que la acción popular es un tipo de acción colectiva, con la que se tutela el interés de una comunidad, y se sustenta en el mero interés en la legalidad, pues cualquier persona, invocando su calidad de ciudadano, está legitimada para promoverla.

En cambio, en la acción colectiva se tutela el interés de una colectividad más reducida, y la legitimación para la defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos se funda en la titularidad de un específico interés legítimo.

Por tanto, la acción popular se concede a todos los sujetos de derecho, capaces, y no a determinada colectividad o grupo de personas, y se sustenta en la transgresión de un derecho expreso en el ordenamiento jurídico, lo que no requiere el ejercicio de la acción colectiva fundada en un interés difuso y colectivo.

Cabe tener en cuenta que el país en que se han desarrollado más amplia y sistemáticamente es Colombia, pero como medio a través del cual se tutelan los intereses colectivos en sentido amplio o supraindividuales, pues de acuerdo con el artículo 20. de la Ley 472 de 1998, las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior.

5. Denuncia popular

La acción popular en modo alguno debe ser confundida con la denuncia popular que sólo confiere a toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades, la facultad de hacer del conocimiento de alguna autoridad, por lo regular de carácter administrativo, la existencia de un hecho, acto u omisión lesivo de intereses o derechos colectivos, para que investigue la existencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la denuncia, pero no legitima a los denunciantes para ejercer una acción ante los tribunales, en defensa de los intereses o derechos colectivos lesionados.

Precisamente por esto es que José Ovalle Favela indica que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se preveía la acción popular para denunciar los bienes inmuebles de las iglesias, con el fin de que el Ministerio Público promoviera procesos judiciales para nacionalizarlos (artículo 27, fracción II), y para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación (artículo 111, párrafo cuarto); aunque esas instituciones no eran una verdadera acción popular porque no legitimaban a los ciudadanos para ejercer una acción ante los tribunales en nombre de la comunidad, sino una sim-

ple facultad de denunciar los hechos con el fin de que un órgano del Estado ejerciera la acción correspondiente.

6. Acción de grupo

Al examinar lo establecido en el artículo 3o. de la Ley 472, de 1998 de Colombia, José Ovalle Favela afirma que por medio de las acciones de grupo un conjunto de personas que hayan resentido perjuicios en condiciones uniformes respecto de una misma causa, puede demandar la satisfacción de sus intereses individuales para que se les reconozca el perjuicio que cada una resintió y para que se les pague a cada una la indemnización que les corresponda.

Como se puede advertir, la acción de grupo regulada en esa ley corresponde a la acción homogénea.

Así se puede afirmar que la acción de grupo es ejercida por una comunidad, cuyos integrantes resienten un perjuicio en sus derechos o intereses individuales, los cuales tienen un origen común.

En México, en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor se regulaban las acciones de grupo, pero la legitimación para promoverlas correspondía a la Procuraduría Federal del Consumidor, la que las ejercería previo análisis de su procedencia, tomando en consideración la gravedad, el número de reclamaciones o denuncias que se hubieran presentado en contra del proveedor o la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio, de manera que su ejercicio era discrecional y no se otorgaba derecho a los interesados para exigirlo.

Esa acción era declarativa y de condena, porque su objeto era que se declarara que una o varias personas ocasionaron daños y perjuicios a los consumidores, y que se les condenara a los demandados a la reparación correspondiente.

Su ejercicio suponía que con motivo de la adquisición de un bien o la contratación de un servicio, un número considerable de consumidores resintió el mismo daño o perjuicio, el cual podía provenir de uno o varios consumidore

III. Origen y Evolución de las Acciones Colectivas

1. Derecho romano

Lucio Cabrera menciona que los estudiosos del derecho romano refieren que existió el interdicto pretorio para proteger intereses sobreindividuales, como la contamina-

ción de la vía pública, tanto como para exigir el pago de daños, en forma de indemnización, y que era la tutela de la *salubritas* y de la res publica; y que en ese derecho se protegía la res in uso publica: os loca publica: áreas agrícolas, urbanas, edificios, calles, presas, caminos, ríos y cloacas públicos; su tutela se efectuaba por los interdictos populares, los cuales eran acciones que protegían el derecho difuso como acción del individuo y miembro del pueblo, cuyo fundamento era el derecho de los ciudadanos sobre el uso común de la res publica (Ulpiano: 43, 8, 2, 2).

Por su parte, Humberto Cuenca explica que en el derecho romano se reconocían las acciones populares, las cuales podían ser públicas o privadas: Las primeras protegían los derechos de la comunidad y podían ser denunciadas por cualquier ciudadano, pero el provecho obtenido por su ejercicio era en favor de la comunidad, y el perseguidor recibía un premio por su diligencia. En cambio, en las acciones populares de carácter privado, su ejercicio correspondía a un individuo, no como particular, sino como miembro de la comunidad.

Dicho autor menciona como acciones populares las de albo corrupto, contra aquellos que alteraban dolosamente el álbum del pretor; la de sepulcro violado, contra los violadores de tumbas; de termina moto contra los que de mala fe removían o alteraban los linderos de la propiedad, y otras nacidas de los interdictos. Y advertía de tener cuidado de no confundir las acciones públicas con las populares, pues mientras las públicas seguían el procedimiento penal, las populares se regían por el procedimiento civil y formaban parte de las acciones civiles.

2. Common Law

El término *common law* hace referencia al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto y a la familia jurídica que se formó al extenderse tanto el dominio político, como el derecho inglés en otros lugares más allá de Inglaterra. Esta familia se caracteriza, en términos generales, por basarse en un sistema unificado de reglas derivadas de las cuestiones comunes de las costumbres, pero atemperado por los jueces que adoptaron más adelante la regla de los precedentes, en virtud de la cual, antes de dictar sentencia, se examinan las decisiones anteriores emitidas por otros jueces, en casos similares, de manera que este es un sistema jurisprudencial, es decir, creado por los tribunales.

3. Estados Unidos

La tutela de los derechos e intereses colectivos se lleva a cabo en los Estados Unidos

a través de las *class action*. Este término ha sido traducido como acción de clase o de grupo, aunque Antonio Gidi considera que su traducción correcta es acción colectiva.

Las *class action* son consideradas como el mecanismo más eficaz con el que cuenta el sistema jurídico norteamericano para proteger esos derechos e intereses.

Las *class action* se encuentran previstas en la *Rule 23* de la *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, reformada en 1966. Una acción de esa naturaleza puede ser ejercida cuando el grupo es tan numeroso que resulta imposible o impráctico que todos sus miembros sean partes de la demanda; existen cuestiones de hecho o de derecho comunes a todo el grupo, y los elementos de las acciones o de las excepciones y las defensas son comunes a todos los miembros, y quienes desempeñan el papel de representantes protegen los intereses del grupo de manera justa y adecuada.

La finalidad de las *class action* es facilitar el acceso a la justicia mediante la acumulación en un solo procedimiento iniciado por una o varias personas representantes de un grupo. Con las *class action* se evita que un gran número de miembros o todos acudan individualmente a los tribunales, lo que optimiza el acceso a la justicia.

María del Pilar Hernández Martínez (1997) define las *class action* como el recurso procesal que posibilita el tratamiento procesal unitario y simultáneo de un elevado número de titulares de pretensiones jurídicas individuales, mediante la intervención en el juicio de un único exponente del grupo.

Cualquiera de los individuos que forma parte del grupo de personas que comparte una situación similar de afectación puede figurar como demandante; su intervención tiende a garantizar tanto su interés como el de los demás integrantes del grupo. La sentencia que examine la acción dándole la razón o no al demandante, producirá efectos respecto de todos los miembros del grupo que se encuentran en la misma situación, si han sido legal y adecuadamente representados, y que hayan sido adecuadamente notificados del proceso.

Algunos de los principales problemas que presentan las *class action* son la identificación de los miembros del grupo y el número que pueden componerlo, pues la exigencia del debido proceso impone la necesidad de notificarles que una acción de clase que les interesa ha sido iniciada, para que decidan ser o no partes de una acción que los afectará; y la vigilancia del pago de los daños y perjuicios por el monto que pudieran alcanzar.

4. Inglaterra

En Inglaterra la solución seguida para la protección de los derechos e intereses colec-

tivos consiste en las *relator action* que puede ejercer el *Attorney General* o fiscal del Estado, en nombre de la sociedad y en su calidad de representante de la misma. Los particulares no pueden ejercer esa acción directamente, por lo que precisan acudir al *Attorney General*; en caso de que se rehúse a actuar, los interesados pueden solicitar que se les deje actuar por sí mismo y, si se les autoriza la acción, será ejercida por un particular que actuará en interés de la colectividad afectada.

5. Civil Law

En los países anglosajones se denomina *civil law* (derecho civil) al derecho continental europeo de tradición románico germánica. Con esa expresión se trata solamente de agrupar los sistemas legales nacionales, aunque en ellos exista gran diversidad no sólo en cuanto al derecho sustantivo, sino en sus instituciones y procedimientos.

En este apartado me referiré a algunos de esos países, con apoyo en la conferencia dictada el 30 de junio de 2011, en el marco del Diplomado sobre Acciones Colectivas, organizado por el Instituto de la Judicatura Federal, por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. En ella afirmó que se puede trazar un recorrido en el estudio de las acciones colectivas desde al año que 1969 hasta su incorporación en nuestro país.

6. Italia

En ese año, Michele Taruffo escribió un artículo en el que hizo ver la necesidad de adecuar las fórmulas procesales tradicionales para dar acceso a los reclamos colectivos; este artículo suscitó el interés de juristas italianos de primer nivel por estudiar este tema, entre ellos, Mauro Capelletti.

En 1975 Mauro Capelletti dictó una conferencia en París, que calificó de audaz, en la que propuso la adopción de las *class action* pero adecuándolas a sistemas distintos del *common law*. Esta conferencia fue convertida posteriormente en un artículo que aún conserva su interés.

Cabe tener en cuenta que Mauro Cappelletti tenía una concepción más amplia de la necesidad de tutelar las acciones colectivas: el del acceso efectivo a la justicia. Para ello, tenía en cuenta la complejidad de las sociedades contemporáneas y la insuficiencia de la tutela meramente individual. Su atención recayó principalmente en la legitimación para accionar para la protección de los intereses colectivos, a los que denominó intereses en “busca de autor.”

Con esto Eduardo Ferrer Mac-Gregor destaca que el movimiento que entendemos como acciones colectivas inició en 1938, en los Estados Unidos de América,

con las *class action*, al promulgarse las reglas generales de procedimiento civil y su posterior reforma en 1966 en que se regularon las acciones por daños.

7. Brasil

En la década de los setentas del siglo pasado algunos juristas brasileños se interesaron por los estudios que hacían sus colegas italianos sobre las acciones colectivas. Entre esos juristas se encontraban José Carlos Barbosa Moreira y Ada Pellegrini Grinover, quien impulsó en su país las primeras reformas legislativas en esta materia, que culminaron en 1990 con la Ley Federal del Consumidor de Brasil que redactó ella.

Los juristas brasileños iniciaron en su país la discusión acerca de las acciones colectivas, pero siguieron una ruta distinta. Mientras en Italia se ha tratado de proteger los intereses difusos y colectivos a través de la figura del interés legítimo, Brasil no sólo dio un instrumento de acceso a la protección de dichos intereses, sino que creó las acciones colectivas como tales para su tutela, además de la de los intereses individuales homogéneos que sin ser colectivos, por razones de conveniencia y efectividad se les trata como tales.

8. México

En 1992 se celebraron en México las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en las que se habló de la protección de los intereses difusos y colectivos. Debido a su influencia se reformaron los códigos de procedimientos civiles de algunas entidades federativas para incorporar la protección de los intereses difusos y colectivos. Precisamente en 1993 se reformó el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Morelos para proteger dichos intereses; en Coahuila esto sucedió el 1999, y en Puebla en 2007.

Por otra parte, en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal de 1988, se aprobó el Código Modelo de Procedimientos Civiles, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el que se incluyeron algunos preceptos para regular la protección de los intereses difusos y colectivos.

Posteriormente, a iniciativa y con la participación de Antonio Gidi, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal elaboró un anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, presentado para su discusión en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal. Este anteproyecto fue objeto de las críticas de juristas iberoamericanos que quedaron reflejadas en el libro “La tutela de los Derechos difusos, colectivos y homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibe-

roamérica”, coordinado por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Este libro se dio a conocer en el Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en México en 2004.

Enseguida, se publicó el libro “Procesos colectivos en una perspectiva comparada”.

Al celebrarse las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en 2004 en Caracas, Venezuela, se aprobó el Código Modelo para Procesos Colectivos de Iberoamérica, que se basa esencialmente en la legislación de Brasil.

Este código fue comentado, artículo por artículo, por un grupo de juristas coordinados por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, lo que dio origen al libro “Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano.”

9. España

El artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 reconoce la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

En ese artículo se distingue entre intereses colectivos e intereses difusos con apoyo en el grado de determinación de los sujetos afectados: si los sujetos afectados están perfectamente determinados o son fácilmente determinables, sus intereses son calificados como colectivos; si los perjudicados son una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación sus intereses son considerados difusos.

Sin embargo, el legislador también utiliza la palabra colectivo en términos más amplios ya que dentro de la acción colectiva incluye no sólo aquella que persigue la defensa de intereses colectivos en sentido estricto, sino también aquellas que afectan a una pluralidad de sujetos, sin atender a su grado de determinación. De este modo, el concepto de acción colectiva en sentido amplio sólo se contraponen al de acción individual, por lo que dentro de las acciones colectivas quedan comprendidas tanto las que defienden intereses difusos, como las que protegen intereses colectivos en sentido estricto.

10. La situación especial de latinoamérica

Son pocos los países latinoamericanos que han desarrollado instituciones o prácticas jurídicas para la protección de los intereses y derechos colectivos, y entre éstos destacan Brasil y Colombia, que comparten al igual que México una misma tradición

jurídica derivada del derecho romano y el código civil francés.

En esos países la tutela de los derechos e intereses colectivos se hizo a partir del desarrollo de creaciones dogmáticas y conceptuales propias y particulares acerca de nuevas categorías de derechos, que con algunas diferencias pretenden tutelar las mismas situaciones subjetivas básicas.

Brasil es uno de los primeros países en América Latina que reconocieron la importancia de los derechos e intereses colectivos. La definición, conceptualización y legalización tripartita de derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos es una de sus principales conquistas.

Un antecedente del desarrollo de las instituciones dirigidas a la protección de los derechos e intereses colectivos en Brasil fue la ley 4717 que regulaba la defensa de intereses colectivos vinculados a la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa.

Luego, en 1985 se expidió la ley 7347, que estableció la acción civil pública, que constituye la primera regulación sistemática de procedimientos para la protección de los derechos difusos y colectivos. Esta ley fue seguida de diversas leyes especiales como la 7853 (1989) referida a la protección de personas con discapacidad, y la ley 8069 (1990) relativa a los derechos de los niños y adolescentes.

En 1988 se incorporaron en la Constitución Federal de Brasil derechos de incidencia colectiva y vías procesales colectivas, lo que dio lugar a que en 1990 se consolidara la protección de esos derechos con la promulgación del Código de Defensa del Consumidor (ley 8078), cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todo y cualquier interés o derechos transindividual, en el que se perfiló definitivamente la conceptualización de los derechos individuales de incidencia colectiva, mediante la categoría tripartita mencionada.

El título III del Código de Defensa del Consumidor contiene una especie de sistema procesal general aplicable a todas las acciones colectivas dirigidas a la protección de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

El artículo 81 define como intereses o derechos difusos los que son transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas ligadas por circunstancias de hecho. Y como intereses o derechos colectivos los que son transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí con la parte contraria por una relación jurídica base.

En tanto que los derechos e intereses homogéneos son los que surgen o tienen un origen común. Con esto se reconoció la posibilidad de iniciar acciones colectivas para la protección de derechos individuales, y reclamar colectivamente los daños y

perjuicios sufridos por varios o muchos individuos y derivados de una misma causa u origen, aunque ésta no involucrara la afectación de un bien colectivo o grupal, o una relación jurídica plural de base, lo que guarda cierta semejanza con las *class action* del sistema federal de los Estados Unidos de América.

La legitimación para iniciar acciones colectivas recae en el Ministerio Público, algunos entes u órganos de la administración pública, y en asociaciones legalmente constituidas con cierta antigüedad, y que entre sus fines tenga la defensa y protección de los derechos e intereses protegidos por el código que se comenta. Por tanto, en Brasil los individuos carecen de legitimación para promover acciones colectivas.

Las sentencias que se lleguen a dictar en esos procedimientos son de todo tipo: de hacer, no hacer o indemnizatorias. Se faculta al juez para adoptar y ejecutar las providencias que aseguren la tutela específica de la obligación o la obtención del resultado práctico equivalente, y se admite la posibilidad de que el actor acepte una compensación, si es imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente.

En ese código la cosa juzgada atiende a la categoría de los derechos involucrados. En cuanto a los derechos difusos la sentencia tiene efectos erga omnes, salvo que se rechace por insuficiencia de pruebas, caso en el que cualquier interesado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nuevas pruebas.

Respecto de los derechos colectivos los efectos de la sentencia serán ultra partes, pero limitada al grupo, categoría o clase, con la excepción indicada. En estos dos supuestos, los efectos de la cosa juzgada no perjudicarán los derechos e intereses individuales de los integrantes de la colectividad, grupo, categoría o clase, pues sin poder iniciar otra acción colectiva, podrán ejercer acciones individuales para reclamar derechos individuales vinculados con la acción colectiva juzgada. Las acciones colectivas no producen litispendencia respecto de acciones individuales referidas al mismo asunto, pero los efectos de la cosa juzgada no beneficiarán a los actores de las acciones individuales, salvo que soliciten la suspensión del proceso individual.

Si se trata de derechos homogéneos los efectos de la sentencia son erga omnes sólo en casos de procedencia de la acción, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores.

Como es evidente, el desarrollo doctrinal y legal de las acciones colectivas en Brasil es el antecedente directo de la regulación en México.

Colombia cuenta con antecedentes centenarios provenientes del Código Civil de algunas formas de protección colectiva de derechos, por ejemplo, en materia de desvío de agua, contaminación, edificios o árboles peligrosos, en los que se preveía pluralidad de actores y demandados; o la acción popular prevista para preservar los

caminos, plazas u otros lugares públicos, sin perjuicio de las acciones que competían a los interesados, y la acción popular prevista para conjurar la amenaza de daños o resarcir los daños contingentes producidos por imprudencia o negligencia sobre personas determinadas, en la que incluso se preveía una recompensa para el actor, con independencia de las costas que dependerían del tiempo y cuidado que empleara.

En 1982, el decreto que estableció el Estatuto del Consumidor reguló la reclamación de los perjuicios e indemnizaciones a favor de los consumidores por violación de las disposiciones de la ley, estableciendo que la sentencia producida tuviera efectos declarativos generales y para todos, quedando sujeta la liquidación posterior a que cada afectado demostrara individualmente el daño sufrido.

En la ley 9 de 1989 se previó una acción popular de protección del espacio público; en tanto que en el decreto 2303, de 1989, se estableció una acción popular de defensa del medio ambiente agrario, además de que en las leyes relativas a la transparencia del sistema financiero y mercado de valores se preveían soluciones colectivas.

Pero lo más relevante en cuanto a las acciones colectivas se encuentra en su Constitución, que en el artículo 88 prevé las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza, y para reclamar los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las acciones particulares. El desarrollo se hizo en la ley 472, de Acciones Populares y Acciones de Grupo, en vigor a partir de 1999. Esa Constitución no distingue entre derechos o intereses colectivos y difusos, pues ambos se comprenden en el término colectivo.

Las acciones populares tienen por objeto la protección de la comunidad en cuanto a sus derechos colectivos, por lo mismo pueden ser promovidas por cualquier persona cuando se afecte un interés o derecho común. Estas acciones, aunque están previstas para la protección de ciertos derechos e intereses colectivos, pueden abarcar otros de similar naturaleza. No tienen un contenido subjetivo o individual, o pecuniario, ni requieren la existencia de un daño que se quiera reparar, o están condicionadas por algún requisito de legitimación del actor que no sea su condición de parte del pueblo. Las acciones populares funcionan como un medio de defensa de finalidad eminentemente pública, o de interés público.

En México, algunos autores afirman la existencia de acciones colectivas desde la promulgación de la constitución de 1917, principalmente por el reconocimiento de los derechos sociales en materia agraria y de trabajo, que implicó el ejercicio de acciones para tutelarlos. Entre esas acciones se encontraban las de dotación y ampliación de tierras y aguas, o de reconocimiento y titulación de bienes comunales, en

materia agraria, y las acciones referidas a conflictos de contenido económico entre trabajadores y patrones.

Otros sostienen que el juicio de amparo fue un medio de protección de derechos colectivos, entre ellos, Lucio Cabrera, que afirma la existencia de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los años de 1867 a 1876, que protegían los intereses colectivos.

A pesar de estos precedentes, lo cierto es que el juicio de amparo en México es de corte individualista y su procedencia, hasta antes de la reforma de 2011, estaba condicionada a la existencia de un agravio personal o directo, lo que complicaba la defensa de los intereses difusos, y la de los colectivos requería la intervención de un representante previamente reconocido.

En realidad, la única acción colectiva con que se contaba era la prevista en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, de la que se hizo mención.

En 2008, los Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación organizaron un congreso sobre acciones colectivas, que tuvo gran importancia, pues originó que con 4 días de diferencia se presentaran en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores dos proyectos curiosamente idénticos que tomaron la propuesta que hicieron Alberto Benítez, Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Estos proyectos dieron lugar a la reforma constitucional del artículo 17, en que se reconocieron las acciones colectivas, las que deberían ser reguladas en una ley. Para ese fin se presentaron dos iniciativas: una en la Cámara de Diputados, por Javier Corral, y otra en la Cámara de Senadores, por Jesús Murillo Karam, que fue la finalmente prevaleció pero con modificaciones sustanciales, y dio lugar a la reforma del Código Federal de Procedimientos Civiles, y otros ordenamientos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 2011.

IV. Derechos e intereses tutelados

La importancia de precisar cuáles son los derechos e intereses que pueden ser objeto de protección a través de las acciones colectivas, guarda relación con la efectividad que se pretenda dar a su protección, pues su debido esclarecimiento evitará confusiones que pudieran frustrar el ejercicio legítimo de un derecho.

En el artículo 579 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de manera muy sencilla y concreta, se indica que la acción colectiva es procedente para tutelar las pretensiones cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones cuya titularidad corresponda a un grupo de personas. Las pretensiones referidas en primer lugar se relacionan con los intereses

colectivos, y las segundas con los derechos individuales homogéneos.

El antecedente de esta disposición es el artículo 1 del proyecto de Código de Proceso Civil Colectivo en el que se afirma que la acción colectiva es admisible para la tutela de pretensiones transindividuales cuya titularidad recaiga sobre un grupo de personas, así como para el ejercicio de pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a miembros de un grupo de personas.

Esa sencillez y concreción se abandona enseguida, porque en el artículo 580 se precisa que las acciones colectivas son procedentes para tutelar:

- I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes; y*
- II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de hecho.*

Y en el artículo 581 se trata de caracterizar la acción difusa, la acción colectiva en sentido estricto y la acción individual homogénea, tomando en consideración el interés o derecho que se pretende tutelar, con lo que se amplían las características que los identifican.

En esto se funda la crítica hecha, porque la caracterización de los intereses y derechos protegidos por las acciones colectivas no tiene utilidad práctica por la falta de uniformidad doctrinal al respecto, y la dificultad de comprender en esa caracterización todas las situaciones de hecho que se pudieran presentar. Lo mejor era mantener sólo lo establecido en el artículo 579.

Ahora bien, los elementos tenidos en cuenta por el legislador para caracterizar los derechos o intereses estrictamente colectivos, los difusos y los homogéneos, corresponden en términos generales a los señalados como los más relevantes por las doctrinas brasileña y colombiana.

Lo que sigue ahora es explicar los elementos que integran los derechos e intereses que se tutelan con las acciones colectivas, teniendo en cuenta los criterios subjetivos (titularidad del derecho material), objetivo (divisibilidad del derecho) y de origen (origen del derecho material) utilizados en el Código del Consumidor brasileño.

1. Derechos e intereses difusos

El elemento consistente en que la titularidad o pertenencia de un derecho o interés corresponde a una colectividad, no es más que el concepto que en esas doctrinas

se denomina “derecho transindividual” o “derecho supraindividual”, con lo que se quiere destacar que no es un derecho o interés individual, ni una colección de derechos individuales, sino que pertenece a una comunidad como un todo, como la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario, o la seguridad de un producto.

La indivisibilidad de los derechos o intereses colectivos y difusos implica que no pueden ser divididos en partes para atribuirlos a los miembros de la colectividad y originar pretensiones individuales independientes. Sus intereses están tan estrechamente relacionados que si se satisface a un miembro de la colectividad, se deben satisfacer las pretensiones de todos ellos, y cuando los derechos o intereses de uno de sus miembros son transgredidos, ello implica la violación de los derechos del grupo.

2. Derechos e intereses colectivos en sentido estricto

La necesidad de distinguir entre derechos e intereses difusos, y los derechos e intereses colectivos en sentido estricto, estriba en que, como se mencionó al inicio de este apartado, esas categorías junto con los intereses homogéneos son el objeto que se pretende tutelar con las acciones colectivas, y el legislador decidió darles un tratamiento distinto.

Sin embargo se trata de una distinción artificiosa que pudo evitarse si se hubiera seguido la idea esbozada en el artículo 579 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en el sentido de que la acción colectiva es procedente para la tutela de pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad, con lo que se abarca tanto a los intereses y derechos difusos, como los colectivos en sentido estricto.

Los derechos e intereses colectivos en sentido estricto también son transindividuales e indivisibles, pertenecen a una colectividad determinada o determinable, con base en circunstancias comunes, derivada de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

Entonces la diferencia con los derechos e intereses difusos radica en el origen. En los derechos difusos las personas que componen la titularidad del derecho no están ligadas por un vínculo jurídico previo, sino por meras circunstancia de hecho. En los derechos colectivos en sentido estricto, las personas que componen la titularidad colectiva del derecho están ligadas por una relación jurídica previa.

Antonio Gidi afirma que la relación jurídica preexistente hace que la pertenencia en un grupo sea más definida en el caso de los derechos colectivos, que en el caso de los derechos difusos, por ejemplo una relación contractual que liga a todos los miembros de la colectividad con la parte opuesta.

El origen de los derechos o intereses permite establecer la diferencia entre derechos difusos y los colectivos en sentido estricto, y entre estos derechos e intereses con los homogéneos.

Al respecto Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que alguna parte de la doctrina estima que los derechos e intereses difusos y colectivos comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.), y que su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos.

Así, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portados del interés colectivo suelen ser más fácilmente determinables.

Y que parte de la doctrina y legislación brasileña los identifican según si sus titulares se encuentran ligados por circunstancias de hecho (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos).

Como ejemplo de tutela de intereses difusos se encuentran los derivados de la difusión de una publicidad engañosa sobre un determinado producto o servicio, que le atribuye cualidades o condiciones que no responden a las que realmente tiene o de acuerdo con las cuales se presta; la comercialización y distribución de un producto defectuoso; la usurpación o imitación de una marca, que puede llevar a los consumidores o usuarios a adquirir un producto por la suposición de una calidad acreditada por la marca usurpada en el mercado; la contaminación ambiental del aire o del agua derivados de desechos arrojados por una fábrica; el de la inactividad de la administración en la prestación de un servicio o su actuación ilícita perjudicial para una categoría de sujetos, etc.

Ejemplos de intereses o derechos colectivos, en cambio, suelen citarse los derivados de la falta de higiene o de seguridad en una determinada fábrica o en una escuela, etcétera.

La distinción de las situaciones “difusas” y “colectivas” a veces no resulta tan precisa y clara, pues no existen propiamente diferencias ontológicas entre ambos conceptos: los dos obedecen al fenómeno supraindividual siendo indivisibles, sin que ello quiera decir que la circunstancia de pertenencia a muchos o a todos, escape de la dimensión individual pues siempre repercuten en las personas como tales, pero también deben considerarse que se rompe con la concepción clásica individualista

del derecho subjetivo, al trascender de la esfera subjetiva y proyectarse al grupo, categoría o clase en su conjunto.

Sean difusos o colectivos, Ferrer Mac-Gregor recuerda que Cappelletti afirma que lo esencial es que nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares.

3. Derechos e intereses homogéneos

En cambio los intereses o derechos individuales homogéneos, debido a su carácter individual, sí son divisibles entre los integrantes de la colectividad, pero por razones de conveniencia, esto es, para facilitar su protección colectiva se les trata como derechos o intereses colectivos, porque a pesar de que son derechos individuales reunidos el ejercicio de la acción colectiva supone una defensa indivisible. En otras palabras, los derechos e intereses homogéneos son derechos individuales a los que se da un tratamiento procesal colectivo, a pesar de que podrían ser defendidos individualmente por cada afectado.

Lo que caracteriza los derechos homogéneos es que tienen el mismo origen, lo que corresponde a la noción cuestión común de derecho o de hecho, o bien, a la de circunstancias comunes, lo que da la idea que es un acontecimiento que lleva a que ciertos individuos se agrupen, lo que implica que el ejercicio de la acción colectiva requiere la misma o semejante causa de pedir.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, recuerda que la legislación brasileña introdujo la noción de derechos e intereses homogéneos, los que en realidad son derechos individuales, pero que por efectividad práctica se estiman colectivos, y que Barbosa Moreira con acierto los denominó “accidentalmente colectivos”, a diferencia de los supraindividuales (difusos y colectivos) que los calificó como “esencialmente colectivos”.

Los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquéllos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir un número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo.

La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de tutelarlos mediante la acción colectiva, aunque se producirán resultados desiguales para cada participante.

La distinción entre las situaciones jurídicas “supraindividuales” e “individuales homogéneas” tiene importantes repercusiones prácticas y no sólo teóricas. En efecto, las primeras requieren distinto tratamiento procesal mediante las acciones colectivas por las consecuencias que se producirán, por ejemplo la sentencia podrá tener eficacia para todos los integrantes de la colectividad que se encuentren en una posición idéntica al que ejercitó la acción correspondiente.

En tanto que en las segundas, al representar auténticos derechos individuales, es decir, al tratarse de derechos subjetivos clásicos, cada titular tiene legitimación en la causa y libre disposición de su acción, además de que los efectos materiales de la sentencia no protegen a todo el grupo y la reparación del daño, dependerá de las circunstancias individualizadas.

Ejemplos de estos derechos individuales homogéneos son los derivados por lesiones en un accidente de aviación o aquéllos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a la cualidades anunciadas, o han adquirido, o contratado, un bien o servicio, como consecuencia de la calidad o cualidad que se supone en virtud de la marca aparente, o el derecho a la eventual indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la contaminación o en la integridad física de estudiantes accidentados; o bien cuando la pluralidad de sujetos deriva de la incorrecta o ilegal imposición o liquidación de una tasa, impuesto o sanción, o el abono de un salario.

Referencias

Bibliográficas

Cabrera Acevedo, Lucio, 1993. *La tutela de los intereses colectivos o difusos*, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Consultable en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/14.pdf>.

“La protección de los intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, México, T., XXXIII, enero-junio de 1983. Consultable en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/592/14.pdf>.

Cappelletti, Mauro, “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 1978, núms. 31-32, enero-agosto. Consultable en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/31/art/art1.pdf>.

Cuenca, Humberto, “La acción popular”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm 22, sección doctrina 1956, consultable en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/22/dtr/dtr4.pdf>.

Fairén Guillén, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, México, UNAM, 1992.

Ferrer Mac-gregor, Eduardo, 2004. Juicio de amparo e interés legítimo: *La tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Porrúa, 2ª ed.

Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendencia en acoes coletivas*, San Paulo: Saraiva, 1995.

“Cosa juzgada en acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

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

“El concepto de acción colectiva”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, México, UNAM, 2004.

Las acciones colectivas en los Estados Unidos, en Procesos colectivos. La tutela de los Derechos Difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), 2ª ed., México, Porrúa, 2004.

“Litispendencia en acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

“A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos”, Brasil, *Revista dos Tribunals Ltda.*, 2007. (Revista electrónica).

Rumbo a um Código de Processo Civil Coletivo, Brasil, Forense, 2008.

“Comentario al artículo 1º”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*. México, Porrúa-UNAM, 2008.

Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Madrid, Arazandi, 1999.

Hernández Martínez, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, IIJ-UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales, núm 184, 1997.

Lugo Garfias, María Elena, “La determinación de las acciones colectivas para el fortalecimiento del Estado mexicano” en *Revista Derechos Humanos México*, D. F., Nueva Época, año 5, núm 15, 2010.

Mafrá, Leal y Marcio, Flavio, “Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México: Porrúa-UNAM, 2004.

Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM-IIJ, serie estudios jurídicos, núm 4, 2001, consultable en el sitio <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/844/3.pdf>.

Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel et al., (2005) “Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional procesal, jurisprudencial y comparado”, Buenos Aires, Lexis Nexis.

Ovalle Favela, José. “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, México, Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXVI, num. 107, mayo-agosto de 2003.

“Las acciones populares”, consultable en el sitio: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/25.pdf>.

Vázquez, Mónica; Barrios, Lorena, et al., “Las acciones de grupo. Una visión a través de los procesos colectivos”, Colombia. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte. 2006, consultable en el sitio: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/26/9_las%20acciones%20de%20grupg.pdf.

Venturi, Elton, “Introducción”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*. México: Porrúa-UNAM, 2008.

“Comentario al artículo 1º”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*. México, Porrúa-UNAM, 2008.

Watanabe, Kazuo, “Acciones colectivas: cuidado necesario para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004 - 2009.

Zaneti Junior, Hermes, “Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México: Porrúa-UNAM, 2004.

Cuestiones relativas a los representantes de la clase

Elba Sánchez Pozos*

SUMARIO: I. *Cuestiones relativas a los representantes de la clase.* II. *Los sistemas de integración del grupo: aspectos positivos y negativos del opt in y opt out.* III. *Efectividad del proceso colectivo bajo el análisis económico del derecho.* IV. *Sentencia.* V. *Cosa juzgada.* VI. *Cosa juzgada erga omnes y ultra partes.*

I. Cuestiones relativas a los representantes de la clase

Para comprender mejor el tema, es necesario puntualizar, en los términos que lo hace Antonio Gidi, que tratándose de acciones colectivas, cuando hablamos de “representación” no nos referimos a ese término en sentido técnico-jurídico de la palabra, en el derecho procesal civil tradicional¹, sino que aludimos a los legitimados por el derecho positivo de un país para entablar un pleito colectivo en beneficio del grupo titular del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo; “representante” entonces –afirma dicho autor– debe considerarse como sinónimo de “portavoz” de los intereses del grupo².

En el derecho brasileño, por ejemplo, la mayoría de tratadistas sostiene que no existe control judicial de la adecuación del representante en las acciones colectivas, pues afirman que al juez brasileño le está prohibido evaluar la adecuación del representante, por lo que conforme a esa postura basta que el representante del grupo sea uno de los entes legitimados por la ley, para que pueda representar libremente los intereses del grupo en juicio, al margen de la ineptitud o la negligencia del representante del grupo durante el desarrollo del proceso colectivo.

* Magistrada del Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región (Guadalajara, Jalisco).

¹“La representación es una institución jurídica de muy amplia significación y aplicación, la cual entraña la posibilidad de que una persona realice actos jurídicos por otra, ocupando su lugar o actuando por ella... La representación puede ser legal o forzosa, y convencional...”. Gómez Lara, Cipriano, “Teoría General del Proceso”, 8a. ed., México, UNAM, 1990, p. 262.

²Gidi, Antonio “La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, pp. 142-143.

Sin embargo, Gidi sostiene una postura antagónica que actualmente ha sido muy difundida en Brasil y seguida por varios autores de ese país, pues en su opinión, el control de la representación adecuada necesariamente debe ejercerlo el juez, porque de otra forma, por más clara que sea la incompetencia del representante de grupo durante el desarrollo de un proceso colectivo, el juzgador estaría obligado a dictar sentencia en forma pasiva en demérito a los intereses de grupo³.

En cambio, como también lo destaca, en el derecho norteamericano la adecuación del representante sí está prevista en la ley procesal civil, como una cuestión constitucional de debido proceso legal. En Estados Unidos, para que una acción colectiva sea aceptada, el juez debe estar convencido, entre otras cosas, de que el representante puede representar adecuadamente los intereses del grupo en juicio, lo que constituye el aspecto más importante de las *class actions* norteamericanas.

Gidi afirma que a través de la adecuación de la representación en el derecho anglosajón se logran tres resultados: minimizar el riesgo de colusión; incentivar una conducta vigorosa del representante y del abogado del grupo; y asegura traer al proceso la visión y los intereses reales de los miembros del grupo.

Que el objetivo primordial es asegurar, entonces, que el resultado obtenido a través de la acción colectiva no sea sustancialmente distinto, de aquél que podría ser obtenido en acciones individuales, donde los miembros del grupo defiendan personalmente sus derechos.

Y que en el derecho norteamericano el juez tiene el deber de controlar *ex officio* la actuación del representante, desde el momento de la proposición de la acción hasta la ejecución de la sentencia, pasando por las etapas de producción de pruebas, argumentación jurídica y recurso; que incluso, la formación de la cosa juzgada no precluye la cuestión de la representación adecuada, dado que si el grupo o algunos miembros del grupo no fueron adecuadamente representados en juicio, no podrán legítimamente ser vinculados por la sentencia emitida en una acción colectiva; esto es, si en la acción futura —individual o colectiva— a través de una evaluación retrospectiva, se establece la inadecuación de la representación, el juez negará el efecto de cosa juzgada a la sentencia colectiva anterior en beneficio de todos o de algunos miembros del grupo.

Por esa razón, señala que, aunque pueda resultar irónico o contradictorio, es interés de la contraparte del grupo velar por la adecuación del representante, de ahí que es común que la parte contraria impugne la adecuación del representante del grupo, con el único objetivo de estimular una investigación más profunda por parte del juez y una decisión expresa sobre la cuestión, dado que sólo así podrá contraponer futura-

³Gidi, Antonio, "Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo", Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 74-86.

mente, con fuerza de cosa juzgada ante todos los interesados, una decisión contraria a los intereses del grupo⁴.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, prevé explícitamente el control judicial de la adecuación del representante. De acuerdo con el artículo 2º, I, la adecuada representación del legitimado es uno de los requisitos de la demanda colectiva.

Así, dicho Código, contiene una lista de factores que deben ser analizados por el juez en la evaluación de la representatividad adecuada, tales como:

- a) La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b) Su historia en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c) Su conducta en otros procesos colectivos;
- d) Su capacidad financiera para la conducción del proceso colectivo;
- e) La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; y
- f) El tiempo de institución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física ante el grupo, categoría o clase.

Entonces, el juez debe evaluar todos estos factores que deben ser considerados sólo como una guía meramente ejemplificativa y no limitativa.

La sentencia en la acción colectiva norteamericana, no tendrá fuerza de cosa juzgada, si su improcedencia fuere causada por inadecuación del representante del grupo, misma que puede ser invocada tanto por el juez de la propia acción colectiva, como por el juez de la acción colectiva o individual posterior⁵.

Siguiendo en gran medida el derecho norteamericano, y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, pero también proponiendo normas originales, el legislador de nuestro país estableció en el precepto 586 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que la representación a que se refieren las fracciones II y III del artículo 585⁶, deberá ser adecuada, a la vez que precisó que se considera representación adecuada:

- a) Actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad en el juicio;

⁴Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 2, pp. 147 a 149.

⁵*Ibid.*, p. 153.

⁶Artículo 585. Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas: (...) II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y (...).

- b) No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza;
- c) No promover o haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frívolas o temerarias;
- d) No promover una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos, y
- e) No haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas en los términos de Código Civil Federal.

Al respecto, debe subrayarse que en nuestra legislación, la representación de la colectividad en el juicio se considera de interés público⁷. Por ello, el juzgador deberá vigilar de oficio que dicha representación sea adecuada durante la sustanciación del proceso.

En concordancia con lo anterior se propone que el representante rinda protesta ante el juez y rinda cuentas en cualquier momento a petición de éste. El Código Federal de Procedimientos Civiles prevé un incidente de remoción y sustitución, que suspende el juicio, para el caso de que durante el procedimiento dejare de haber un legitimado activo o aquellos a que se refieren las fracciones II y III del artículo 585 no cumplieran con los requisitos antes citados.

Al comenzar la sustanciación del incidente y suspendido el procedimiento, el juez deberá notificar el inicio del mismo a la colectividad, y una vez hecho ello recibirá las solicitudes de los interesados dentro del término de diez días, mismas que evaluará y resolverá lo conducente dentro del plazo de tres días. El juez deberá notificar la resolución de remoción al Consejo de la Judicatura Federal para que registre tal actuación y en su caso, aplique las sanciones que correspondan al representante, mismo que será responsable frente a la colectividad del ejercicio de su gestión⁸.

Es pertinente mencionar, que si bien la certificación presume el análisis, *prima facie*, de la adecuada representación, ello no es obstáculo para deducir la excepción de falta de representación en otras etapas procesales a fin de solicitar al juez un estudio mucho más minucioso de la *adequacy* que, bajo ciertas condiciones, puede trascender en la nulidad del fallo.

Esa excepción, puede tener primordialmente dos objetivos, que se declare que no existe un representante idóneo y no se llegue a certificar la acción como colectiva,

⁷Conforme a lo dispuesto en el artículo 619 del Código Federal de Procedimientos Civiles, por ser la representación de interés público, las asociaciones civiles a que se refiere la fracción II del artículo 585, deberán registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal.

⁸Artículo 586 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

o que se considere que hay una adecuada representación, con la finalidad de que la sentencia tenga efectos vinculatorios a todo el grupo, una vez que alcance la categoría de cosa juzgada.

En las acciones colectivas, la garantía constitucional del debido proceso legal, ser oído y vencido en juicio, recae en la figura del representante⁹.

II. Los sistemas de integración del grupo: aspectos positivos y negativos del *opt in* y *opt out*

En el sistema de acciones colectivas, históricamente, han sido reconocidos ciertos derechos para ser incluido o excluido del grupo de personas demandante, a fin de ser legítimamente vinculado o no a la cosa juzgada.

Antonio Gidi expone, que tratándose de la tutela de los derechos de un grupo numeroso de personas, los miembros ausentes pueden ser o no considerados presentes en juicio por los miembros del grupo al que pertenecen, a través de tres técnicas¹⁰:

- a) Presencia compulsoria conocida en el derecho americano como *mandatory class action* or *no opt out class action*; conforme a esta técnica, todos los miembros del grupo son considerados presentes en juicio sin posibilidad de ser excluidos de la cosa juzgada.
- b) *Opt in*, implica que quienes satisfagan las condiciones del colectivo se apersonen al procedimiento adhiriéndose a la acción intentada ya que si no lo hacen, no serán tomados en cuenta ni para beneficios o perjuicios en la cosa juzgada.
- c) *Opt out*, atendiendo a esta técnica, dado que una vez certificada la clase por el juez, cualquier sujeto que satisfaga las condiciones queda incluido y vinculado a lo que se decida en la sentencia, en el supuesto de que un miembro del grupo no quiera seguir la suerte de lo que se decida, puede expresar su voluntad solicitando se le excluya de dicha acción a fin de que únicamente a él no le alcancen los efectos de la sentencia.

En el proyecto de decreto de reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles y Civil Federal, y demás legislaciones vinculadas con las acciones colectivas en nuestro país, las Comisiones Unidas de Justicia y de Economía, consideraron en

⁹Idea tomada del artículo de Jean Claude Tron Petit. ¿Qué hay de las acciones colectivas? Consultado en el sitio http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=362.

¹⁰Gidi, Antonio, A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, desta edicao, Brasil, *Revista dos tribunais*, 2007, pp. 291-292.

cuanto al tema que nos ocupa, que:

La integración de la colectividad se conceptualiza como la forma en que los individuos, ya sea que se trate de un procedimiento por violación de derechos difusos, colectivos o individuales de incidencia colectiva, ingresan a la colectividad que dentro del juicio será la parte actora y, por ende, formarán el universo de personas al cual beneficiará o parará perjuicio la sentencia definitiva que se dicte en el mismo.

Asimismo, dichas Comisiones consideraron conveniente establecer un procedimiento para la integración de la colectividad atendiendo a la naturaleza de la acción, mismo que quedó plasmado finalmente en el artículo 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual, los miembros de la colectividad afectada tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, podrán adherirse a la acción de que se trate conforme a las siguientes reglas:

- *La adhesión a su ejercicio podrá realizarse individualmente a través de una comunicación escrita por cualquier medio, dirigida al representante a que se refiere el artículo 585 del propio Código o al representante legal de la parte actora, según sea el caso.*
- *Los afectados podrán adherirse a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, plazo durante el cual, el interesado hará llegar su consentimiento expreso y simple al representante, quien a su vez lo presentará al juez. El juez proveerá sobre la adhesión y, en su caso, ordenará el inicio del incidente de liquidación que corresponda a dicho interesado.*
- *Los afectados que se adhieran a la colectividad durante la substanciación del proceso, promoverán el incidente de liquidación en los términos previstos en el artículo 605 de este Código.*
- *Los afectados que se adhieran posteriormente a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, deberán probar el daño causado en el incidente respectivo. A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.*
- *Sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado.*
- *El representante a que se refiere el artículo 585 de este Código tendrá los poderes más amplios que en derecho procedan con las facultades especiales que requiera la ley para sustanciar el procedimiento y para representar a la colectividad y a cada uno de sus integrantes que se hayan adherido o se adhieran a la acción.*

El mismo precepto legal, a su vez dispone, una sola regla referente al mecanismo de *opt out*, al disponer que tratándose de la adhesión voluntaria, la exclusión que haga

cualquier miembro de la colectividad posterior al emplazamiento del demandado, equivaldrá a un desistimiento de la acción colectiva, por lo que no podrá volver a participar en un procedimiento colectivo derivado o por los mismos hechos¹¹.

En el caso de España, donde la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 15 contempla la figura de *opt in*, pero carece de *opt out*, quien haya decidido ser incluido en el grupo no tendrá manera posterior de excluirse de los efectos vinculatorios de lo decidido en una acción colectiva. Al respecto, cabe destacar que la acción puede beneficiar o perjudicar a los demandantes, por lo que si no se da la opción a ser excluido, se deja en estado de indefensión a quien con posterioridad tiene la intención final de no participar en la acción colectiva.

Respecto al tema, Antonio Gidi sostiene que el procedimiento de “*optar por salir*” solamente se justifica en un sistema en que la sentencia es obligatoria para los miembros ausentes del grupo, sin considerar la solución final del caso “*sea o no sea favorable al grupo*”, y que un sistema de “*optar por salir*” es incompatible con un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*, como es el caso de Brasil. En tanto que los miembros ausentes no están obligados por una sentencia desfavorable, el miembro no necesita excluirse del grupo¹².

III. Efectividad del proceso colectivo bajo el análisis económico del derecho

En el referido decreto de reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles y restantes legislaciones en materia de acciones colectivas, se afirmó que este tipo de acciones además de las virtudes que representan en cuanto a que son un mecanismo que permite hacer valer en una controversia los derechos e intereses colectivos, que evitan que hechos violatorios de las leyes queden impunes y dan sentido práctico al principio de “*acceso a la justicia*”, también pueden ser catalizadores de la vida social que inhiban prácticas ilegales, mejoren y eleven la competencia y al final sirvan para que los ciudadanos y los consumidores accedan a mejores bienes y servicios públicos y privados.

Se sostuvo también, que la importancia de las acciones colectivas se puede comprender fácilmente, si se atiende a que la vida cotidiana supone una serie de relaciones, de hecho o jurídicas, cuyo monto monetario individualizado es relativamente pequeño. Que así, en caso de existir una eventual violación a los derechos o intereses derivada de la relación antes citada, no existen los incentivos necesarios para que se

¹¹Art. 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹²Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Lucio Cabrera Acevedo (trad.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 113.

inicie un litigio, pues los costos relacionados con éste son mayores al beneficio individual que se puede obtener derivado de la defensa de los derechos transgredidos. Sin embargo, si se agregan los derechos o intereses individuales y éstos forman un bloque, podría suceder que la suma de los mismos fuera mayor a la inversión necesaria para costear el litigio, en tiempo y dinero. Que si al sumar los intereses individuales sucede lo anterior, entonces válidamente puede concluirse que el daño colectivo causado por las violaciones a los derechos no es un asunto menor y debe ser reparado.

En ese contexto, se estimó, con base en el análisis económico del derecho, que las acciones colectivas pueden constituirse, en un mecanismo eficaz para cambiar las conductas antijurídicas de las sociedades mercantiles e inclusive las malas prácticas gubernamentales; así como de los particulares en general que afectan a grandes sectores de la sociedad. Ello, dado que las acciones colectivas logran colocar los incentivos en el lugar correcto, de tal forma que las empresas del sector privado, el gobierno o los particulares evitarán vulnerar o transgredir derechos aunque el costo de ello sea ínfimo de manera individual, pues sabrán que las personas que sufran esas violaciones podrán agruparse y reclamar la protección de sus derechos por la vía jurisdiccional.

En el decreto se concluyó que si la ley cumple con propiciar las condiciones para conjuntar a todas aquellas personas cuyos derechos han sido violentados y se permite su organización para lograr la defensa y protección adecuada de sus derechos, nos encontraremos ante la posibilidad real de hacer justiciables los derechos de individuos que actúan como parte de una colectividad, además permitirá acabar con la impunidad en relaciones en las que una de las partes es, de forma considerable, económicamente más débil y por esa razón debe enfrentarse a procesos complicados, técnicamente complejos, lentos y costosos.

Cabe destacar como un precedente relevante que explicó con toda claridad la necesidad en el país de una reforma en materia de acciones colectivas, sobre todo por los beneficios económicos que implica para la sociedad y el país, el emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 26 de mayo de 2010, al resolver el amparo directo civil 15/2009, promovido por la Procuraduría Federal del Consumidor, contra la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Unitario del Décimo Séptimo Circuito, en el toca 11/2008.

En la ejecutoria, en lo que ahora interesa, respecto a la acción de grupo instada por la quejosa —en representación de un grupo de consumidores con motivo de la adquisición de viviendas— y los beneficios económicos de ese tipo de acciones, el más alto Tribunal del País expuso lo siguiente:

En primer término resulta importante señalar que el desarrollo económico y tecnológico que enfrenta la sociedad moderna ha provocado el aumento de circunstancias comunes entre las relaciones individuales. Esto ha exigido a los órganos legislativos de los estados la creación de herramientas y procedimientos procesales que reconozcan la protección colectiva de derechos, con el fin de garantizar el acceso a la justicia a la mayor cantidad de individuos.

El acceso eficaz a la justicia no es un aspecto meramente jurídico. El que un país logre que las personas tengan la facilidad de acudir a un juez para dirimir sus controversias y que éste determine sus derechos genera consecuencias positivas en el ámbito económico, social y cultural de la sociedad.

Nuestro sistema jurídico en general y el procesal en particular fueron diseñados desde una perspectiva individualista, que si bien esta concepción satisfizo las necesidades jurídico sociales de cierta época, en la actualidad este sistema ha dejado de ser del todo eficiente para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Es común apreciar que la complejidad de nuestros procesos jurisdiccionales constituye una carga onerosa para la mayor parte de la sociedad. Esto induce a que con frecuencia la parte económica más débil sea quien sufra el daño causado por transacciones desventajosas. Ello, no sólo por el costo que implica el litigio, sino también porque el ciudadano no cuenta con las acciones necesarias para hacer valer sus derechos ante los tribunales.

Un ejemplo se presenta en los daños de baja cuantía en los cuáles los individuos asumen la pérdida sin importar si tienen o no responsabilidad en ésta. Esto se debe a que los costos que deben enfrentar los individuos para ejercer una acción procesal superan con creces los beneficios esperados de llevar a cabo dicho litigio, así como que no encuentran un instrumento procesal efectivo que les garantice la tutela de sus derechos.

Bajo este contexto, es inminente la efectividad que el proceso colectivo debidamente sustanciado, implicará en el aspecto económico del derecho.

IV. Sentencia

Las sentencias dictadas en acciones colectivas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 604 y 605 del Código Federal de Procedimientos Civiles, son de dos tipos atendiendo a sus efectos, mismos que a la vez dependen de la clase de acción que se haya instado.

- A) Sentencias restitutorias (emitidas en acciones difusas); y,
- B) Sentencias esencialmente indemnizatorias (emitidas en acciones colectivas en sentido estricto y en acciones individuales homogéneas).

En las primeras (restitutorias) la condena al demandado sólo puede consistir en la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, si fuere posible, o en su defecto, en la realización de una o más acciones o abstenciones de realizarlas. En estos casos, si no fuere posible tal restitución, el juez condenará al cumplimiento sustituto de conformidad con la afectación que sufrió la colectividad, supuesto en el que la cantidad resultante se destinará al Fondo al que se refiere la propia legislación en los artículos 624, 625 y 626.

Y en las acciones primordialmente indemnizatorias, la condena consistirá además de la reparación del daño (realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas), en el pago de daños a los miembros del grupo, quienes en lo individual podrán promover el incidente de liquidación en el que deberán demostrar el daño sufrido, con la limitación de que debe ser promovido dentro del año calendario siguiente al en que la sentencia cause ejecutoria y que el incidentista goza únicamente de un año para ejecutar la interlocutoria correspondiente contado a partir de que el juez determine el importe a liquidar, cuyo pago en ningún caso podrá realizarse al representante del grupo¹³.

Otra clasificación de las sentencias, se desprende de lo dispuesto en el artículo 582 del código adjetivo civil federal que nos ocupa, conforme al cual, pueden ser, declarativas, constitutivas o de condena, atendiendo al tipo de pretensiones.

Asimismo, conforme a los artículos 616 y 617 del propio Código, las sentencias de condena incluirán lo relativo a los gastos y costas que correspondan, en la inteligencia que cada parte asumirá sus propios gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.

V. Cosa Juzgada

Conforme a la doctrina, la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva. Para entender con claridad este tema, es conveniente remitirnos ahora a la exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004), de la que se advierte lo siguiente:

¹³Artículo 605 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Que para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia erga omnes (o ultra partes), en caso de procedencia o improcedencia de lo pedido, salvo cuando la improcedencia se dé por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas, siendo esta solución tradicional en los países de Iberoamérica, pero ese Código avanzó, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de dos años contado desde el conocimiento de la prueba sobreviniente al proceso colectivo.

Que respecto a los intereses o derechos individuales homogéneos, se acogió la opción brasileña, de la cosa juzgada secundum eventum litis, o sea, la cosa juzgada positiva actúa erga omnes, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa, sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal.

Así, tenemos que conforme al artículo 33 del citado Código para Iberoamérica, en los procesos colectivos se prevén las reglas siguientes:

- la sentencia hará cosa juzgada erga omnes, salvo cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas; en el citado caso de excepción, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba;
- que tratándose de rechazo basado en las pruebas ofrecidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de nueva prueba superviniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso;
- que cuando se aluda a intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual;
- que 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 por el propio Código, pero si hubiera sido declarado procedente lo 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; que lo dispuesto en el párrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria; y,
- que la competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.

Por su parte, los artículos 35, 36 y 37 del citado Código, en lo sustancial disponen respecto a las acciones contra un grupo, categoría o clase, que cualquier tipo de pretensión, puede ser propuesta contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual y esté revestido de interés social.

Asimismo, alude a la cosa juzgada pasiva, y al respecto establece dos supuestos dependiendo de los derechos de que se trate, es decir, difusos e individuales homogéneos:

En cuanto a los primeros, prevé que la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase. Y en cuanto a los segundos, establece que la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero que la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, quienes podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual.

En el punto a estudio también prevé que cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia de lo pedido.

Retomando doctrina para continuar con el análisis del tema que nos ocupa, cabe destacar que para Ada Pellegrini Grinover, los derechos individuales homogéneos son derechos subjetivos clásicos, pertenecientes a determinados titulares, que pueden ser tratados individualmente en procesos individuales; pero que, por fuerza de su origen común, la ley permite que sean tratados colectivamente en un único proceso. No se trata, dice, de derechos esencialmente colectivos, sino sólo accidentalmente colectivos; derechos que —afirma— aunque son individuales y divisibles, el sistema permite su tratamiento procesal conjunto¹⁴.

Puntualiza que en tratándose de derechos esencialmente colectivos, de naturaleza indivisible (los llamados difusos y colectivos), el régimen de la cosa juzgada es el régimen de la eficacia *erga omnes*, en la medida que, por la propia naturaleza de las cosas —la indivisibilidad— el resultado del juzgamiento habrá de ser uniforme para todos. O bien la sentencia es favorable, y favorece de igual manera a todos los integrantes del grupo; o bien es desfavorable y, necesariamente desfavorece a cada uno de sus integrantes. Por esa razón, —afirma— el régimen de la cosa juzgada con relación a

¹⁴Pellegrini Grinover, Ada, “Eficacia y autoridad de la sentencia: El Código Modelo y la Teoría de Liebman” en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 256.

los intereses difusos y colectivos sólo podría ser el de lo juzgado (y de su inmutabilidad) *erga omnes*, con el único carácter de la sentencia desfavorable por insuficiencia de pruebas, que simplemente no hace cosa juzgada¹⁵.

Por su parte, Antonio Gidi en la misma obra, al abordar el tema de la cosa juzgada en acciones colectivas, considera que la cosa juzgada *erga omnes*, no está restringida por los límites territoriales del tribunal que ejerce jurisdicción en el caso de que se trate, puesto que no debe confundirse la extensión subjetiva de la cosa juzgada con jurisdicción, que por ende, la cosa juzgada de la acción colectiva alcanza a toda la comunidad o colectividad o víctimas lesionadas por el acto ilícito independientemente de la entidad federativa en que estén domiciliados¹⁶.

En diversa obra¹⁷, el mismo autor sostiene que estaremos en presencia de una acción colectiva, si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. Así, afirma que la sentencia debe tener efectos obligatorios *ultra partes*, más allá de las partes, y que el carácter *erga omnes* —contra todos— de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva.

Para él, una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye la esencia fundamental del proceso colectivo; que por ello, debe reconocerse que los intereses de los miembros ausentes están en juego en una acción colectiva, y éstos deben ser protegidos de representantes deshonestos o incompetentes¹⁸.

Expresa que hay dos soluciones obvias para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en el litigio colectivo: o la ley da efecto obligatorio a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado, o bien la ley obliga a los miembros ausentes tan solo si el grupo triunfa¹⁹.

Afirma el autor que²⁰.

La ley brasileña prescribe que una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales. Si la acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva. Ellos

¹⁵*Ibid.*, p. 257.

¹⁶Gidi, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 261.

¹⁷Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 12 sin página.

¹⁸*Ibid.*, pp. 98-99.

¹⁹*Idem.*

²⁰*Ibid.*, p. 100.

pueden aún presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección a sus derechos individuales.

El autor ejemplifica esa distinción, partiendo de la base de que en Brasil:

El derecho transindividual de un grupo (derechos difusos o colectivos) está estrechamente interrelacionado con los derechos individuales de sus miembros; y atendiendo a que la violación de un derecho difuso (por ejemplo, la veracidad de los anuncios publicitarios) puede provocar la violación de una serie de derechos individuales que, como tienen un origen común, son llamados “homogéneos” (por ejemplo, daños individuales causados a los consumidores por el anuncio)²¹.

En ese contexto, expone que:

El objeto de la acción colectiva ejercitada para prohibir un presunto anuncio engañoso (injunctive class action) es impedir la difusión del mismo (una acción colectiva de no hacer en protección del derecho difuso). Si la acción colectiva tiene éxito, no sólo el anuncio será prohibido, sino que todos los miembros del grupo serán beneficiados debido a los efectos obligatorios de la sentencia (binding effect of the class decree). En las acciones individuales por daños, los miembros del grupo no necesitarán probar que el anuncio fue erróneo, sino solamente tendrán que demostrar la relación de causalidad individual (causation) y el monto de los daños. Si la acción colectiva fracasa, el anuncio no será considerado engañoso y no será prohibido. Esta sentencia es cosa juzgada, y el grupo ya no tiene una segunda oportunidad. Aunque el grupo ya no tiene derecho a proponer otra acción colectiva para obtener la prohibición bajo la misma causa de pedir, los miembros del grupo no estarán vinculados en sus pretensiones individuales, y podrán alegar en sus acciones individuales por daños que el anuncio es engañoso²².

Ahora bien, el autor en cita considera que debido a que en la acción colectiva las personas interesadas no son necesariamente partes del juicio, o llamadas a comparecer en el tribunal o estar informadas de la existencia de la acción, el legislador brasileño estimó aceptable que una persona se beneficiara de la sentencia colectiva, pero no que fuera perjudicada por ella, y que lo antes mencionado es un ejemplo de cosa juzgada en una sentencia de una acción colectiva en protección de derechos difusos, pero que la sentencia en una acción colectiva en protección de derechos colectivos se rige por la misma regla.²³

Por ejemplo, cita: en la acción colectiva para obligar a una empresa de seguro médico de efectuar el tratamiento de cierta enfermedad, la sentencia beneficiará a

²¹ *Ibid.*, p. 101.

²² *Ibid.*, pp. 101-102.

²³ *Ibid.*, pp. 101-103.

todos los miembros del grupo (clientes de esta empresa) que hayan sufrido algún daño por la negativa del demandado. En este caso, los miembros del grupo, cuando intenten sus demandas individuales por daños, no necesitarán probar la ilegalidad de la conducta del demandado. Los miembros del grupo solamente tendrán que probar la relación de causalidad (*causation*) y el monto de los daños individuales²⁴.

El autor explica el efecto obligatorio de la sentencia en una acción colectiva para proteger derechos individuales homogéneos, de la siguiente manera:

La acción colectiva brasileña por daños individuales es una “acción colectiva parcial” (isue class action): su finalidad se limita a que se declare la responsabilidad del demandado. En caso de que tenga éxito la acción colectiva, cada miembro del grupo es beneficiado por esta declaración. Sin embargo, cada miembro del grupo debe presentar su propio caso ante el tribunal para establecer que es un miembro del grupo “causation” y probar el monto y la extensión de los daños individuales sufridos. Si la acción colectiva se decide contra el grupo, sus miembros no son perjudicados por la sentencia colectiva y pueden promover sus propias acciones individuales en protección de sus derechos individuales. Si el miembro del grupo intervino en la acción colectiva, sin embargo, estará obligado por la sentencia desfavorable²⁵.

Sin embargo, cambiando siglos de práctica establecida en el proceso civil individual tradicional, el legislador brasileño decidió que no habría cosa juzgada si la reclamación colectiva se estimaba sin fundamento debido a pruebas insuficientes. Cualquier representante del grupo puede volver a intentar la acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual en el caso de que presente nuevas pruebas²⁶.

Por ejemplo, continúa el autor, si un juez decide una acción colectiva a favor de las compañías de tabaco, sosteniendo que los cigarrillos no causan cáncer, que los cigarrillos no causan adicción y que las compañías de tabaco no sabían qué cigarrillos causaban cáncer²⁷, y si varios años después aparecen pruebas en contrario, suficientes para garantizar una sentencia diferente, y la prescripción negativa no ha corrido, la misma acción colectiva para la protección del mismo derecho puede ser nuevamente iniciada por cualquier entidad con legitimación colectiva²⁸.

Antonio Gidi, de acuerdo con la mayoría de los juristas brasileños, afirma que para que esa excepción sea aplicable y para que la sentencia colectiva no sea cosa juzgada es imperativo que el juez expresamente reconozca en su razonamiento que la

²⁴*Idem.*

²⁵*Ibid.*, p. 104.

²⁶*Ibid.*, pp. 104-105.

²⁷*Idem.*

²⁸*Idem.*

sentencia estuvo basada en una falta de pruebas²⁹. En algunos casos, que son claros, puede ser posible para el juez estar consciente que la improcedencia de la acción colectiva se debió a una prueba insuficiente³⁰. Sin embargo, en muchos casos el juez puede no estar consciente de que la prueba relevante no se presentó³¹. De acuerdo con ello, la regla brasileña debe interpretarse como que no exige un reconocimiento expreso o tácito de la falta de pruebas en la sentencia colectiva anterior³². En consecuencia, si en cualquier tiempo después de la sentencia se descubre que existen nuevas pruebas que podrían cambiar el resultado del caso, la acción colectiva que protege al mismo derecho del grupo puede volver a ser propuesta³³.

Sostiene también, que aunque la nueva prueba no necesita ser tan persuasiva que por sí misma pueda asegurar una sentencia para el grupo, sí debe ser suficientemente fuerte como para justificar la posibilidad de una solución diferente de la controversia³⁴. En este caso, el segundo juez debe evaluar todas las pruebas presentadas incluyendo las que previamente se consideraron insuficientes³⁵.

Antonio Gidi, sostiene que aunque la ley solamente aplica esta regla a las acciones colectivas para la protección de los derechos difusos y colectivos, no existe una razón suficiente por la cual no sea aplicable también a las acciones colectivas por daños individuales (derechos individuales homogéneos)³⁶.

Ahora bien, como se aprecia de lo anterior, el tema de la cosa juzgada en tratándose de acciones colectivas no es sencillo, pues tiene diversas aristas que en la práctica pueden complicar la labor jurisdiccional, sobre todo en México, dado que lamentablemente respecto a la cosa juzgada, la legislación es claramente lacónica, de ahí que será mediante la labor interpretativa que realicen los órganos jurisdiccionales competentes de nuestro país, que se integrará la ley de la materia, específicamente, por medio de jurisprudencia.

Se afirma lo anterior, porque en el Libro Quinto “De las Acciones Colectivas”, del Código Federal de Procedimientos Civiles, están previstas únicamente las siguientes reglas atinentes a la cosa juzgada:

- Que la sentencia no recurrida tiene tales efectos definitivos;
- Que si alguna persona inició un procedimiento individual al cual recayó una sentencia que causó ejecutoria no podrá ser incluida dentro de una colecti-

²⁹ *Ibid.*, p. 106.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 12, p. 107.

dad para efectos de un proceso colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas; y,

- Que tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva, en caso de la improcedencia de la pretensión en el procedimiento colectivo, los interesados tendrán a salvo sus derechos para ejercerlos por la vía individual.

VI. Cosa juzgada *erga omnes* y cosa juzgada *ultra partes*

En materia de acciones colectivas, afirma el autor brasileño, que no es la terminología lo que distingue en ese país esas dos locuciones, sino el texto que el Código Modelo acompaña a cada una, dado que usa la expresión *erga omnes* (artículo 26, I) para prescribir que la autoridad de la cosa juzgada material alcanza a toda la comunidad titular del derecho lesionado y solamente a ella³⁷.

Pero *erga omnes* —dice— no significa exactamente “contra todos” como pudiera parecer, porque por la naturaleza de las cosas está limitado a la comunidad titular del derecho supraindividual violado y, en la eventualidad de procedencia de la demanda, a los titulares de los correspondientes derechos individuales homogéneos³⁸.

La expresión *ultra partes*, a que alude el inciso II del mismo numeral, es utilizada para extender la cosa juzgada a los miembros de la colectividad titular del derecho lesionado y a los titulares de los correspondientes derechos individuales homogéneos³⁹.

Referencias

Bibliográficas

Cabrera Acevedo, Lucio, *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2004.

Gidi, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

³⁷Gidi, Antonio, *op.cit.* nota 16, p. 269.

³⁸*Ibid.*

³⁹*Ibid.*, p. 270.

A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, desta edicao, Brasil, Revista dos tribunais, 2007.

Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, 2004.

Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, 2ª. ed., México, Porrúa, 2004.

“La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

“Cosa juzgada en acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 8a. ed., México, UNAM, 1990.

Pellegrini Grinover, Ada, “Eficacia y autoridad de la sentencia: El Código Modelo y la Teoría de Liebman” en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

La sentencia y cosa juzgada en las acciones colectivas

José Juan Trejo Orduña*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Sentencia*. III. *Cosa juzgada en las acciones colectivas*. IV. *Conclusiones*.

I. Introducción

Han transcurrido cuatro décadas, desde que Mauro Cappelletti¹ anticipara lucidamente las transformaciones que se han gestado en el campo de la justicia, a través de sucesivas “oleadas” reformadoras, tendientes a conseguir un mayor acceso a la justicia, encaminadas a asegurar la tutela jurisdiccional de ciertos derechos e intereses particulares e importantes, y especialmente vulnerables, en las modernas sociedades.

Los derechos se caracterizan y son propios de consumidores, usuarios, en general, colectivos de categorías y grupos no organizados o difícilmente organizables, lo que deja al descubierto la insuficiencia de las formas tradicionales de procedimiento y tutela jurisdiccional; por ende, es necesario plantearse el desafío de articular nuevas vías y tipos procesales, tanto como reformular conceptos y principios clásicos.

Una tutela efectiva y no solo nominal de tales derechos de incidencia colectiva requiere permitir y estimular el acceso de los representantes públicos y privados, así como de aquellos grupos desorganizados, imprecisos y a menudo imprecisables, generalmente en la dificultad para defenderse; por tanto, se requiere articular vías y procedimientos apropiados para la tutela de sus derechos, en los que se involucran las responsabilidades de las partes, los poderes y deberes de iniciativa y de control del Juez y los efectos mismos de las decisiones por el alcance particular de la sentencia y la cosa juzgada.

Ahora bien, la dinámica social que implica el crecimiento de la población en la República Mexicana, el desarrollo económico del país y sobre todo, la etapa de intensa transformación por la que atraviesa la Nación, que se manifiesta en la pro-

* Magistrado del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Décimo Sexto Circuito (Guanajuato).

¹Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia*, Col. Abog. Argentina, 1983, S. Amaral (trad.); también, con el mismo título, F.C.E., México, 1996, M. Miranda (trad.), pp. 3 - 5.

mulgación de nuevos ordenamientos legales o la reforma de éstos como generadores de una demanda creciente de impartición de justicia pronta y expedita y como respuesta a la necesidad de contar con mecanismos legales adecuados y eficientes, para atender la problemática social actual en la solución de conflictos a través del sistema de impartición de justicia, son factores que propician que los órganos jurisdiccionales se encuentren frente a nuevos retos.

Por un lado, se encuentra el creciente aumento de asuntos ventilados en los juzgados y tribunales del país y, por otro, las problemáticas planteadas resultan, en muchos casos, novedosas a los asuntos jurídicos tramitados anteriormente.

La adición del párrafo tercero al artículo 17 Constitucional para establecer que el Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas, así como el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el treinta de agosto de dos mil once, por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles y diversos ordenamientos legales son trascendentales para el sistema jurídico mexicano. Ello es así, en virtud de que se crean mecanismos para instrumentar el procedimiento de las acciones de clase o de grupo que hayan sido afectados en la protección de los derechos del consumidor, en el sistema de ecología, los servicios financieros o alguna otra acción en los que no se les han reconocido sus derechos de grupos.

En tal medida, en el presente artículo se abordaran los aspectos relativos a la sentencia y cosa juzgada y cómo dichos conceptos deberán comprenderse a la luz de las reformas anteriormente mencionadas.

II. Sentencia

A. Concepto

Sentencia proviene del latín *sententia*, que significa máxima, pensamiento corto, decisión. Es la resolución que pronuncia el Juez o Tribunal, para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminal normal del proceso²; además, la sentencia es un acto procesal conclusivo, mediante el cual el órgano jurisdiccional resuelve la causa, sea que juzgue sobre el fondo del asunto, sea que lo haga sobre cuestiones previas que puedan impedir un juicio sobre el fondo. Pero no es solamente esto, el juez, por medio de la sentencia, debe dar respuesta a las cuestiones que los litigantes han planteado a través de los argumentos y razones que han sometido a su consideración y decisión. No puede cancelar las manifestaciones

² Diccionario jurídico mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, t. VII, pp. 105 - 106.

de las partes; puede, sí, considerarlas no atendibles, pero dando cuenta del por qué; examinándolas críticamente³.

Las anteriores consideraciones son válidas para todos los procesos jurisdiccionales. Es importante sostener que toda sentencia necesita ser clara, congruente, precisa, a fin de que pueda controlar externamente la decisión del juez, y no se pretende con eso que el pueblo pueda aplaudirlo o censurarlo, ya que ello sería una pretensión vana y demagógica. Lo que se pretende es que las partes, en su caso la alzada y en el amparo, puedan ejercer un control adecuado de la sentencia dentro del proceso.

Si bien es cierto que la sentencia no ha de ser un acto de fe, sino un acto de convicción razonada, según Eugenio Florian⁴ (citado por Jaime Manuel Marroquín Zaleta), también debemos entender que la sentencia es un acto que pertenece al ser de la razón, es un producto de la actividad cognoscitiva del hombre. Es un silogismo, un acto predominante volitivo en el que el juzgador hace una serie de juicios axiológicos. La sentencia es una decisión jurisdiccional que está determinada básicamente por el juicio de carácter intuitivo, compuesto por una premisa mayor (ley o jurisprudencia), una premisa menor (el caso) y una conclusión (aplicación de la norma al caso).

El sentido jurídico como requisito para la toma de una decisión judicial es determinante en toda resolución, porque no basta conocer el derecho, aunque sea profundamente, para saberlo traducir en realidad. Hay teóricos incapaces de esta elasticidad mental que les haga dueños en el manejo de los principios del arte de decidir. El *quid* se encuentra en el sentido jurídico, que consiste en una especie de clarividencia en la experiencia razonada y racional de su exactitud y constituye un momento feliz en la vida del jurista, porque sirve para confirmar que el sentido de la justicia no es variable ilusión subjetiva, sino una educación del espíritu que se afina y se perfecciona con la experiencia, hasta el grado de poder alcanzar la solución justa. Este sentido jurídico –apunta Calamandrei– es el que hace decir a los magistrados que deben resolver una causa muy complicada y difícil: “sentencia de fácil decisión pero de difícil motivación”. Estas palabras fueron traducidas por Fix Zamudio publicadas en la obra “Proceso y Democracia”⁵.

El sentido jurídico, según Marroquín Zaleta, es una sensibilidad especial que se acrecienta con el paso del tiempo y que permite percibir la solución de los problemas jurídicos, antes de su comprobación a través de los métodos de selección, interpretación e integración de las normas jurídicas y de los métodos lógicos deductivo e

³Frondizi, Román Julio, *La sentencia civil*, Argentina, Librería Editora Platense, 1994, pp. 5 - 7.

⁴Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 1998, p. IX.

⁵*Ibid.*, p. 69.

inductivo⁶. Por lo tanto, su carencia constituye una limitación para el ejercicio de la judicatura y no se puede considerar buen juzgador a un funcionario que adopta una decisión al precedente judicial y después toma la decisión, pues el camino es al contrario, debe atreverse a solucionar el problema y después buscar el apoyo lógico que confirme su trabajo. Además, un juez con aptitudes para serlo, no es el que conoce muchas tesis de tribunales, sino el que es capaz de crear sus propias tesis y analizar las que ya existen, adecuándolas al caso concreto.

Por otra parte, debemos tener claro que una sentencia, para ser plenamente justificable, siempre debe ser motivada, exteriorizando el iter lógico, incluso psicológico, por el que ha llegado a la adopción de la decisión y la justificación que conscientemente el juez debe diferenciar en el desarrollo práctico de su tarea. Y en segundo término, el juez debe buscar, descubrir las premisas y los parámetros o criterios de decisión para que pueda tener una percepción del grado de objetividad. Es preciso acreditar que una decisión judicial no es arbitraria, sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas.

Así, motivar la decisión sobre los hechos, quiere decir, elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de estos probados sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio. El juez que asuma con profesionalidad y honestidad intelectual el deber de motivar se esforzará por eliminar de su discurso valorativo, aquellos elementos cuya asunción no fuera susceptible de justificación racional, para moverse únicamente en el ámbito de lo racionalmente justificable⁷.

Asimismo, toda sentencia, además de estar fundada y motivada, debe ser congruente y exhaustiva, y no debe tener ausencia de estos principios ya que van en relación con la litis, apreciando pruebas y resolviendo sin omitir nada, pues de lo contrario, se incurriría en responsabilidad del juzgador de no contestar conforme con las pruebas planteadas.

B. Alcances de las sentencias colectivas y clasificación de las sentencias: a) declarativas, b) constitutivas y c) dispositivas

El artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de

⁶*Ibid*, pp. 69 - 70.

⁷Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 35 - 37.

bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente. Por su parte, el artículo 579 señala que la acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.

Los artículos 603 al 608 regulan las sentencias en las acciones colectivas. Así, en dichos preceptos legales se enuncian postulados universales para todo tipo de procedimientos, como el que las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho (artículo 603) y que la sentencia debe ser notificada a las partes (artículo 608). Sin embargo, también se establecen reglas particulares para esta clase de acciones.

Para comprender el alcance de dicha regulación, es menester definir lo que se entiende por acciones colectivas, la clasificación de esas acciones y los tipos de derechos que protegen.

En este aspecto, Antonio Gidi⁸ propone el bosquejo de la definición de acciones colectivas en los siguientes términos: “es la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)”.

Dicho autor considera como elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva, la legitimidad para demandar, el objeto del proceso (protección de un derecho de grupo) y el efecto de la cosa juzgada.

El artículo 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que las acciones colectivas son procedentes para tutelar: a) derechos e intereses difusos y colectivos entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derechos comunes (fracción I); y, b) derechos e intereses de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho (fracción II).

Ahora bien, a efecto de evidenciar la diferencia entre los tipos de derechos que protegen las acciones colectivas, debe decirse que, para Hermes Zaneti Junior⁹, se

⁸Gidi, Antonio, “Concepto de Acción Colectiva”, en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, pp. 14 - 15.

⁹Hermes Zaneti Junior, “Derechos colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, pp. 46 - 47.

tienen por derechos difusos aquéllos transindividuales (pertenecientes a varios individuos), de naturaleza indivisible (sólo pueden ser considerados como un todo), y cuyos titulares sean personas indeterminadas (o sea, indeterminabilidad de los sujetos, no hay individuación) vinculadas por circunstancia de hecho, no existe un vínculo común de naturaleza jurídica. El autor pone como ejemplo: “la publicidad engañosa o abusiva, circulada a través de la prensa hablada, escrita o televisada, afectando una multitud incalculable de personas, sin que entre ellas exista una relación base¹⁰”.

En cambio, considera que los derechos colectivos *stricto sensu* se han clasificado como derechos trasindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas (indeterminadas, pero determinables) vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, la cual puede darse entre los miembros del grupo *affectio societatis* o por su vinculación con la “parte contraria”. El autor señala como ejemplos los siguientes: “En el primer caso tenemos los abogados inscritos en la Orden de Abogados de Brasil (o cualquier asociación de profesionales); en el segundo, los contribuyentes de un determinado impuesto”.

Para dicho autor, el elemento diferenciador entre el derecho difuso y el derecho colectivo es la determinabilidad y la resultante cohesión como grupo, categoría o clase anterior al daño, fenómeno que se verifica en los derechos colectivos *stricto sensu* y que no ocurre en los derechos difusos.

Por otra parte, Antonio Gidi¹¹ señala que es difícil la tarea de definir a los derechos individuales homogéneos, porque se trata de una categoría absolutamente desconocida en América Latina. Nos dice que los derechos individuales homogéneos se caracterizan por ser una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho.

Aunado a lo anterior, Gidi¹² establece que como la homogeneidad depende exclusivamente del origen común de los derechos, ellos no precisan ser iguales en su cualidad o cantidad. Las peculiaridades de cada caso individual son importantes solamente en la fase de liquidación de la sentencia colectiva, que es acción individual.

Dicho autor concluye estableciendo que:

¹⁰Véase Gidi, Antonio, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, Forense, Río de Janeiro, 2008, pp. 200 - 223.

¹¹Gidi, Antonio, “Derechos difusos colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, p. 35.

¹²*Ibid.*, p. 37.

La violación de derechos supraindividuales (difusos o colectivos) puede acarrear daños a la esfera individual, violando derechos individuales, que por su origen común pueden ser considerados homogéneos.

Como ejemplo, una publicidad engañosa en la televisión (lesión al derecho difuso) trae consigo daños individuales en la esfera jurídica de aquellos consumidores que fueron efectivamente inducidos en el error (lesión a los derechos individuales homogéneos). La producción o desecho de gases tóxicos en el aire (violación a derecho difuso) pueden causar daños a los habitantes vecinos de la industria (violación de derechos individuales homogéneos).

De la misma forma, una alteración contractual por parte de una empresa de asistencia médica, retirando arbitrariamente un servicio que debería ser prestado a sus asegurados (lesión a derecho colectivo), produce daño individual a aquellos que, en vista de la omisión de la empresa, morirán o sufrirán de cualquier forma o pagarán por el servicio en otra empresa (lesión a derechos individuales homogéneos).

La extensión de la cosa juzgada colectiva a terceros permite que, juzgada procedente una acción colectiva en defensa del derecho supraindividual (difuso o colectivo), los derechos individuales homogéneos correspondientes se tengan como juzgados¹³.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece la siguiente clasificación de las acciones colectivas:

- A. 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.
- B. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquella 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

¹³*Ibid.*, p. 38.

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.

- C. Acción individual homogénea: Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Acotado lo anterior, es procedente definir los tipos de sentencia que existen, por ende, para efecto del estudio de las acciones colectivas, el artículo 582 establece que la acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.

En ese orden de ideas, Eduardo Pallares¹⁴ define a las *sentencias declarativas* como aquéllas cuya decisión consiste en una mera declaración o accertamiento del derecho o de determinadas condiciones de hecho; por su parte, *las sentencias constitutivas* son aquéllas que dan nacimiento a una nueva relación jurídica, que sólo por virtud de la sentencia puede nacer, o terminar una relación jurídica preexistente y, finalmente, *las sentencias de condena* son las que declaran procedente una acción de condena; contienen por una parte una declaración respecto del derecho del actor y de la obligación correlativa del demandado, además, ordenan la ejecución forzosa para el caso en que el demandado, dentro del plazo determinado, no cumpla la obligación declarada; cabe señalar que las sentencias de condena constituyen el supuesto más habitual de pretensiones que se ejercitarán, en defensa de intereses colectivos, habida cuenta que lo que se pretende es que tengan un carácter resarcitorio y no únicamente declarativo.

C. Criterios para determinar el monto de la indemnización colectiva, así como las reglas que se deben fijar en la sentencia para su liquidación

El artículo 604 del Código Federal de Procedimientos Civiles prevé que en acciones difusas, el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible y que dicha restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas. En caso que ello no fuera

¹⁴Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, 18ª ed. 1988, pp. 726 - 733.

posible, se establece que el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad.

Además, la primera parte del artículo 605 del citado ordenamiento legal, señala que en el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo.

De los citados preceptos legales, se colige que en la sentencia que resuelva una acción colectiva, deberá ponderarse el tipo de acción que se plantea (es decir, si se refiere a una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea) para efecto de establecer el tipo de condena.

Tratándose de las primeras —difusas— sólo podrá condenarse al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación. Mientras que en las restantes —colectivas en sentido estricto o individuales homogéneas— aparte de la reparación del daño, también se podrá condenar a la demandada, a cubrir los daños en forma individual u homogénea a los miembros del grupo, es decir, se prevé una verdadera indemnización a la parte afectada.

El párrafo segundo del artículo 605 del Código Federal de Procedimientos Civiles precisa que cada miembro de la colectividad podrá promover el incidente de liquidación individual, en el que deberá probar el daño sufrido, y que el juez establecerá en la sentencia los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover dicho incidente.

Por su parte, el tercer párrafo expresa que el incidente de liquidación podrá promoverse por cada uno de los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria.

Finalmente, el cuarto párrafo del citado precepto legal preceptúa que a partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

Aquí conviene citar a Teori Albino Zavaski el cual comenta el artículo 22 del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, precepto legal relativo a la sentencia de condena. Este autor señala que los elementos a observar para la fijación del monto de la reparación del daño, debe atenderse en base a las siguientes hipótesis: a) analizando los elementos constantes de los autos, calcular el monto de indemnización individual a cada miembro del grupo; b) cuando el valor de los daños sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme o pudiera ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el

valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual¹⁵.

De lo expuesto, se colige que es necesario que en la propia sentencia se establezcan las bases para que se liquide la condena en beneficio de la parte que obtuvo resolución favorable. De tal manera, corresponde al juzgador fijar en cada caso, en la sentencia que resuelva la controversia, los requisitos y plazos que los miembros de la colectividad deberán cubrir para promover el incidente respectivo, en el cual deberán acreditar el daño causado, de manera individual.

Debe destacarse que se prevé que los miembros de la colectividad pueden promover el incidente de liquidación dentro del año siguiente (contándose en días naturales) a partir de que cause ejecutoria la resolución, es decir, se cuenta con un término razonable para que los interesados puedan solicitar que se cuantifique el monto de la condena y, finalmente el término que tienen los miembros de la colectividad para promover su derecho al cobro es de un año, contando a partir de que el juez establezca el monto a liquidar.

Cabe señalar que, de ser posible, si se cuenta en autos, con los elementos necesarios y las circunstancias del caso lo permiten, el juzgador no deberá dejar para la ejecución de la sentencia, la condena líquida que debe cubrir la parte perdedora, sino determinarlo en la propia sentencia.

En el proyecto del Código de Procedimientos Civiles Colectivos, elaborado por Antonio Gidi¹⁶, el autor plasmó los lineamientos que se deben seguir para el cálculo de los daños individuales derivados de una acción colectiva. En el artículo 25 de dicho código, Gidi plantea, claramente, los diversos supuestos que se pueden dar para las pretensiones indemnizatorias de los miembros del grupo y fija las siguientes directrices:

Artículo 25. Cálculo de los daños individuales.

25. Siempre que sea posible, el juez calculará el valor de la indemnización individual que se le debe a cada miembro del grupo en la propia acción colectiva, y la ejecución de la sentencia también se hará de forma colectiva.

25.1. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo sea uniforme, sustancialmente uniforme o pueda ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o fórmula para calcular la indemnización individual de los miembros del grupo.

25.2. El miembro del grupo que considere que el valor de su indemnización individual

¹⁵Teori Allbino Zavaski, "Comentario al artículo 22 del Código Modelo de Procesos Colectivos", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 270 - 275.

¹⁶Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Serie Doctrina Jurídica N° 151, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Traductor Lucio Cabrera Acevedo, México, 2004, p. 154.

o la fórmula para calcularlo es diferente de lo establecido en la sentencia colectiva, podrá proponer una acción individual de liquidación.

- 25.3. *Si el juez de la acción colectiva no puede calcular el valor de los daños individualmente sufridos por los miembros del grupo, la condena colectiva será genérica, fijando la responsabilidad civil del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar, difiriendo la liquidación de los daños individuales a los procesos individuales a ser promovidos por cada miembro del grupo. Los miembros del grupo tendrán un plazo de dos años, contados a partir de la notificación de la sentencia firme, para iniciar sus acciones individuales de liquidación y ejecución contra el demandado*¹⁷.

Cabe mencionar que el autor señaló lo siguiente:

*Las soluciones propuestas en dicho código para resolver los distintos problemas que se presentan en la tutela jurisdiccional colectiva tenían sus propias ventajas, desventajas y posibilidades de abuso. Gidi precisó que muchas de las normas sugeridas en tal código, eran simples repeticiones, adaptaciones o mejoras de normas existentes en otros ordenamientos. Otras, más innovadoras, eran consecuencia de su visión del procedimiento colectivo, como un todo, inspiradas en el derecho comparado individual y colectivo, principalmente sobre los derechos brasileño, norteamericano, canadiense, francés, italiano y escandinavo*¹⁸.

Dichos lineamientos serán de gran utilidad para el juzgador, no únicamente respecto a la liquidación de la sentencia colectiva, sino en general, para contar con mayores herramientas, con base en parámetros no previstos en nuestra legislación, a fin de resolver en forma amplia y exhaustiva, el conflicto colectivo sometido a su jurisdicción.

D. Daños colectivos y daños individuales

Las sentencias que ponen fin a las acciones colectivas tienen como contenido decidir sobre daños colectivos y daños individuales. El origen de los *daños colectivos* pueden ser conductas positivas u omisiones, entendidas como obligaciones de hacer o no hacer y el objetivo es que cesen las causas y las consecuencias, así como el evitar nuevas violaciones, que en muchos casos requiere de la corrección o supresión de la práctica y sus efectos.

Para conseguir este objetivo, será menester ser creativo e implementar mecanismos de tutela, provisional y definitiva y, en general, cuantas medidas específicas con resultado práctico o efecto equivalente se requieran para actuar como incentivos adecuados y con efectos ejemplares. Fundamentalmente, se debe buscar la restitución al

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 137.

colectivo o, en su defecto, el pago de daños y perjuicios por daños colectivos, sólo si el grupo así lo decide o sea imposible otra clase de tutela específica.

Por tanto, el objetivo es que las decisiones asumidas, en concreto, la certificación, número y calidad de grupos en que hubiera podido dividirse el colectivo, debe hacerse en congruencia con las pretensiones deducidas. En algunos casos, si los derechos individuales son de carácter homogéneo derivados directa y exclusivamente de los colectivos, la sentencia puede versar y decidir plenamente respecto de las indemnizaciones individuales.

E. Acumulación, plazo para cumplir con la sentencia, notificación de la misma y gastos y costas en las acciones colectivas

El capítulo relativo a las sentencias contiene preceptos legales relativos a la acumulación, plazo para cumplir con la sentencia y gastos y costas. En ese orden de ideas, en el artículo 606 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se establece que en caso de que una colectividad haya ejercitado por los mismos hechos de manera simultánea una acción difusa y una acción colectiva, el juez proveerá la acumulación de las mismas en los términos del propio código.

Por su parte, el artículo 607 previene que la sentencia fijará al condenado un plazo prudente para su cumplimiento atendiendo a las circunstancias del caso, así como los medios de apremio que deban emplearse cuando se incumpla con la misma.

De lo anterior, se advierte que corresponderá al juzgador determinar un plazo prudente, atendiendo a las constancias que obren en autos, así como a la naturaleza de la acción materia de la *litis*, por lo que deberá ponderar si el obligado debe realizar acciones para dar cumplimiento a la sentencia, o bien, abstenerse de realizarlas (supuesto en el cual, normalmente, el plazo sería más corto) y, en su caso, los daños que se deben cubrir de manera individual a los miembros del grupo.

Por ende, la facultad discrecional con que cuenta el juzgador no debe ser arbitraria, sino atendiendo a los principios de legalidad, seguridad jurídica, deberá fundar y motivar el plazo que conceda a las partes, procurando que no sea un plazo muy prolongado, para el cumplimiento de la sentencia y pierda su efectividad. Lo mismo acontece con los medios de apremio, que en su caso, deberá aplicar el juzgador para hacer cumplir la sentencia emitida en una acción colectiva.

Uno de los principios que rigen toda controversia judicial es el de las formalidades esenciales del procedimiento, entre ellas, se cuenta con la notificación a las partes de las determinaciones asumidas en un proceso.

En el caso de las acciones colectivas, el artículo 608 de la legislación adjetiva civil

federal establece que la sentencia deberá ser notificada a la colectividad o grupo de que se trate de manera personal, en los términos del segundo párrafo del artículo 591 del citado ordenamiento legal, que dispone que la notificación deber ser en forma personal al representante legal de la colectividad.

Sin embargo, considero que el legislador omitió remitir al tercer párrafo del artículo mencionado, el cual precisa que el juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad; que la notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso. También opino que la notificación de la sentencia debe ser de manera personal a la parte demandada, en razón al principio del equilibrio procesal de las partes que debe reunir todo proceso.

Por último, debe decirse que el artículo 616 del Código Federal de Procedimientos Civiles menciona que la sentencia de condena incluirá lo relativo a los gastos y costas que correspondan. Para ello, el artículo 617 señala que *cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva*, mismos que se relacionan con la eficaz protección al derecho, así como los respectivos honorarios de sus representantes, estableciéndose en la parte final de dicho precepto, así como en el diverso 618, las reglas para su cuantificación en ejecución de sentencia. Por tanto, el juzgador debe precisar en la sentencia lo relativo al pago y costas.

Máxime que la parte final del citado artículo 617 señala que 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. Así, en la sentencia o en el convenio que ponga fin al juicio se debe comprender lo relativo al pago de gastos y costas, correspondiendo a la fase de ejecución de la sentencia, la forma y monto de la liquidación respectiva, de conformidad con las reglas establecidas en los citados artículos 617 y 618 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

F. Principios de progresividad y no regresividad en las acciones colectivas

Cabe señalar que las acciones colectivas son procedentes para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes, así como de-

rechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

En consecuencia, toda vez que a través de la sentencia se tutelan estos derechos, unos de los principios que deben contener en toda sentencia de acciones colectivas son el de progresividad y no regresividad.

Marie Picard de Orsini y Judith Useche¹⁹ citan a Brewer, quien se refiere al *principio de progresividad* en los siguientes términos:

El respeto y garantía de los derechos, por tanto, son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la república y las leyes que los desarrollen se establece así, en primer lugar, la garantía estatal de los derechos humanos conforme al principio de la progresividad, lo que implica necesariamente que la interpretación de las normas correspondientes y cualquier revisión constitucional futura debe realizarse de manera más favorable al ejercicio y goce de los derechos y, además, conforme al principio de la no discriminación.

Continúa el autor citando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sentencia N° 1154, de 29 de junio de 2001, que indicó que:

En razón del cual resulta menester la adecuación del ordenamiento jurídico para asegurar la efectividad de dichos derechos, no siendo posible la excusa de la inexistencia o no idoneidad de los recursos consagrados en el orden interno para la protección y aplicación de los mismos.

Las mismas autoras citan a Aguilar, en los siguientes aspectos:

Los derechos humanos son facultades o prerrogativas que tiene cualquier ser humano en razón de su condición humana y, por lo mismo, son insuperables de su ser. Se interpretan a la luz de la realidad humana, perfectible, beneficiándose los titulares de tales derechos, por consiguiente, del principio de la progresividad: lo que hayan ganado como espacio para la libertad y les haya sido reconocido por la ley, no puede ésta revertirlo en lo sucesivo. Los derechos humanos, además, obligan a título de deberes correlativos a los demás seres humanos, en lo individual o en lo colectivo, y al Estado como su garante y en tanto que expresión de la organización política de la sociedad.

¹⁹Picar de Orsini, Marie; Useche, Judith, *El principio de progresividad y la actuación de los órganos del poder público conforme a la constitución vigente provincia*, Universidad de los Andes, Mérida Venezuela, 2005, pp. 421 - 449.

Es tal la importancia de este principio, que se obliga a los Estados a actualizar su legislación en pro de la defensa de los derechos humanos y en aras de dignificar la condición humana, adaptando la interpretación de las normas a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos a fin de ponerlas a tono con el nuevo orden establecido y para rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia.

Es trascendental resaltar dos elementos que nos aclaran las perspectivas del principio de la progresividad, en primer lugar, la integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, así los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional; en segundo lugar, se demuestra que la protección de los derechos humanos se configura en un régimen que siempre es susceptible de ampliación y no de restricción y que también toca a la integración de la regulación internacional entre sí con la nacional.

De tal manera que una vez reconocidos los derechos humanos como inherentes a la persona, surge una serie de consecuencias como son: reconocimiento de los derechos humanos por parte del poder público, en un Estado de Derecho o constitucional, la universalidad de esos derechos, la transnacionalidad o su internacionalización, la irreversibilidad, lo cual nos lleva a aseverar que no puede existir en esa materia relativismos, ya que la inviolabilidad debe ser respetada y garantizada, así como la progresividad; por lo tanto está implícita la prohibición de la regresividad de los derechos y garantías constitucionales.

Asimismo, el principio de regresividad choca con el principio de progresividad, al surgir el criterio de que los derechos humanos forman parte de la situación jurídica subjetiva y derechos naturales de la persona y, como tal, no se puede menoscabar su goce y disfrute, mediante la actuación de los órganos del poder público que los disminuya, altere o menoscabe.

Se debe tener en cuenta que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado el principio de progresividad en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el que se establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De lo anterior, debemos entender que toca a los tribunales federales establecer que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos, constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción.

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconvencional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser convencional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

Por ello, en la sentencias de las acciones colectivas, el juzgador deberá velar por atender dicho principio, es decir, a través de la resolución que dirima la controversia deberá hacer un reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de los derechos que se encontraban tutelados con anterioridad, lo cual implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. De ahí que es necesario que las sentencias sí puedan ejecutarse, para lograr obtener un carácter remediador.

Al respecto, debe decirse que en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez²⁰, realizado el cinco de marzo de dos mil tres, en la sentencia correspondiente al Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, resuelta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, señaló que dicho tema resultaba novedoso, para la jurisdicción interamericana; asimismo, estableció que el Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese “estatuto básico”.

Refirió que en dicha sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho corres-

²⁰Sitio consultado www.corteidh.or.cr/buscar.cfml?clave=progresividad, Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

pondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste; sin embargo, precisó que a su juicio el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención.

Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, sobre obligaciones generales de los Estados y concluyó recalcando que en dicha sentencia, la Corte señaló que la progresividad se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social”.

A fin de evidenciar lo que debe entenderse por el principio de no regresividad, debe decirse que el Ministro Juan Silva Meza²¹ señala que el treinta y uno de marzo de dos mil siete se publicó la “nueva” Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la cual modificó todo el régimen de derechos de seguridad social con la finalidad de lograr su “viabilidad financiera”. Afirma que dicha legislación produjo la disminución de toda una serie de prestaciones sociales, sin dejar abierta la opción de permanecer en el sistema anterior, lo que generó que decenas de miles de trabajadores cuestionaran la constitucionalidad de la Ley ante los tribunales de amparo²².

Precisó que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de votos, declaró la constitucionalidad de la ley, lo que generó la emisión de una posición minoritaria muy interesante la cual, desde cierta perspectiva y partiendo del fundamento social de los derechos fundamentales, reconoció la existencia del *principio de no regresividad en materia de seguridad social, en relación con el principio de no retroactividad de las leyes*.

Por tanto, en términos generales, es posible afirmar que la prohibición de regresividad de los derechos sociales constituye una de las diversas manifestaciones de la perspectiva social e igualitaria de los derechos fundamentales. Parte de la doctrina ha apuntado que los derechos fundamentales son reactivos a las situaciones históricas, políticas, sociales, culturales y económicas en el que se desenvuelve su ejercicio²³.

Por otra parte, cabe señalar que el único precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el cual se analizó una verdadera acción colectiva, fue en el am-

²¹Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2009, pp. 36 - 42.

²²*Idem*.

²³Silva García, Fernando y Rosales Guerrero, Emmanuel, *Derechos sociales y prohibición de regresividad, el caso ISSSTE y su voto de minoría*, sitio consultado <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/cj11.htm>.

paro directo civil 15/2009 en relación con el amparo directo civil 14/2009, derivado de un juicio ordinario civil promovido en ejercicio de la acción de grupo prevista por el artículo 26, fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, en el que se reclamó que una empresa realizó conductas que ocasionaron daños y perjuicios a un grupo de consumidores; ya que la referida persona moral construyó viviendas de interés social y realizó operaciones de venta de inmuebles destinados a casa habitación.

En dicho asunto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo ponente el ministro José Ramón Cossío Díaz, por unanimidad de votos, concedió el amparo a la Procuraduría Federal del Consumidor, para el efecto de que se dejara insubsistente la sentencia reclamada y en su lugar, se dictara otra en la que se reiteraran las consideraciones que no fueron materia de la concesión y se condenara a la empresa constructora al pago en la vía incidental, a todos los interesados que acreditaran su calidad de perjudicados, de la suma de los montos erogados y comprobables por cada acreedor relacionados en forma directa con los daños que presentaban las viviendas, así como a una cantidad que no podría ser inferior al 20% (veinte por ciento).

Este es un buen ejemplo de si es posible en la indemnización establecer compensaciones adicionales u otros montos para lograr la eficaz protección del derecho del monto relativo al detrimento que hubiere sufrido el patrimonio de cada consumidor por ese motivo, porcentaje que no se calcularía sobre el precio pactado, sino sobre el monto del daño causado. En el entendido de que la demostración de la afectación patrimonial, del nexo causal relativo y de su cuantía sería materia del incidente de reclamación de daños y perjuicios, pues precisamente esa vía incidental debe encontrar sustento en la sentencia declarativa que constituye el acto reclamado en el presente asunto.

De lo anterior se desprende que la sentencia mencionada otorga más efectos de concesión, los cuales no están previstos en la ley aplicable al caso concreto, es decir, la Ley Federal de Protección al Consumidor; sin embargo, dicho análisis fue enfocado a atender el principio de progresividad de las sentencias, ya que la Corte realizó un estudio sobre lo que son los procedimientos colectivos, y estimó que el juicio iniciado por la Procuraduría Federal del Consumidor debía beneficiar no sólo a los consumidores afectados que acudieron a dicha procuraduría a denunciar las fallas reportadas en las construcciones, sino a todo afectado que aún sin haber acudido al juicio principal, forma parte de lo que denomina “la clase afectada”.

De ahí que los juzgadores deben ponderar los efectos que se le deben dar a las sentencias en las acciones colectivas que obliguen a la parte demandada a cubrir ciertas obligaciones, a partir de la aplicación de la ley, pero sin desvincularla de los

principios internacionales de los derechos humanos, entre los que se comprende la progresividad y la prohibición de la no regresividad.

G. Recurribilidad de la sentencia emitida en acciones colectivas

En relación con la impugnación de dichas sentencias, el artículo 609 del Código Federal de Procedimientos Civiles, prevé que una vez dictada la sentencia, y que alguna de las partes tenga conocimiento de que sus representantes ejercieron una representación fraudulenta en contra de sus intereses, éstas podrán promover dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles la apelación que habrá de resolver sobre la nulidad de las actuaciones viciadas dentro del procedimiento colectivo, siempre que dicha representación fraudulenta haya influido en la sentencia emitida.

De lo anterior se observa, que el legislador acotó el recurso de apelación en relación a aquellos asuntos, en los cuales se aduzca una representación fraudulenta; sin embargo, en nuestra opinión consideramos que dicho artículo no debe interpretarse en forma aislada, sino que, debe armonizarse con el resto de la disposiciones legales y el principio de tutela jurisdiccional establecido en el artículo 17 constitucional, por lo que, concluimos que el recurso de apelación debe resultar procedente en todos aquellos puntos que resulten desfavorables para una determinada parte y no limitarse al supuesto establecido por el legislador, es decir, se puede impugnar las determinaciones asumidas en la sentencia de primera instancia y no únicamente lo relativo a la representación fraudulenta.

Dicha interpretación resulta acorde con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴ que establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales.

III. Cosa juzgada en las acciones colectivas

A. Concepto

La autoridad de cosa juzgada, la define Liebman como:

La inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia. La misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato, es, por el contrario, una cualidad especial más intensa y más profunda que inviste el acto

²⁴Consultado en el sitio http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

*también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos cualesquiera que sean del acto mismo*²⁵.

Para Ramón Palacios Vargas²⁶ la cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase. Ciertamente la ley quiere referirse no a la cosa juzgada sino a la autoridad de la cosa juzgada, pero la fórmula encierra por su amplitud indiscriminatoria, tanto a la sentencia declarativa como a la constitutiva y a la de condena.

Antonio Gidi²⁷ señala que la principal nota característica de la cosa juzgada en las acciones colectivas, en comparación a la cosa juzgada tradicional, es la imperativa necesidad de delimitar, de manera diferencial, el rol de las personas que deben tener sus esferas jurídicas alcanzadas por la cosa juzgada (inmutabilidad del comando de la sentencia).

Asimismo, Ada Pellegrini Grinover, alude a la teoría de Liebman, y nos refiere que:

*(...) la cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, sino algo más que se agrega a la misma, para aumentar la estabilidad de sus efectos, distinguiendo entre la cosa juzgada y eficacia natural de la decisión. Esta última puede definirse como un comando eficaz, por fuerza de la idoneidad natural de los actos estatales, pero la inmutabilidad de los efectos de la sentencia, solo se manifiesta cuando ella pasa en juzgado*²⁸.

En términos de la teoría tradicional, el ejercicio de alguna acción tendría que intentarse por la totalidad del grupo, planteando sus derechos subjetivos, ya sea en acciones individuales o bajo el régimen de litisconsorcio, para que la sentencia pudiese tener efectos sobre todos los miembros. Esta alternativa, para el caso tanto de los intereses de grupo como los derechos difusos, resulta prácticamente imposible e inviable, por la dificultad de identificar a priori a la totalidad de los miembros y, asimismo, de lograr que todos ellos acudan al juicio en unidad. La solución ideada en otras latitudes consiste en reconocer al colectivo el carácter de parte y, por esa razón, le resulta vinculante la sentencia a todos sus integrantes. Cabe mencionar, que existen diferencias, de acuerdo al país donde se regule la aplicación de las acciones

²⁵Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 71 - 72.

²⁶Palacios Vargas, Ramón, *La cosa juzgada*, México, 1953, p. 163.

²⁷Gidi Antonio, "La cosa juzgada en acciones colectivas", en Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coords; *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003, p. 261.

²⁸Pellegrini Grinover, Ada, "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la Teoría de Liebman", en Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, p. 255.

colectivas en torno a los efectos de la cosa juzgada.

Por tanto, la cosa juzgada se da en proporción y correspondencia a la litis deducida, por ende, abarca, comprende y depende de: a) derechos o intereses iguales; b) un bien u objeto afectado, aunque con distintas pretensiones, donde la cosa juzgada sólo repercute en lo concerniente al bien; c) cuestiones de hecho o derechos comunes, pero con pretensiones distintas, pues la cosa juzgada apenas incide en las circunstancias.

B. Estatus constitucional de la cosa juzgada en acciones colectivas

La cosa juzgada es una forma que las leyes procesales han previsto, como regla que materializa la seguridad y la certeza jurídicas que resultan de haberse seguido un juicio que culminó con sentencia firme. En efecto, la autoridad de la cosa juzgada que se atribuye a la sentencia definitiva no se funda en una ficción, sino en la necesidad imperiosa de poner fin a las controversias, a efecto de dar certidumbre y estabilidad a los derechos del litigio, como consecuencia de la justicia impartida por el Estado, por medio de los jueces.

En el sistema jurídico mexicano, la institución de la cosa juzgada se ubica en la sentencia obtenida de un auténtico proceso judicial, entendido éste como el que fue seguido con las formalidades esenciales del procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual da seguridad y certeza jurídica a las partes.

Así también la cosa juzgada se encuentra en el artículo 17 de la propia Constitución Federal que, en su sexto párrafo, establece: “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.”

Ello, porque la plena ejecución de las resoluciones jurisdiccionales se logra, exclusivamente, sólo en cuanto la cosa juzgada se instituye en el ordenamiento jurídico, como resultado de un juicio regular, que se ha concluido en todas sus instancias y ha llegado al punto en que lo decidido ya no sea susceptible de discutirse, en aras de salvaguardar el diverso derecho de acceso a la justicia, establecido en el propio artículo 17 constitucional, pues dentro de tal prerrogativa se encuentra no sólo el derecho a que los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado diriman un conflicto, sino también el derecho a que se garantice la ejecución de la decisión del órgano jurisdiccional.

Luego, la autoridad de la cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que la seguridad jurídica se funda; por tanto, debe respetarse con todas sus consecuencias jurídicas.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el veinticinco de septiembre de dos mil siete la acción de inconstitucionalidad 11/2004 y su acumulada 12/2004, siendo ponente el ministro Genaro David Góngora Pimentel, estableció que en un proceso en el que el interesado tuvo adecuada oportunidad de ser escuchado en su defensa y de ofrecer pruebas para acreditar sus afirmaciones, además que el litigio fue decidido ante las instancias judiciales que las normas del procedimiento señalan, la cosa juzgada resultante de esa tramitación no puede ser desconocida, pues uno de los pilares del Estado de derecho es el respeto de la cosa juzgada, como fin último de la impartición de justicia a cargo del Estado, siempre que se haya hecho efectivo el debido proceso, con sus formalidades esenciales.

En contraposición a ello, la autoridad de la cosa juzgada no puede invocarse y confirmarse cuando ese debido proceso no tuvo lugar en el juicio correspondiente. El valor que la seguridad y la certeza jurídica tienen para el Estado no está a discusión, como tampoco lo está el hecho de que las sentencias definitivas establecen, con carácter rígido, la verdad legal del caso concreto. Esta última, en su inmutabilidad, eficacia y ejecutabilidad, materializa respecto a quienes fueron parte en el juicio, sus garantías de seguridad y certeza jurídica.

A través del sistema jurídico debe buscarse proveer de certeza a los litigantes, de modo tal que la actividad jurisdiccional se desarrolle una sola vez y culmine con una sentencia definitiva y firme, por lo cual no debe consentirse la impugnación de la cosa juzgada y no debe abrirse, por tanto, una nueva relación procesal respecto de una cuestión jurídica que ya está juzgada y cuyas etapas procesales se encuentran definitivamente cerradas; de ahí que la impugnación de la cosa juzgada es irracional, pues la autoridad de esta última, en nuestro sistema, debe estimarse absoluta, sin que pueda considerarse que la cosa juzgada se establezca sólo por razones de oportunidad y utilidad, y que puedan también por excepción justificar su sacrificio, en aras de dotar de eficacia a la garantía de acceso efectivo a la jurisdicción, así como para evitar el desorden y el mayor daño que podría derivarse de la conservación de una sentencia que, como acto jurídico, contenga algún vicio de nulidad que la torna ilegal.

De ahí que, en nuestro medio, los principios que inspiran la inmutabilidad de las sentencias son absolutos, y no deben ceder frente a algunos otros de origen también constitucional, como el derecho de acceso efectivo a la jurisdicción, pues este se encuentra debidamente garantizado, en la medida que el propio sistema está integrado por diversas instancias y medios de defensa que permiten a los interesados, impugnar oportunamente las decisiones jurisdiccionales, a fin de reparar cualquier vicio del que las decisiones judiciales pudieran adolecer. Entonces, la institución de la cosa juzgada se entiende como la inmutabilidad de lo resuelto en las sentencias firmes,

sin que pueda admitirse válidamente que éstas sean modificadas por circunstancias excepcionales, al descansar precisamente en dicha inmutabilidad, los principios de seguridad y certeza jurídica.

La cosa juzgada formal en realidad constituye una expresión de la institución jurídica de la preclusión, al apoyarse en la inimpugnabilidad de la resolución respectiva; por ello, la cosa juzgada en sentido estricto es la que se califica como material e implica la imposibilidad de que lo resuelto pueda discutirse en cualquier proceso futuro, sin desconocer que la formal es condición necesaria para que la material se produzca. La cosa juzgada se configura sólo cuando una sentencia debe considerarse firme, es decir, cuando no puede ser impugnada por los medios ordinarios o extraordinarios de defensa.

Debe destacarse el voto particular que formuló el ministro José Ramón Cossío Díaz en la acción de inconstitucionalidad mencionada con anterioridad, en el cual precisó que la cosa juzgada no puede entenderse como una formalidad esencial del procedimiento, pues los elementos que distinguen esa garantía —conocida como debido proceso legal— son supuestos que se deben materializar y respetar antes de que se dicte el fallo que pone fin a una controversia. De ahí que, señaló que *la cosa juzgada deriva de los deberes de los órganos jurisdiccionales de operar y garantizar su encomienda con eficacia*, lo cual constituye un principio de ineludible acatamiento por parte de los jueces, con la finalidad específica de obtener prontitud en la impartición de justicia, pues la cosa juzgada es la emisión misma de la sentencia con el parámetro de rapidez que se establece en el artículo 17 Constitucional²⁹.

Cabe señalar que los límites de la cosa juzgada se pueden definir como objetivos y subjetivos, considerados los primeros como los supuestos en los cuales no puede discutirse en un segundo proceso lo resuelto en uno anterior, cuando concurra la identidad en las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, elementos que se conocen tradicionalmente como triple identidad; es decir, las partes, el objeto del litigio y las pretensiones, así como las causas de estas últimas. Los llamados límites subjetivos se refieren a las personas que están sujetas a la autoridad de la cosa juzgada, la cual, en principio, sólo afecta a los que intervinieron en el proceso o a los que están vinculados jurídicamente con ellos, como los causahabientes o los que se encuentren unidos por solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones, entre otros supuestos.

Pero existen otros supuestos en los cuales la autoridad de la cosa juzgada tiene efectos generales, y afecta también a los terceros que no intervinieron en el proceso

²⁹Cossío Díaz, José Ramón, “El estatus constitucional de la cosa juzgada”, México, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 25, 2008, pp. 33 - 46.

respectivo. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado el criterio de que la autoridad de la cosa juzgada existe cuando en dos juicios diversos se surten los siguientes requisitos: identidad de las personas, de la cosa demandada y de la causa.

Una vez destacados los criterios que de manera general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido respecto al estatus constitucional de la cosa juzgada, es pertinente mencionar la relación que deben guardar estos con los procedimientos de las acciones colectivas.

Al respecto, los preceptos legales que prevén la institución de cosa juzgada en este tipo de acciones, son los artículos 614 y 615 del Código Federal de Procedimientos Civiles que establecen que la sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada y que si alguna persona inició un procedimiento individual al cual recayó una sentencia que causó ejecutoria no podrá ser incluida dentro de una colectividad para efectos de un proceso colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas.

Por tanto, en el Código Federal de Procedimientos Civiles se regula la institución de la cosa juzgada, con el criterio tradicional de que constituye un efecto de las sentencias inimpugnables, ya que en su artículo 354 del Código Civil Federal, establece que la cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo en los casos expresamente establecidos en la ley.

En ese orden de ideas, en atención a que en nuestro país, en la reforma legal de las acciones colectivas no se establecen parámetros de los cuales se adviertan los alcances que debe tener la cosa juzgada, los tribunales federales deberán ponderar las interpretaciones que se han realizado sobre dicha figura jurídica, armonizándolo con los fines de los procedimientos colectivos en las leyes secundarias.

C. Relación de la cosa juzgada colectiva con la individual

Oswaldo Alfredo Gozaini³⁰ al comentar la relación de la cosa juzgada colectiva con la individual del artículo 31 del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, nos menciona que el ejercicio de una acción colectiva no impide el progreso de procesos individuales aunque versen sobre el mismo bien jurídico. La pretensión en los hechos, difiere sensiblemente. La primera tutela los derechos individuales homogéneos, difusos o simplemente colectivos; y la segunda reclama por derechos subjetivos afectados de la pertenencia individual y hay un punto donde los intereses se reúnen que se encuentra en la cosa juzgada y los efec-

³⁰Oswaldo Alfredo Gozaini, "La relación de cosa juzgada colectiva con la individual. Artículo 31", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coords., *Código Modelo de Procesos Colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 335 - 337.

tos que ella proyecta a quienes se encuentran en su ámbito de injerencia. Por tanto, el conflicto se suscita con la aplicación de la cosa juzgada en el proceso individual, porque el interés del afectado que actúa a título singular sigue un curso distinto al que decide agruparse y lograr un resultado común.

De lo anterior se desprende que la relación de la cosa juzgada colectiva con la individual presenta problemas que se deben evitar, por tal motivo es necesario aclararlo con reglas, para no confundir los alcances del proceso colectivo con el individual y que dicha equivocación repercuta en la misma sentencia.

Asimismo, dicho autor³¹ nos dice al respecto que es necesario proteger los intereses dispersos o anónimos hacia una nueva etapa de protección procesal a los derechos difusos. Éstos fueron destinados a tutelar la diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a todo un grupo o categoría social y que suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de intermediación o propagación subjetiva del motivo a defender. Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Ahora bien, debe señalarse que la limitante establecida en el Código Federal de Procedimientos Civiles respecto de la cosa juzgada individual es la establecida en el artículo 615 en el cual se prevé que si una persona estableció un procedimiento individual, al cual le recayó una sentencia ejecutoriada, dicha persona no podrá ser incluida dentro de una colectividad para efectos de un proceso colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones fueron las mismas, en el proceso individual como en el colectivo.

D. Régimen jurídico de cosa juzgada

Antonio Gidi³² establece que si en las acciones colectivas no se autorizara la extensión de la inmutabilidad de lo juzgado a terceros, se multiplicarían innecesariamente acciones semejantes, con el mismo objetivo, con partes diferentes, pero con la misma causa de pedir y pretensiones. Refiere que esto empeoraría, aún más el sistema judicial y haría inviable la efectiva prevención o reparación del daño, sin hablar de las decisiones contradictorias, lo que compromete fundamentalmente al Poder Judicial en América Latina.

Asimismo, nos dice el autor que si, al final de lo juzgado en la sentencia colectiva

³¹*Ibid.*, p. 337.

³²Gidi, Antonio, *op.cit.*, nota 27, p. 263.

cualquier interesado tuviera que discutir nuevamente la controversia en otro proceso para obtener la tutela de su derecho, de nada hubiera servido la propuesta de la acción colectiva³³.

Para Fredie Didier Jr.³⁴, el régimen jurídico de la cosa juzgada es el conjunto de normas jurídicas que estructuran, fisiológicamente, el fenómeno de cosa juzgada, dándole facciones, contornos, características propias; el cual es visualizado a partir del análisis de tres datos: *a) los límites subjetivos quien somete a la cosa juzgada; b) los límites objetivos que se somete a sus efectos; y c) el modo de producción como ella se forma.*

Con relación a los límites subjetivos, la cosa juzgada puede ser *inter partes*, *ultra partes* o *erga omnes*. La cosa juzgada *inter partes* es aquella a la cual sólo se vinculan las partes. Existe en los casos en que la autoridad de la decisión pasada en juzgado sólo se impone a aquellos que han figurado como parte en el proceso. Se trata de la regla general para el proceso individual. La cosa juzgada *ultra partes* es aquella que afecta no solo las partes del proceso, como también determinados terceros. Los efectos de la cosa juzgada se extienden a terceros, personas que no participaron en el proceso, vinculándolos. Ocurre en los casos en los que hay substitución procesal, donde el substituido pese a no haber figurado como parte en el proceso, tendrá su esfera de derechos alcanzada por sus efectos. La cosa juzgada *erga omnes*, por fin, es aquella cuyos efectos afectan a todos los jurisdicionados hayan o no participado en el proceso.

Antonio Gidi³⁵ señala que en rigor no existe diferencia ontológica entre el régimen jurídico de la cosa juzgada *ultra partes* y de la cosa juzgada *erga omnes*. Separadamente, en sí, no hay como distinguirlas: se dice con *ultra partes* exactamente igual que como se diría *erga omnes*. Lo que los distingue, por lo tanto no es la terminología, la expresión latina empleada, sino lo que les sigue, el texto que el Código Modelo en estos términos hace acompañar. El Código Modelo usa la expresión *erga omnes* (art. 26, I), para prescribir que la autoridad de la cosa juzgada material alcanza a toda la comunidad titular del derecho lesionado y solamente a ella. Pero *erga omnes* no significa exactamente “contra todos” como pudiera parecer, porque por la naturaleza de las cosas está limitado a la comunidad titular del derecho supraindividual violado y, en la eventualidad de procedencia de la demanda, a los titulares de los correspondientes derechos individuales homogéneos.

³³*Ibid.*, p. 263.

³⁴Didier Jr., Fredie, “Cosa juzgada en acciones colectivas. Comentario al artículo 33 del código modelo de procesos colectivos”, en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *Código Modelo de Procesos Colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 343 - 345.

³⁵Gidi, Antonio, “Cosa juzgada en acciones colectivas”, en Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2003, p. 269.

Con la misma expresión *erga omnes*, se dice que la cosa juzgada alcanza a todas las víctimas y a sus sucesores y solamente a ellas. En este último caso, la utilización de la expresión.

Dicho autor establece que el inciso II del artículo 26 del Código Modelo utiliza la expresión *ultra partes* para extender la cosa juzgada a los miembros de la colectividad titular del derecho lesionado y a los titulares de los correspondientes los derechos individuales homogéneos. Aquí se evitó la expresión *erga omnes* con acierto, porque solamente la colectividad titular del derecho violado y sus miembros deben ser alcanzados por la cosa juzgada y no todas las personas indiscriminadamente³⁶.

Sería la misma interpretación si se considerara el inciso III del art. 26 que la sentencia colectiva hace cosa juzgada *erga omnes* “para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores” como si se considerara que la cosa juzgada es *ultra partes* “para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores”. Es lo mismo el inciso II prescribir que la sentencia hace cosa juzgada *ultra partes* “pero limitadamente al grupo, categoría o clase” como prescribir que hace de cosa juzgada *erga omnes* “pero limitadamente al grupo, categoría o clase”. De la misma manera, el inciso I del artículo 26 podría referirse indiferentemente a *erga omnes* o *ultra partes* y contendría, precisa y exactamente, el mismo comando, el mismo precepto normativo³⁷.

De igual manera, el autor refiere que es inadecuado decir, que el sentido *ultra partes* es menos extenso que el de *erga omnes*. Al contrario, la violación a los derechos colectivos puede alcanzar un número significativamente mayor de personas que la violación a un derecho difuso³⁸.

Que es cierto que la expresión *erga omnes* (“contra todos”), abstracta y aisladamente considerada tiene una connotación aparentemente más amplia que *ultra partes* (“además de las partes”). Hay una falsa impresión de que la primera alcanza a todos y la segunda alcanza apenas a algunos. Sin embargo, de la forma que está contenida en el artículo 26 no se puede hacer tal afirmación porque el precepto que sigue la expresión latina limita la cosa juzgada a los titulares del derecho lesionado, lo que sería asimismo innecesario porque de otra forma no podría ser³⁹.

Para Gidi, la inmutabilidad del comando de la sentencia (cosa juzgada) en las acciones colectivas no alcanza a todos los seres humanos existentes en el planeta, sólo y exclusivamente a los miembros de la comunidad lesionada. (inc. I), el grupo, la categoría o la clase lesionados (inc. II) y a las víctimas lesionadas y a sus sucesores (inc. III). Sólo se pueden beneficiar de la inmutabilidad del comando de la sentencia

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

colectiva favorable los titulares del derecho lesionado (acción represiva) o posiblemente lesionado (acción preventiva). Nadie más, Al final, a ellos les pertenece el derecho material invocado en la acción colectiva, como lo prevé el art. 1º del Código Modelo⁴⁰.

En otro aspecto, según comentario de Osvaldo Alfredo Gozaini⁴¹ en relación con el artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, nos indica que como principio general, la sentencia que se dicta en los procesos colectivos tiene efectos *erga omnes*. Las excepciones se disponen de inmediato, pero impone una regla común que debe encontrar posibilidades reales de implementación interna o local, para que pueda coronarse con eficacia práctica.

Asimismo, no se trata como un efecto *erga omnes* sino como una expansión, cuando la decisión es declarativa, el beneficio es inmediato y no exige de procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, por que la cosa juzgada se extiende hacia todos, si el pronunciamiento es condenatorio, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia.

Así, en el panorama internacional, una de las instituciones del proceso de las que habitualmente se ha predicado la necesidad de ser sometida a importantes reformas en su concepción como consecuencia de la tutela de los intereses supraindividuales es la de la eficacia de la sentencia y, concretamente, la de la cosa juzgada y sus límites subjetivos.

El proceso y su estructura necesariamente han de sentir las consecuencias de la peculiaridad de la situación tutelada y, entre estas consecuencias, tiene particular relevancia la eficacia de la sentencia recaída en estos procesos. Por esa razón, se ha hablado de la inadecuación del principio de rigurosa delimitación subjetiva de la autoridad de cosa juzgada, que se ha considerado puede constituir una grave rémora para la tutela judicial de los intereses colectivos y difusos.

Por su parte, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes⁴² señala que para que pueda llevarse a cabo la tutela de los intereses supraindividuales (colectivos y difusos) no es preciso, en realidad, trastocar lo que constituyen los fundamentos generales del régimen de eficacia de la sentencia y de los límites subjetivos de la cosa

⁴⁰Gidi, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", en Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, 2004, p. 271.

⁴¹Gozaini, Osvaldo Alfredo, "La cosa juzgada en los procesos colectivos. Comentario al artículo 33 del código modelo de procesos colectivos del instituto iberoamericano de derecho procesal", en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *Código Modelo de Procesos Colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 350-351.

⁴²Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Navarra, Aranzadi, 1999, pp. 427 - 431.

juzgada. Además, establece que es preciso tener en cuenta la distinción entre intereses supraindividuales y derechos particulares plurales, que tiene, en cada estadio o institución del proceso, sus peculiares repercusiones. Con respecto a los primeros, pone de manifiesto que no se necesita practicar extensiones extraordinarias, ni ultra partes, ni *secundum eventum litis* de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia o una supuesta relativización de la configuración general de esta institución o de principios como el de audiencia y contradicción; y en relación con los segundos, menciona que todos los miembros de la clase quedan vinculados por lo decidido en el proceso de clase a menos que hayan optado por la *self-exclusion* (*opt out*).

Asimismo, Fernando García Sais señala que:

La cosa juzgada en las acciones colectivas en defensa de intereses y derechos colectivos y difusos opera erga omnes y ultra partes. Con ello se afirma que la sentencia juzgó de manera definitiva la controversia colectiva o difusa. Dicho autor señala que la misma acción colectiva, en defensa del mismo derecho colectivo, no podrá proponerse de nueva cuenta, atentos a las siguientes posibilidades terminales: a) Si la reclamación fue estimada procedente, la sentencia extenderá sus efectos, para beneficiarse de la cosa juzgada, a todos los miembros del grupo. Con esto, cualquier individuo podría acudir a solicitar una indemnización, en virtud de la habilitación otorgada en la sentencia colectiva; b) Si la reclamación fue estimada improcedente, y hubo adecuada representación, la sentencia habrá juzgado de manera definitiva la cuestión, operando la cosa juzgada respecto del infundado reclamo. Subsistirá, empero, la posibilidad de que de manera individual el que se estime afectado por el acto o hecho lo ataque a través de una acción individual. Lo que ya no se puede volver a tramitar es la pretensión grupal, pues esa ya se juzgó; c) Sin embargo, si la reclamación fue estimada improcedente, y no hubo adecuada representación que haya trascendido al resultado, la sentencia no hará cosa juzgada y se podrá proponer la misma acción⁴³.

Derivado de lo anterior, debe decirse que:

La tutela jurisdiccional de los derechos colectivos representa un cambio de paradigma en el proceso. En las acciones colectivas, la cosa juzgada tiene efectos erga omnes o ultra partes, alcanzando la protección de los derechos dondequiera que, por la misma causa, hayan sido violados o estén siendo vulnerados con independencia de cuántos sean los afectados materialmente.

⁴³García Sais, Fernando, "Legitimación y representación adecuada en la acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada) ", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 32, México, 2011, pp. 63 - 66.

Así, García Sais precisa que:

La doctrina ha señalado algunos indicadores de falta de aptitud, idoneidad o negligencia, de los que podemos señalar la insuficiencia de pruebas, una mala instrucción en el proceso, la aparición de nuevos documentos que eran ignorados o retenidos por un tercero o por el demandado, el avance científico (state of the art), el cambio de circunstancias que dieron origen al fallo, el trastocamiento de los juicios de valor políticos o morales, el error grosero y arbitrario (por ejemplo en la precisión de las cuestiones de hecho o de derecho), la desatención del orden público, y todo lo que sea una ostensible violación del derecho de defensa.

Por ello, concluye que no pueden extenderse los efectos de la cosa juzgada en los casos que la reclamación fue estimada improcedente, por no haber existido una adecuada representación y que dicha ausencia haya trascendido al resultado.

Para Antonio Gidi decir que:

La cosa juzgada en las acciones colectivas en defensa de los derechos difusos o colectivos opera erga omnes o ultra partes significa mucho más que eso. Significa que la controversia supraindividual (controversia difusa, controversia colectiva) está definitivamente juzgada y cubierta por el manto de la cosa juzgada colectiva. Por lo que ya sea la sentencia de procedencia o de improcedencia (en caso de suficiencia de pruebas) la misma acción colectiva en defensa del mismo derecho, no podrá ser repropuesta: el comando de la sentencia es inmutable(...)Significa también que si la pretensión es procedente, habrá una extensión de la inmutabilidad del comando de la sentencia colectiva (cosa juzgada) a todos aquellos miembros del grupo cuyas controversias individuales homogéneas sean correspondientes a la controversia supraindividual. Esto quiere decir que cualquier consumidor que sea violado en su esfera individual por la violación de un derecho supraindividual, la sentencia de procedencia de la acción colectiva tendrá un título ejecutivo judicial que habilitará a calcular los daños individualmente sufridos en un proceso individual de liquidación y a ejecutar su crédito directamente, sin la necesidad de promover una acción individual de condenación en contra del demandado⁴⁴.

Con relación a las teorías acerca de los límites de la cosa juzgada, por ser un referente obligado de la materia, aludimos nuevamente a Antonio Gidi⁴⁵, quien establece que la formación de la cosa juzgada no precluye la cuestión de la representación adecuada, si el grupo o algunos miembros del grupo no fueron adecuadamente representados en juicio, no podrán legítimamente ser vinculados por la sentencia proferida

⁴⁴Gidi, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", en Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2004, p. 275 - 276.

⁴⁵Gidi, Antonio, "La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo", en Gidi, Antonio; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2003, p. 148.

en una acción colectiva. Si en la acción futura —individual o colectiva— a través de una evaluación retrospectiva, se establece la inadecuación de la representación, el juez negará el efecto de cosa juzgada a la sentencia colectiva anterior, en beneficio de todos o de algunos miembros del grupo.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico será a través de las acciones colectivas planteadas a los órganos jurisdiccionales y las resoluciones que éstos emitan, cuando se fijen las directrices que deben seguirse respecto a la institución de la cosa juzgada respecto de dichas acciones.

Finalmente, cabe destacar que el párrafo octavo del artículo 584 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado. Sin embargo, a nuestra consideración, el legislador no estableció parámetros concretos para la eficacia de la cosa juzgada, como sí se establecen en el Código Modelo de Procesos Colectivos, en sus artículos 33, 36 y 37; en consecuencia, se insiste, toca a los órganos jurisdiccionales interpretar los alcances de dicha figura jurídica, a fin de dar seguridad jurídica a los gobernados.

IV. Conclusiones

1. Con la introducción de las acciones colectivas al sistema jurídico mexicano se establecen mecanismos que esencialmente poseen una doble función; por un lado, protegen en mayor extensión a todos aquellos miembros de una colectividad o grupo cuya afectación u origen les sea común, y por otra, funcionan como un medio para prevenir futuras violaciones o afectaciones.

2. Ante la circunstancia de que dicha figura jurídica es novedosa para nuestro sistema procesal civil, el juzgador deberá afrontar los retos que ello implica, por lo que habrá de ser cauteloso y sobre todo realizar un estudio cuidadoso en torno a la introducción de las acciones colectivas, atendiendo a los principios procesales garantizadores del equilibrio entre las partes.

3. Corresponderá a los tribunales federales a través de la jurisprudencia, analizar las peticiones del foro que se hagan al respecto, en relación con las acciones colectivas o de grupo y cuidar que los principios de interpretación para los acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con la finalidad de éstos y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano, al margen de las herramientas con las que se cuente en las legislaciones secundarias.

4. Por otra parte, la práctica cotidiana indicará los alcances que se les debe dar a las acciones colectivas, de acuerdo a las necesidades que presente el país y de un análisis de derecho internacional comparado, dichos aspectos permitirán estar en condiciones de profundizar sobre los temas, para dar seguridad jurídica a los gobernados y lograr que dichas acciones cumplan con su finalidad, es decir, que exista una mayor apertura y acceso a la justicia, pero se deberá ser cuidadoso para que no se haga un uso indiscriminado de ellas y que las sentencias que se emitan efectivamente se puedan ejecutar, en beneficio de la sociedad.

Referencias

Bibliográficas

Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia*, ed. Col. Abog. La Plata. Argentina, 1983, trad. S. Amaral; también, con el mismo título, ed. F.C.E., México, 1996, trad. M. Miranda.

Cossío Díaz, José Ramón, “El estatus constitucional de la cosa juzgada”, México, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 25, 2008.

Diccionario Jurídico Mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, t. VII.

Fronzizi, Román Julio, *La sentencia civil*, La Plata. Argentina, Librería Editora Platenense, 1994.

García Sais, Fernando, “Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada)”, México, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 32, 2011.

Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Código Modelo de Procesos Colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008.

La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica, México, Porrúa, 2003.

Gidi, Antonio, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, Forense, Río de Janeiro, 2008.

Las acciones colectivas y de tutela de los derechos difusos colectivos e individuales. Un modelo para países de derecho civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 151-UNAM, México, 2004.

Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Navarra, Aranzadi, 1999.

Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 1998.

Palacios Vargas, Ramón, *La cosa juzgada*, México, 1953.

Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Décima Octava Edición, 1988,

Picar de Orsini, Marie; Useche, Judith, *El principio de progresividad y la actuación de los órganos del poder público conforme a la constitución vigente provincia*, Universidad de los Andes, Mérida Venezuela, 2005.

Silva García, Fernando Rosales Guerrero, Emmanuel, *Derechos sociales y prohibición de regresividad, el caso ISSSTE y su voto de minoría*, consultado en el sitio <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/cj/cj11.htm>.

Silva Meza, Juan; Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2009.

Trejo Orduña, José Juan, *La sentencia lógica jurídica*, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3066/21.pdf> y en www.corteidh.or.cr/buscar.cfm?clave=progresividad.

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL-ESCUELA JUDICIAL

Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2012.

Código Federal de Procedimientos Civiles, México, 2012.

La construcción jurisprudencial de la tutela efectiva de los derechos humanos, a través del método del derecho comparado: clave del éxito de las acciones colectivas en México

Mauricio Barajas Villa*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Estudio Comparado*. III. *Cuestión Común*. IV. *Tipicidad, legitimación y representación adecuada*. V. *Optar por entrar (opt in) u optar por salir (opt out)*. VI. *Cosa juzgada*. VII. *Conciliación*. VIII. *Gastos y honorarios: ¿incentivo para el ejercicio de acciones colectivas?* IX. *La legislación mexicana: retos que impone a la judicatura*.

I. Introducción

La reciente reforma¹ al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos² ha introducido a nuestro sistema jurídico las acciones colectivas, como medida de garantía instrumental, tendente a la satisfacción de los derechos de tutela judicial efectiva y protección judicial, a favor de grupos de personas vinculadas bajo un interés difuso o colectivo con base en una causa igualmente común que no sólo hace idónea la concentración de aquellas pretensiones individuales en término prácticos, sino incluso, en aras de potenciar la efectividad de la eventual reparación del daño y la prevención de conductas irregulares que provocan aquellas afectaciones masivas.

El Congreso de la Unión pretendió dar respuesta a esa encomienda constitucional, al expedir la regulación de las acciones colectivas mediante la reforma y adición de siete ordenamientos jurídicos, a saber: Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y Ley de Protección y

* Magistrado del Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito (D. F.).

¹Mediante decreto publicado el 29 de julio de 2010, en el Diario Oficial de la Federación.

²Artículo 17. *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. (...) 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 (...).*

Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

El análisis crítico del contenido normativo de tales reformas y adiciones legales a la luz de los objetivos trazados con este tipo de acciones, naturalmente genera la pregunta acerca de si el legislador mexicano cumplió adecuadamente con la reserva constitucional que le fue conferida, como también genera la reflexión sobre si esta normatividad tendrá eficacia en la realidad cotidiana de México.

Este trabajo pretende poner de manifiesto que la respuesta a tales incógnitas puede comenzar a despejarse a partir del ejercicio analítico de contraste de esta reciente legislación mexicana frente a las legislaciones que han logrado configurar mecanismos para la defensa de los intereses difusos y/o colectivos desde el *common law* y en países de Iberoamérica.

La creación normativa para la tutela y cobertura de este tipo de conflictos colectivos surge —como ha ocurrido en otros países— de un proceso legislativo cargado de presiones por parte de los futuros demandados, personas o corporaciones económica, política y globalmente poderosas. A regañadientes pero resignadas a la irreversible expedición de aquella normatividad persiguen, en el tramo de consulta y deliberación legislativa, negociar mediante el cabildeo (práctica mejor conocida en el argot parlamentario como *lobbying*) que se asegure, no sólo la eventual viabilidad de sus empresas, sino la menor afectación posible a su patrimonio. Estas prácticas rayanas en la descarada corrupción se traducen en normas rellenas de excesivos apéndices y reglas ambiguas y contradictorias, o deliberadas lagunas u omisiones que, a la postre, logran obstaculizar aquellas acciones bajo la creencia de que así se salvaguardan mejor los intereses comerciales o patrimoniales de aquéllos protagonistas.

Esta reciente legislación mexicana, en contraste con la de otros sistemas jurídicos, refleja omisiones, lagunas, ambigüedades, limitantes y contradicciones explicables mediante la inferencia lógica del sentido común, a partir del fenómeno descrito, entre otros posibles factores, también lamentables. En cualquier caso, será la judicatura federal quien desempeñe un papel trascendental mediante la construcción de interpretaciones y precedentes que optimicen y hagan posible la materialización de estas acciones, sobre todo si se conectan armónicamente con el nuevo contexto constitucional de tutela y protección de los derechos humanos³.

Consecuentemente, este trabajo pretende responder la siguiente pregunta: ¿La legislación vigente es eficaz para la satisfacción del derecho colectivo?

La respuesta a esa interrogante, debe partir del análisis de lo hasta ahora conocido, a saber, la norma constitucional y la ley procesal ordinaria (Código Federal

³ Los principios constitucionales de la reciente reforma al artículo 1º, párrafo segundo constitucional, de interpretación conforme y pro persona servirán para construir la jurisprudencia que permita alcanzar la eficacia en la tutela judicial de los derechos colectivos.

de Procedimientos Civiles) para después atisbar lo que hasta el momento resulta incipiente o desconocido, el grado de éxito o eficacia que las acciones colectivas en México podrían tener en el terreno práctico.

El estudio comparado de los diversos modelos extranjeros, permitirá sostener la hipótesis de que la cuidadosa construcción jurisprudencial, a través del método del derecho comparado, es la clave del éxito para la tutela judicial efectiva de los derechos a través de la acción colectiva en México.

En el camino para la demostración de esa hipótesis se propone realizar, sin afán posible de exhaustividad, un estudio comparado entre los sistemas jurídicos sobre acciones colectivas del *common law* y los denominados de *civil law*, a efecto de extraer de sus instituciones y procesos, según su legislación y precedentes judiciales, los principios que los informan y que se consideran de mayor solidez jurídica, teniendo como punto de partida los elementos esenciales de la acción y sus principales instituciones jurídico procesales.

Luego, con base en esos principios, apreciar el contenido de la legislación mexicana para obtener sus fortalezas y bondades para aprovecharlas; así como sus deficiencias y peligros, riesgos o amenazas para prevenirlos y subsanarlos a través de la jurisprudencia como la herramienta de precisión que afinará y tenderá el puente para alcanzar el objetivo que se persigue, esto es, tutelar eficazmente los derechos mediante la acción colectiva.

II. Estudio comparado

1. Impracticabilidad del litisconsorcio

A. Estados Unidos de Norteamérica

En *Estados Unidos*, la viabilidad de la tutela colectiva exige que el grupo sea de tal manera numeroso (*numerosity*) que el litisconsorcio o la intervención de todos los miembros en un proceso sea impracticable [Regla 23 (a) (1)⁴], es decir, que en la práctica se convierta francamente inviable que todos los miembros del grupo se unieran para proponer un litigio en litisconsorcio⁵. En el sistema norteamericano, no existe

⁴“Rule 23. Class Actions.

(a) Prerequisites.

One or more members of the class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (...).”

⁵Por ejemplo, puede ser extremadamente difícil o costoso para el representante identificar, encontrar, contactar e invitar la participación de cada uno de los miembros ausentes del grupo., Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, en Gidi Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2da ed., México, Porrúa, 2004, p. 3.

un número legalmente predeterminado de miembros para cumplir con ese requisito, ya que no es una cuestión numérica lo que importa, sino una serie de factores a ser evaluados en el contexto de cada caso concreto.

Antonio Gidi dice que son variados los factores que pueden influir al magistrado para que acepte una acción colectiva propuesta en tutela de pequeños grupos, de 20 a 40 miembros (*small class*). Según Gidi, el sentido común puede ser un buen referente para el juez, pues le indica que ese número demuestra la impracticabilidad e inconveniencia de exigirse la litisconsorcio de todos sus miembros en casos de grupos formados por personas *hiposuficientes* (como los niños, los portadores de discapacidades físicas, mentales, intelectuales, culturales o financieras) o simplemente ignorantes de los hechos o del derecho⁶.

Se trata de la norma conocida como *rule 23* norteamericana, que exige al juez ponderar, según el caso, la impracticabilidad de la litisconsorcio. Se delega en el juzgador el arbitrio de apreciar la inconveniencia práctica de tener por presentes en el juicio a todos los posibles afectados, de ahí que no sea necesario tener un número tasado o fijo de miembros para que se satisfaga este requisito.

Dentro de los factores relevantes que el juzgador debe ponderar se encuentra el tiempo, lo que implicaría localizar y citar a todos los posibles miembros en menos-cabo de la expeditéz y prontitud; sobre todo si dicha búsqueda se torna complicada cuando quienes pueden tener interés son personas reticentes a la exposición pública (homosexuales, prostitutas, etc.) frente al derecho a la no discriminación y la privacidad⁷.

Otro factor relevante a ser considerado, según Gidi, es el relativo a la viabilidad financiera donde la concentración de afectados en distintos montos hace que la demanda en una acción colectiva sea idónea ante la patente imposibilidad práctica de un litisconsorcio, donde por cada uno se tenga que estimar el *quantum* preciso de su menoscabo patrimonial.

Agrega un tema por demás relevante como es el mecanismo de *discovery* que podríamos asimilar a nuestro sistema como la fase de investigación en preparación para el ejercicio de la acción (penal en nuestro sistema) pero que ilustra sobre la necesidad de esperar al resultado de ciertas investigaciones asistidas de especialistas o científicos, no solo para determinar la irregularidad o ilicitud del producto o servicio que ha irrogado el daño colectivo, sino para definir, concentrar y localizar el número de individuos afectados, según Gidi, esperar al final de las investigaciones para que

⁶*Ibid.*, p. 4.

⁷Outros aspectos, como o receio da exposição ao público, por exemplo, podem ser um indicio de que os membros do grupo provavelmente não tomarão providências, em nome próprio, para a tutela dos seus interesses. É o caso de prostitutas ou homossexuais em ações alegando maus-tratos de agentes policiais ou discriminação no ambiente de trabalho.

apenas se pueda incoar la acción colectiva afectaría severamente la posible prosperidad de estos medios de defensa.

Para el juez mexicano quizá valdría la pena un examen preliminar similar al que ya practica la judicatura federal mexicana en los medios de control constitucional de apreciar la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora para dar entrada y trámite inicial a este tipo de demandas colectivas, sin esperar ni exasperar con la exigencia de que todos los afectados estén presentes; para lo cual sería menester que sopesara la solidez de las versiones fácticas contenidas en la demanda, los elementos de prueba que hasta el momento se le están presentando y quizá, en no pocos casos, el hecho notorio derivado de la amplia publicidad del producto o servicio del que se hace depender la afectación colectiva. No sólo esto último, sino la conjugación de todos estos posibles elementos son los que deben nutrir la ponderación del juzgador, y no solo la numerosidad o el requisito de un número específico de afectados.

B. Brasil

En Brasil, no existe como en Estados Unidos un procedimiento de certificación o preadmisibilidad, motivo por el cual es innecesario que el tribunal determine si los miembros de la colectividad son lo suficientemente numerosos como para justificar un tratamiento de acción colectiva⁸.

C. Italia

Carece de regulación específica en relación con el número que se requiere para que una acción pueda ser admitida en forma colectiva. Es en las controversias colectivas laborales donde Italia ha mostrado mayor avance en procesos colectivos, donde no es necesario que el sindicato reciba mandato expreso de los trabajadores para actuar judicialmente en contra de conductas antisindicales. Aunque, en voz de Michele Taruffo, la composición del grupo se determina hasta el final y, a veces, después de la sentencia⁹.

⁸En segundo lugar, no existen procedimientos de certificación o de preadmisibilidad establecidos por lo que es innecesario que el tribunal para determinar si la colectividad lo es de cohesión, si los miembros de la colectividad son lo suficientemente numerosos como para justificar un tratamiento de acción colectiva, si los problemas comunes prevalecen sobre los individuales y, si la acción colectiva es un mecanismo superior para resolver estos problemas. Como resultado, cualquier entidad con legitimación activa puede presentar una demanda y designarse como representante colectivo. Esto por sí solo es suficiente para que la acción colectiva sea admitida como tal y tratada como tal. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Ríos Ferrer, Ricardo, *et al.*, "Las acciones colectivas en América Latina: un informe sobre las leyes vigentes, propuestas e iniciativas legislativas", María Benavides, Jaime Murillo y Raúl Alfaro (trads.), consultado en el sitio www.ijf.cjf.gob.mx

⁹"Aquí hay otro aspecto interesante, qué es el grupo, cómo se determina la composición del grupo, porque muchas veces la composición del grupo de la clase no se conoce desde antes se determina y se conoce al final, las veces no al final luego después de la sentencia es claro que en este caso el contenido, el tamaño de la protección que se logra con una acción de ese tipo es la dimensión máxima posible." Lección Inaugural "Acciones Colectivas en Italia y Europa", Diplomado sobre Acciones Colectivas, impartido en el Instituto de la Judicatura Federal el 23 de junio de 2011.

D. España y Argentina

En España y Argentina, al igual que en Italia, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española y la Ley de Protección del Consumidor argentina no prevén expresamente un número determinado de personas para la admisibilidad de una acción en tutela de intereses colectivos; si bien resulta relevante que el artículo 256, ordinal 6º de la LEC contempla la posibilidad de que en una diligencia preliminar (en preparación del juicio), el tribunal adopte las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

E. Conclusión sobre la impracticabilidad del litisconsorcio

Definitivamente representaría una fortaleza para los procedimientos colectivos, independientemente del país y de su tradición jurídica (*common law* o *civil law*), que las legislaciones no exijan un número determinado de personas afectadas por un hecho ilícito, para que una acción pueda ser ejercida en forma colectiva, sino que la admisibilidad se haga depender de una cuestión común de hecho o de derecho, siempre que por el número de personas y las características de la situación de hecho (destacadas por Gidi y comentadas en el apartado del análisis de la *rule 23* norteamericana), fuera impracticable la litisconsorcio.

III. Cuestión común

A. Estados Unidos de Norteamérica

Según la Regla 23 (a) (2)¹⁰ es imperativo que existan cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (*common question of law or fact*) situando a todos en condición semejante. Esto constituye el fundamento de cualquier acción colectiva y de la propia existencia de una controversia de naturaleza colectiva y de un grupo¹¹.

Asociado a ese requisito, se encuentra el concepto de predominancia, es un elemento adicional que debe sopesar el juez norteamericano – una vez satisfechos los

¹⁰Rule 23. Class Actions.

(a) Prerequisites.

One or more members of the class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (...) (2) there are questions of law or fact common to the class.

¹¹Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 5, pp. 4 - 5.

requisitos de la Regla 23 (a); ese concepto significa que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a los miembros individualmente (*predominance test*) y la tutela colectiva sea una técnica superior a otros métodos disponibles para el justo y eficiente juzgamiento de la controversia (*superiority test*).

Sobre este aspecto Gidi en su obra *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, A codificação das ações coletivas no Brasil*¹², destaca la trampa que ha supuesto al sistema brasileño el trasplante de este requisito que ha dado lugar al desechamiento sistemático de las demandas de acciones colectivas por jueces *reaccionarios* en donde sin conocer ampliamente el contexto del litigio, las pruebas, o los argumentos, pues en nombre de la *superiority* o predominancia, han desestimado acciones generalmente relacionadas con productos farmacéuticos o con la industria del cigarro que mediante este requisito han logrado inmunidad frente a las acciones colectivas.

El argumento desestimatorio de este tipo de acciones se ha hecho consistir en la circunstancia de que los miembros de la colectividad, vistos de manera individual, si bien presentan, por ejemplo, enfisema pulmonar o cáncer de pulmón o garganta, como no está demostrado que el factor causal predominante que condicionó ese padecimiento haya sido el cigarro, no puede acogerse la acción¹³.

Otro motivo por el cual la predominancia ha alcanzado una importancia desproporcional en las *class actions* norteamericanas — a juicio de Gidi — es que existe una cierta mala voluntad de bifurcar el proceso colectivo en dos fases, una para determinar la causalidad genérica y la responsabilidad civil, y otra distinta fase para establecer la causalidad específica para la liquidación de los daños individuales. Lo cual es fruto de la certeza que se tiene de que la demanda colectiva será muy probablemente encerrada a través de un acuerdo colectivo que resolverá todas las cuestiones individuales de los miembros del grupo¹⁴.

De ahí que concluya que es un requisito cuyo único objetivo es rechazar demandas colectivas viables, con base en cuestiones meramente procesales.

Este requisito, que también se exige en la legislación federal mexicana¹⁵, torna

¹²Gidi, Antonio, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, A codificação das ações coletivas no Brasil*, Brasil, Editora Forense, 2008.

¹³"Entre os inúmeros exemplos de class actions propostas a favor de um grupo de fumantes que não prosperaram em face de ausência da predominância (e superioridade), sem nenhuma pretensão de completude podemos listar [...]. Não se encontra nenhuma decisão de segundo grau na Justiça Federal que tenha certificado uma class action em benefício de fumantes, mas há alguns casos na justiça estadual norte-americana..." *Ibid.*, p. 191.

¹⁴"Um outro motivo pelo qual a predominância tem uma importância desproporcional nas class actions norte-americanas é que há uma certa má-vontade do Judiciário em bifurcar o processo coletivo em duas fases, uma para a determinação de causalidade genérica e responsabilidade civil e outra fase para causalidade específica e liquidação dos danos individuais. Essa má-vontade é fruto da certeza de que a demanda coletiva será muito provavelmente encerrada através de um acordo coletivo, que resolverá todas as questões individuais dos membros do grupo." *Ibid.*, p. 192.

¹⁵Código Federal de Procedimientos Civiles.

"Artículo 588. Son requisitos de procedencia de la legitimación en la causa los siguientes: (...)

II. Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;..."

previsible, sino se tiene precaución, que múltiples demandas colectivas serán desechadas por la insatisfacción de la comentada predominancia.

Por lo demás es necesario poner de manifiesto que, según lo comenta Gidi, este requisito de la predominancia sólo puede ser exigible en las acciones colectivas (del tipo (b) (3), según la regla 23), en el caso de derechos individuales homogéneos, aunque primero debe ser analizado el requisito de la cuestión común, para luego establecer el relativo a la predominancia¹⁶.

Como advierte Antonio Gidi, la legislación brasileña no contiene, en general, el concepto de “cuestión común” como en el sistema norteamericano; sólo respecto de los derechos individuales homogéneos menciona que son derechos de origen común, sin explicar lo que es un “origen común”, el cual es correlativo a la más amplia pero también más precisa noción de “cuestión común de derecho o de hecho” (*common question of law or fact*) utilizada en el derecho norteamericano¹⁷.

De ahí que el requisito de la cuestión común debe ser visto como inmerso en la definición de derecho difuso y colectivo, pues las circunstancias temporales, espaciales y particulares en que haya tenido lugar las afectaciones que son comunes a todos los miembros de la colectividad dependerán, en todo caso, de la manera en que haya ocurrido tal afectación, pues no es lo mismo un accidente aéreo que un caso de contaminación ambiental o la distribución de un producto defectuoso o de algún consumible tóxico¹⁸.

B. Italia

El Código de Consumo Italiano contiene una referencia a la “cuestión común” pero

¹⁶ “Por este motivo, decisões judiciais e artigos doutrinários, ao tratar das class actions do tipo (b)(3), analisam ambos os aspectos conjuntamente. Logicamente, porém, em um primeiro passo, dever-se-ia avaliar a presença da questão comum e em seguida a sua predominância, no caso concreto, sobre as questões individuais dos membros do grupo (i.e., não-comuns). A predominância é considerada um plus a mera existência de questões comuns. Para que haja predominância, é necessário que as questões comuns constituam uma parte significativa dos conflitos individuais.” Gidi, Antonio, “A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva Dos Direitos, Brasil”, Editora Revista Dos Tribunais, 2007, pp. 165 - 166.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ “Origen común” no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de avión o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el “origen común” de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo. En el caso de la contaminación de una bahía, el daño puede haber sido causado durante años de interminables desperdicios nocivos que se esparcían, y no por un acto aislado. En el caso de un anuncio publicitario engañoso, no importa si algunos individuos fueron engañados durante una transmisión y otros por otra o en una ciudad diferente, siempre y cuando exista suficiente vínculo entre los anuncios.” Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”, Lucio Cabrera Acevedo (trad.), México, UNAM, 2004, p. 62.

sólo respecto de los intereses o derechos individuales homog¹⁹.

C. España

En España, si bien en su Ley de Enjuiciamiento Civil no se hace referencia explícita al “hecho o derecho común” como parámetro para proceder a la acumulación también lo es que, implícitamente, es la causa o cuestión común lo que predomina para dar paso, incluso *ex officio*, a la acumulación o conexidad de pretensiones²⁰.

D. Argentina

En Argentina se identifican a los derechos colectivos – que estudiosos argentinos han distinguido de los derechos difusos – por el hecho de que sus miembros están unidos por un “vínculo común”, tales como los derechos de los usuarios de los servicios públicos²¹.

E. Conclusión de la cuestión común

El derecho comparado muestra una fortaleza más de los procesos colectivos, esto es, que en la legislación se prevea como un elemento de admisibilidad que la pretensión de los miembros de la clase coincida en una base o cuestión común, ya sea de

¹⁹Michele Taruffo criticó la disposición que exige que los derechos de los miembros de la clase sean idénticos por las siguientes razones: (i) si se entiende el término “idéntico” de manera rigurosa, no habrá clase, porque cada uno de los individuos tiene su propio derecho individual, motivo por el cual no pueden ser idénticos; (ii) ¿cómo establecer el contenido de la demanda de protección colectiva que a su vez determina la composición de la clase? El modelo norteamericano, regla 23, habla de posiciones jurídicas que tienen una cuestión común de hecho o de derecho, tener una cuestión común no significa que son derechos iguales o idénticos, significa que tienen que estar conectados por cuestiones de hecho o de derecho con una base común; (iii) si se habla de derechos idénticos, la consecuencia es que se limita el tamaño de la clase, por no decir que la elimina. Participación en la lección inaugural “Acciones Colectivas en Italia y Europa” en el Diplomado sobre Acciones Colectivas en el Instituto de la Judicatura Federal, impartido el 23 de junio de 2011.

²⁰La acumulación de procesos tiene, respecto de las acciones de grupo, una previsión legal específica en el art. 78.4 LEC. Según este artículo, dicha acumulación puede decretarse *de oficio* por el Juez, lo que muestra una especial preocupación del legislador, como no podía ser menos, respecto de la necesidad de que el proceso colectivo impida la proliferación de procesos individuales sobre la misma cuestión. Se opta para ello por un reforzamiento de los poderes del juez en este ámbito, lo que supone un cambio significativo en el papel que corresponde al Juez en los procesos regidos por el principio dispositivo o de aportación de parte. Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, pp. 357 - 358.

²¹Opinión doctrinaria en torno a los intereses plurales homogéneos. Mario Augusto Morello, respecto de estas pretensiones plurales homogéneas (en general) y de la idea de la *acumulación*, ha destacado el predominio esencial de ese punto común al que Alvarado Velloso le asigna un rol decisivo por el *mismo* hecho; hay una comunión de causa; ese daño reconoce la fuente única generatriz de la que en relación de causalidad adecuada se desprenden las diversas manifestaciones *fraccionadas* dañosas. Alvarado Velloso ha desarrollado exhaustivamente el fenómeno de *conexidad de pretensiones* y la necesaria *acumulación procesal* que en algunos casos provoca. Según Alvarado Velloso, uno de los elementos de la pretensión, la *causa petendi*, puede coincidir y ser el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas). En esos casos en que media *conexidad causal*, *mixta objetiva-causal*, *mixta subjetiva-causal* o *afinidad*, las pretensiones deben ser necesariamente tramitadas y decididas en un solo procedimiento, a riesgo de vulnerar el principio de seguridad jurídica y generar caos jurídico. Véase, Meroi, Andrea A., *Procesos Colectivos, Recepción y Problemas*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pp. 211 - 212.

hecho o de derecho, con la finalidad de que la acción tenga cabimiento en la forma colectiva; pero esto no quiere decir que se llegue al extremo de exigir que esa cuestión sea “idéntica”, pues hacerlo así limitaría e incluso eliminaría a la acción colectiva.

Sobre este aspecto, Gidi recomienda ejercer cautela con las definiciones. Es importante que los operadores jurídicos comprendamos que las definiciones de los derechos de grupo enunciadas en la legislación son meras categorías generales que en modo alguno pueden limitar el arbitrio judicial para establecer la idoneidad del tratamiento colectivo; en tanto que la sujeción estricta a criterios de interpretación literal hará patentes las ambigüedades de la ley. Lo importante es tener en cuenta la vinculación común en las circunstancias de hecho o de derecho que motivan la acción colectiva²².

Y es que, en opinión de Gidi, las clasificaciones normativas, de las cuales la legislación mexicana no está exenta, son meras teorizaciones artificiales y abstractas realizadas por la doctrina italiana, en aras de comprender el fenómeno de las acciones colectivas norteamericanas –dice– que es curioso que por ejemplo estos conceptos no dicen en Estados Unidos y que son categorías simplemente inútiles para la operación de los procesos colectivos²³.

Tal es el caso del artículo 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles, donde el legislador define lo que debe entenderse por “acción difusa”, “acción colectiva en sentido estricto” y “acción individual homogénea”.

El operador jurídico en general, pero en específico el juzgador mexicano, debe poner especial cuidado en esta advertencia de Gidi, donde a ese respecto puede echar mano del artículo 1º constitucional para que, con base en una interpretación conforme y aplicando el principio *pro persona*, remueva este posible obstáculo procesal atendiendo a la naturaleza constitucional de la acción colectiva plasmada en el artículo 17 constitucional, lo cual implicaría estimar que todas estas definiciones y categorías no son limitativas sino sólo enunciativas, teniendo especial cuidado en no desestimar la acción bajo la rígida aplicación del criterio de predominancia.

IV. Tipicidad, legitimación y representación adecuada

Estos son elementos indispensables para la eficacia de las acciones colectivas, donde el juzgador suficientemente capacitado e interesado, de manera abierta y flexible,

²²Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 65.

²³“O curioso, porém, é que esses conceitos simplesmente não existem nos Estados Unidos, que era a realidade que os autores italianos queriam originalmente retratar. Nenhum trabalho doutrinário, nenhuma decisão norte-americana sequer menciona expressões como “difuso”, “coletivo” e muito menos “individuais homogêneos”. São categorias absolutamente inúteis para a operacionalidade dos processos coletivos e da tutela dos direitos de grupo.” Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 202.

debe apreciar si quien se erige como autor de la acción colectiva es un auténtico portavoz de los intereses del grupo, en aras de satisfacer las formalidades esenciales del debido proceso que en la constitución mexicana están previstos en los artículos 14 y 16, en armonía con la naturaleza social de la acción colectiva según quedó plasmada en la reforma al artículo 17 constitucional.

No se trata solamente de que el juzgador desestime acciones colectivas frívolas de abogados con intereses oscuros, sino de que aplique un *test* de aptitud e idoneidad del profesional que ejerza la acción con la finalidad de evitar actos judiciales arbitrarios en perjuicio de la estabilidad de las empresas, pero también para que evite que una inadecuada y deficiente representación conduzca a un fallo injustamente absolutorio en perjuicio de la colectividad. Se trata de que el juez se cerciore no sólo de la aptitud profesional de aquel portavoz colectivo sino del grado de compromiso y lealtad con que lleva la causa colectiva.

Antonio Gidi asegura que las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda.

Atrás de cada una existe la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes²⁴. Aunque la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto es lógicamente posterior, porque sólo después de que el legislador decida que la sentencia de grupo es obligatoria para todos los miembros ausentes, él tiene que decidir quién es capaz de representar adecuadamente sus intereses en el tribunal²⁵.

A. Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos, la tipicidad es un requisito para que la acción pueda ser conducida en forma colectiva (Regla 23 (a) (3)²⁶) con lo cual se busca la protección de los miembros de la clase, pues ese requisito exige del representante que tenga los mismos intereses que el grupo y, además, que haya sufrido el mismo ilícito, siendo él uno de los miembros de ese grupo (*typicality of claims or defenses*).

Tipicidad entonces significa que, la pretensión del representante debe originarse del mismo evento, práctica o conducta que dio origen a la pretensión de los demás

²⁴*Ibid.*, p. 71.

²⁵*Idem.*

²⁶Rule 23. Class Actions.

(a) Prerequisites.

One or more members of the class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (...) (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and.

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

miembros del grupo y debe estar basada en el mismo fundamento jurídico²⁷.

Mientras que la representación adecuada —cuarto y último requisito previsto en la Regla 23 (a) (4)— es requerida para que la acción sea aceptada como colectiva, pues a través de este requisito se pretende que el candidato a representante proteja adecuadamente (*fairly and adequately*) los intereses del grupo en juicio (*adequacy of representation o vigorous prosecution test*).

La representación adecuada constituye un requisito esencial para que sea respetado el debido proceso legal en cuanto a los miembros ausentes (lo cual funciona para los sistemas que siguen el *opt-out*). Consecuentemente, dicha representación es indispensable para que los ausentes puedan ser vinculados por la cosa juzgada producida en la acción colectiva.

La eficacia de la representación adecuada en Estados Unidos se muestra con los siguientes tres resultados: (i) se minimiza el riesgo de colusión; (ii) se estimula una conducta vigorosa del representante y del abogado del grupo; y (iii) se asegura traer al proceso todos los intereses reales de los miembros ausentes²⁸. El objetivo es garantizar en lo posible que el resultado obtenido en la tutela colectiva no sea distinto del que se obtendría si los miembros estuvieran defendiendo sus intereses²⁹.

En Estados Unidos, el juez es responsable de garantizar que el proceso colectivo sea adecuadamente conducido; por eso, al certificar la acción colectiva, efectúa una evaluación preliminar y prospectiva del requisito, verificando si el candidato a representante tiene las condiciones para actuar adecuadamente en beneficio del grupo³⁰.

El requisito de la adecuación de la representación está constituido por dos elementos: (i) la posibilidad de garantizar vigorosamente (*vigorous prosecution test*) la tutela de los intereses de los miembros ausentes; y (ii) la ausencia de antagonismo o conflicto de intereses con el grupo. Elementos que deben ser evaluados por el juez³¹.

La representación adecuada es un requisito de tipo cualitativo, mas no cuantitativo; no es el número de representantes ni el valor de su pretensión individual los criterios que guían al juez en su decisión³², sino las cualidades del candidato a repre-

²⁷El representante del grupo propone la acción colectivo en su propio nombre y en nombre de todas las personas en situación similar (*sue on behalf of himself and all others similarly situated*). Así, en una acción colectiva coexisten dos tipos de peticiones independientes: el pedido individual del representante y el pedido colectivo del grupo. El requisito de la tipicidad asegura que el pedido realizado en tutela del derecho individual del autor sea orientado también hacia la solución de la cuestión común que afecta al grupo. El objetivo es asegurar la consistencia entre los intereses del representante y del grupo que él pretende representar, para que ninguna pretensión o interés de un miembro ausente sean descuidados en el proceso. Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18., pp. 5 - 6.

²⁸*Ibid.*, p. 148.

²⁹En las *class actions* se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes en juicio a través de la figura del representante, que funciona como una especie de "portavoz" de los intereses del grupo. El derecho de ser oído en juicio se reduce entonces al derecho de ser oído a través del representante. *Ibid.*, p. 6.

³⁰*Ibid.*, p. 148.

³¹*Ibid.*, p. 149.

³²Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 105.

sentante quien debe demostrar un carácter apto para asegurar la vigorosa defensa de los intereses del grupo, en tal forma que la garantía del debido proceso legal no sea violada, por eso tal requisito es conocido como *vigorous prosecution test*.

Pero la representación adecuada en el sistema norteamericano no se agota por las cualidades y aptitudes de su representante, sino que se extiende a las del abogado; su adecuación se determina en relación con los intereses del grupo y de sus miembros y no frente a los intereses del representante. El abogado trabaja para el grupo como un todo y no para el representante que lo contrata, ya que el titular de la acción es el grupo, el cliente del abogado es ese grupo y, entonces, la responsabilidad del abogado se ejerce hacia el grupo.

En su obra *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, A codificação das ações coletivas no Brasil*, Gidi expone que la verificación de la conducta procesal vigorosa y leal del representante puede obtenerse mediante la autoridad del juez (con auxilio del ministerio público y los demás legitimados e interesados), quien puede sustituirlo o extinguir el proceso sin resolución, en caso de que no haya algún otro legitimado adecuado para conducir el proceso. Y en un segundo momento, la cosa juzgada no tendría efecto sobre la colectividad, cuando se pruebe que algún proceso colectivo no ha sido conducido adecuadamente³³.

La certificación de la acción en Estados Unidos (cumplidos los requisitos que exige la Regla 23), no significa que la cuestión sobre la representación esté precluida, ya que el juez debe monitorear la adecuación del representante durante todas las etapas del procedimiento a través de un control *ex officio*. Ni siquiera la formación de la cosa juzgada precluye la cuestión de la representación adecuada ante los miembros ausentes: si el grupo o algunos miembros no son adecuadamente representados en juicio, no podrán ser legítimamente vinculados por la sentencia colectiva. Si en acción futura, mediante una evaluación *retrospectiva*, fuere establecida la inadecuación de la representación, el juez negará el efecto de la cosa juzgada a la sentencia colectiva³⁴.

B. Brasil

En Brasil, por disposición de la ley (artículo 82 Código del Consumidor), tiene legitimación para iniciar una acción colectiva, en forma independiente o conjunta: (i) el ministerio público; (ii) los gobiernos federal, estatal o municipal y el Distrito Federal;

³³*Ibid.*, p. 77.

³⁴Gidi, Antonio, "La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo", en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2da ed., México, Porrúa, 2004, p. 148.

(iii) las entidades y agencias de la administración pública especialmente diseñadas para la protección de intereses y derechos colectivos; y (iv) las asociaciones legalmente establecidas por lo menos durante un año, con el objeto de proteger intereses colectivos. En los casos de asociaciones se les puede dispensar el plazo de un año, en caso de manifiesto interés social, demostrado por la extensión o las características del daño, o por la importancia del objeto jurídico que deba ser protegido.

El área de oportunidad para Brasil, es permitir que los individuos, sobre todos los miembros del grupo afectado, puedan tener legitimación para demandar a nombre de los intereses del grupo, pues de conformidad con la disposición del Código brasileño del consumidor, carecen de legitimación. De tal suerte que, el requisito de la tipicidad —común en el derecho norteamericano— no existe en el derecho brasileño, ni tampoco hay un requisito formal sobre la representación adecuada, probablemente porque el propio legislador previó que los órganos —gubernamentales y no gubernamentales— a los cuales les reconoce legitimación, pueden con equidad y adecuadamente representar los intereses del grupo, sin dejar a discreción judicial la “aptitud” del representante³⁵.

Para asegurar un trato justo a los miembros ausentes del grupo, la ley brasileña exige que el ministerio público sea notificado de la aceptación de cualquier acción colectiva y que sea invitado a intervenir como observador. Además, entre la lista de entidades con legitimación para promover acciones colectivas, cualquiera de ellos tiene el derecho de intervenir en el procedimiento colectivo para ayudar al demandante original.

La trascendencia e importancia práctica de la representación adecuada en Brasil, radica en que sólo es posible proponer nuevamente la misma acción colectiva basada en nueva prueba, pero no basada en una mejor argumentación o fundamentación jurídica; además, esa regla no aplica a las acciones colectivas en tutela de los derechos individuales homogéneos³⁶.

C. Alemania

En Alemania trasciende la legitimación en materia de competencia desleal, ya que en la ley respectiva (Ley de Competencia Desleal) se concede legitimación a los operadores comerciales directamente lesionados en sus propios derechos o por cualquier sujeto que actúe en el mismo o en un análogo sector del comercio, así como por asociaciones que defiendan los intereses del comercio y los consumidores.

³⁵Estuvo implícito en el razonamiento del legislador que estas entidades seleccionadas representarían los intereses del grupo más justamente que lo haría uno de los miembros del grupo. *Ibid.*, p. 74.

³⁶Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 34, pp. 142 - 153.

En relación con la tutela de intereses supraindividuales, se reserva la legitimación a los grupos organizados (asociaciones)³⁷.

D. Italia

En Italia es a través de la jurisprudencia como se ha avanzado en la legitimación para la tutela de intereses difusos, pues han establecido algunos mecanismos de individualización de la legitimación para este tipo de derechos, con la condición esencial de que exista un “nexo territorial”³⁸.

Aunque los estímulos provenientes de fuente comunitaria han logrado que el ordenamiento jurídico italiano de rigurosa tradición (que sólo admitía a juicio situaciones exclusivamente individuales) avance progresivamente, pues se ha adoptado el principio de que asociaciones de consumidores tengan legitimación para hacer valer en juicio civil los intereses colectivos de la categoría de consumidores³⁹.

E. España

En España, dado que la legitimación es una cuestión crucial en el establecimiento de las acciones de grupo, son varias las personas y organizaciones a quienes se les reconoce legitimación en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los perjudicados en lo individual, las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente constituidas⁴⁰, el ministerio fiscal y los grupos afectados determinados o fácilmente determinables.

La legitimación de estas personas o entidades es para dos supuestos distintos. De un lado, la legitimación para la defensa de los intereses colectivos y difusos; de otro, una legitimación colectiva para reclamar los daños y perjuicios que se hayan ocasionado a los consumidores y usuarios considerados individualmente.

En relación con las asociaciones de consumidores y usuarios, tienen legitimación para la defensa de: 1) Los derechos o intereses de sus asociados; 2) Los derechos o intereses de la asociación; 3) Los intereses generales de los consumidores y usuarios, lo

³⁷Meroi, Andrea A., *op. cit.*, nota 21, p. 78.

³⁸*Idem*. En la obra se hace referencia a la sentencia de la *Corte Costituzionale* No 641, 30-12-87, *Foro it.*, 1988, I, cc. 694/708, con nota de Giampietro, E., *il danno all'ambiente innanzi alla Corte Costituzionale*, en la que se señala que el ambiente es un bien jurídico en cuanto a que es reconocido por las normas; que aunque no sea objeto posible de una situación subjetiva de “apropiación”, sí lo es su goce por parte de la colectividad y el individuo.

³⁹Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 334.

⁴⁰Las que tengan por objeto la defensa o protección de intereses colectivos y difusos. En este caso se entienden incluidas las entidades legalmente habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva en virtud de una lista que se publica en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas para tal efecto. Dicha lista sirve a los jueces como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

que debe permitir la tutela de situaciones antes de que se produzca la lesión o daño a los afectados; 4) Los intereses colectivos, lo cuales la Ley de Enjuiciamiento Civil hace corresponder con los de aquellos grupos cuyos miembros están determinados o sean fácilmente determinables; y 5) Los intereses difusos, que se hacen corresponder a los grupos cuyos miembros sean indeterminados o de difícil determinación.

Como se ve, en España está suficiente regulada la legitimación correspondiente al tema de los consumidores y usuarios que, al parecer, son los sujetos preferidos por el legislador español para obtener la tutela de los intereses de grupo.

F. Argentina

A partir de la reforma a la Ley de Protección al Consumidor (7 de abril de 2008), las asociaciones de consumidores tienen legitimación para ejercer acciones colectivas y para unirse a ellas como co-demandantes; legitimación que también se dispuso para las autoridades administrativas nacionales o locales, el defensor del pueblo, así como para el Ministerio Público⁴¹.

G. Conclusión en relación con la tipicidad, la legitimación y la representación adecuada

En relación con los temas de tipicidad y legitimación, resultaría poco apropiado afirmar qué sistema es el más apropiado para la tutela de los derechos colectivos, pues su idoneidad depende de la adecuación a la cultura jurídica respectiva (necesidades, tradiciones e idiosincrasia).

Mientras el sistema norteamericano reconoce legitimación a uno de los integrantes del grupo o clase, los países con tradición del *civil law* prefieren, por regla general, a las entidades públicas o privadas para ejercer acciones colectivas y representar los intereses del grupo, sobre todo en el área de los consumidores.

Recientemente en México, la asociación civil Al Consumidor solicitó de la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocara el requisito que exige 30 miembros a las asociaciones civiles para promover acciones colectivas, ya que anteriormente se le negó la inscripción en el registro de asociaciones civiles para promover acciones colectivas⁴².

⁴¹Las asociaciones de consumidores que buscan representar a grupos de consumidores deben reunir los siguientes requisitos: (i) estar constituidos como una entidad legal, (ii) no participar en política, (iii) ser independientes de los intereses profesionales o comerciales, (iv) abstenerse de recibir contribuciones de las empresas, y (v) abstenerse de publicitarse. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Ríos Ferrer, Ricardo. *et al.*, *op. cit.*, nota 8.

⁴²PROFECO, "Asociaciones civiles acuden a la corte", *El Economista* 13 de noviembre de 2012, consultado en el sitio <http://acolectivas.profecogob.mx/noticia.php?IdNoticia=248>.

En cualquier caso, lo realmente importante es que quien represente a los integrantes del grupo afectado por un hecho ilícito, sea quien sea (algún integrante del grupo, una entidad pública o una asociación privada, por mencionar algunos supuestos), atienda y defienda vigorosamente los derechos de la colectividad, con la finalidad de que sea respetado el derecho fundamental de debido proceso legal.

V. Optar por entrar (*opt in*) u optar por salir (*opt out*)

A. Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos están reguladas tres técnicas: a) la de presencia obligatoria; b) la del *opt in* (autoinclusión); y c) la del *opt out* (autoexclusión)⁴³.

La técnica de la presencia obligatoria es importante en los casos donde la pretensión del grupo es de naturaleza indivisible y en los casos de insolvencia del demandado. A través de esta técnica, todos los miembros del grupo serán considerados presentes en juicio, sin la posibilidad de excluirse del grupo y evitar ser afectados por la cosa juzgada producida en la acción colectiva. Esta técnica es utilizada en las *class actions* conocidas como *mandatory class action* o *no opt out class action*⁴⁴ (Regla 23 (b) (1))⁴⁵.

La técnica del *opt in* (autoinclusión) aplica para las acciones colectivas donde se busca la imposición del cumplimiento de un deber legal de conducta, tanto de particulares, como de organismos públicos (Regla 23 (b) (2))⁴⁶; que son acciones donde se considera presente en juicio (y vinculado por la sentencia colectiva) solamente a aquel miembro del grupo que solicite expresamente su inclusión en el proceso colectivo; la Suprema Corte de Estados Unidos ya admitió que la técnica del *opt in* destruiría la eficacia de las *class actions*, principalmente en las acciones que involucran pretensiones individuales de pequeño valor⁴⁸.

⁴³Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 291.

⁴⁴*Idem*.

⁴⁵Véase, López Sánchez, Javier, (trad.) *La Regla 23 (b) (1)*, *El sistema de las class actions en Estados Unidos de América*, España, Editorial Comares, 2011, pp. 157 - 158.

(b) Tipos de acciones de clase.

Podrá mantenerse una acción de clase siempre que se cumpla lo establecido en la Regla 23 (a) si además:

(1) el ejercicio de acciones separadas por los miembros de la clase o contra ellos crearía un riesgo de:

(A) decisiones incoherentes o contradictorias respecto de miembros de la clase que estableciesen, para la parte contraria a la clase, patrones incompatibles de conducta; o

(B) decisiones respecto de miembros de la clase que, en la práctica, llegasen a disponer de los intereses de otros miembros de la clase que no hubiesen sido parte en los procesos en que aquéllas hubiesen recaído y que vendrían a dificultarles o impedirles de un modo substancial la posibilidad de tutelar tales intereses.

⁴⁶(2) la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar en razón de un fundamento que pudiera ser aplicado, con carácter general, a toda la clase, de tal modo que una tutela coercitiva o la correspondiente tutela declarativa se presente como apropiada para la clase como un todo; o *idem*.

⁴⁷*Ibid.*, p. 71.

⁴⁸*Ibid.*, p. 292.

A través de la técnica del *opt out* (autoexclusión), en las acciones colectivas previstas en la Regla 23 (b) (3) ⁴⁹ se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio y se condiciona su exclusión a una manifestación expresa en ese sentido. Por eso es necesaria la notificación de los miembros ausentes sobre la proposición y la certificación de una acción colectiva propuesta en tutela de sus intereses, ya que el mecanismo de la notificación está íntimamente ligado al derecho de autoexclusión y viceversa⁵⁰.

Es imperativo proporcionar a los miembros del grupo una información adecuada sobre la causa, los derechos y los riesgos que conciernen, para que ellos puedan decidir cuál es la mejor conducta a seguir ante la acción colectiva.

Una vez notificados, los miembros pueden intervenir en el proceso, controlar la actuación (y la adecuación) del representante, contribuir con las pruebas y las informaciones de que dispongan o aún ejercer el derecho de autoexclusión del grupo, si no desean ser afectados por la cosa juzgada de la acción colectiva.

Para que la posibilidad del auxilio y control por parte de los miembros ausentes sea realista y no meramente ficticia, la notificación debe ser emitida en una fase inicial del proceso, generalmente enseguida de la certificación. Una notificación demasiado tardía seguramente reducirá la efectividad de la actuación de los miembros del grupo, a una simple escogencia entre excluirse o permanecer en el grupo.

La ley y el buen sentido solamente exigen que los miembros ausentes del grupo sean “notificados” (*notice*). No es necesario que sean respetadas las formalidades inherentes a la citación (*service of process*). La citación de cada miembro del grupo haría de todos ellos partes formales del proceso y descaracterizaría el aspecto representativo de la acción colectiva.

Cuando la ley exige notificación personal, hacerla por correo sería suficiente. Cuando esta notificación no sea posible o no sea obligatoria, se exige solamente que se haga un esfuerzo genuino para informar a los miembros ausentes y que el método escogido sea calculado para comunicarles la existencia de la acción y darles la oportunidad de participar.

Si la notificación se considera insuficiente o inadecuada, la sentencia en una acción colectiva no vinculará los miembros del grupo. Eso puede ocurrir en recurso en el mismo proceso colectivo o a través del *collateral attack* en una acción posterior (individual o colectiva).

⁴⁹(3) el tribunal considera que hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los miembros de la clase que resultan predominantes sobre cualquier otra cuestión que sólo afecte a los miembros de la clase individualmente, y siempre y cuando la acción de la clase se presente como un método superior a otros posibles para lograr una decisión equitativa y eficiente de la controversia (...) López Sánchez, Javier, *op. cit.* nota 45, p. 158.

⁵⁰Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 34, pp. 292 y 297.

Una adecuada notificación, al contrario, concede legitimidad a la sentencia colectiva y la hace menos vulnerable a impugnaciones posteriores. Por ese motivo, los jueces analizan la cuestión de la necesidad y de la forma de la notificación con extrema cautela⁵¹.

Aunque el derecho de autoexclusión no está previsto para las *class actions* de los tipos *mandatory class action* o *no opt out class action*, propias de la técnica de la presencia obligatoria, el juez tiene un poder discrecional de crearlo en un determinado caso concreto, pero por el estudio de la jurisprudencia se percibe que ese poder no se ejerce con mucha frecuencia en la práctica⁵².

B. Brasil, Alemania y España⁵³

Carecen de disposición expresa acerca de la posibilidad de los integrantes del grupo de incluirse o excluirse de la acción; por tanto, es presumible que todos los miembros de la clase implícitamente están vinculados con el resultado de la sentencia.

En el caso español, una situación más que abona a esa postura, es que su legislación exige la publicidad del ejercicio de la acción, con la finalidad de dar cumplimiento a la garantía procesal de audiencia (posibilidad de ser oído), pieza clave para la tutela de los derechos de los sujetos que conforman el grupo, pese a permanecer ajenos a la comparecencia directa en el proceso.

C. Argentina

En Argentina la Ley de Defensa y Protección del Consumidor se rige bajo la técnica del *opt out*, pues los consumidores pueden manifestar su voluntad de excluirse de la acción, hasta antes de que se dicte la sentencia.

D. Conclusión de las técnicas del *opt in* y *opt out*

Las bondades del sistema norteamericano resultan tangibles en tanto que está previsto en la Regla 23, en qué casos el juicio se regirá bajo las técnicas de la presencia obligatoria, de la inclusión o exclusión de la acción colectiva. Sin duda que representa una fortaleza de la *class action* norteamericana, porque *a priori* nadie está excluido de la clase y sólo es posible la autoexclusión de la acción mediante la técnica del *opt out*.

⁵¹Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 34, p. 18.

⁵²*Ibid.*, pp. 20 - 21.

⁵³El legislador español no ha recogido una eficacia limitada de la cosa juzgada a los efectos favorables o "*secundum eventum litis*" y ello a pesar de que tampoco reconoce la posibilidad de excluirse del grupo ("*opt out*"). *Ibid.*, p. 361.

Michele Taruffo se ha pronunciado en favor de la técnica del *opt out* pues considera que con ella se refleja que la clase real se corresponde con la clase formal; y que, por el contrario, el problema del *opt in* provoca que se reduzca el número de integrantes, pues no se corresponde con los miembros que realmente conforman el grupo, lo cual tiende a disminuir el ejercicio de acciones colectivas.

VI. Cosa juzgada

La cosa juzgada en los procesos colectivos tiene reglas específicas y, por ende, una aplicación peculiar, pues aunque su eficacia *erga omnes* (contra todos) es la propia esencia de la acción colectiva⁵⁴, lo cierto es que se trata de una cuestión que no siempre puede ser considerada con carácter definitivo.

A. Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos, la sentencia vincula a todos los miembros de la clase, sea o no favorable.

El efecto vinculante de la sentencia colectiva ante las pretensiones individuales de los miembros del grupo es independiente del resultado de la demanda o de la suficiencia del material probatorio disponible para el grupo.

El efecto de la cosa juzgada no puede ser evaluado con criterio definitivo por el mismo juicio que emitió la sentencia. El juez se encuentra profundamente involucrado con la causa y le falta distanciarse del objeto para que pueda efectuar un adecuado análisis de la totalidad de la situación. Además, pueden faltarle algunas informaciones omitidas por las partes. Cualquier controversia sobre el alcance de lo juzgado debe ser objeto de una acción posterior, cuyo juez, en tesis, estará en mejores condiciones para investigar la cuestión. Por lo tanto, aunque la eficacia erga omnes de la cosa juzgada sea de la propia esencia de la acción colectiva, se trata de una cuestión que no puede ser decidida con carácter definitivo en el ámbito de la propia acción colectiva. El juez de la acción posterior (colectiva o individual) puede decidir que existió violación al debido proceso legal en la acción original, aunque el juez original haya decidido expresamente que la representación o la notificación fueron adecuadas. El juez posterior tiene el deber de investigar y el poder de decidir nuevamente tales cuestiones⁵⁵.

⁵⁴Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 98.

⁵⁵*Ibid.*, pp. 5 - 6.

B. Brasil

El artículo 103 del Código del Consumidor contiene el efecto de la cosa juzgada en las acciones colectivas y establece que:

1. Una sentencia colectiva obliga a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales;
2. Si la acción es decidida en favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada; y
3. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva, ya que aún pueden ejercer acciones individuales en protección de sus derechos individuales⁵⁶.

Debido a que en la acción colectiva brasileña, las personas no son necesariamente partes del juicio, o llamadas a comparecer en el tribunal o estar informadas de la existencia de la acción, el legislador consideró aceptable que una persona se beneficie de la sentencia colectiva, pero no que fuera perjudicada por ella.

En Brasil se decidió que no había cosa juzgada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier representante del grupo puede volver a intentar la acción colectiva para proteger el mismo derecho transindividual en el caso de que presente nuevas pruebas.

En opinión de algunos juristas brasileños, para que la nueva acción sea procedente es necesario que el juez que conozca de la primera acción expresamente reconozca que la sentencia estuvo basada en una falta de pruebas. Sin embargo, Antonio Gidi considera que la regla brasileña debe interpretarse como que no se exige de un reconocimiento expreso o tácito de la falta de pruebas en la sentencia colectiva anterior⁵⁷.

C. España

La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 221.1^a) establece que cuando se hubiere

⁵⁶A primera vista, este sistema de cosa juzgada puede semejarse a la antigua controversia estadounidense llamada “intervención unilateral” (*one-way intervention*). Algunos pueden incluso llamarla “cosa juzgada unilateral” (*one-way res judicata*). Sin embargo, esta primera impresión es falsa. A diferencia de la “intervención unilateral”, el grupo en la acción colectiva de Brasil tiene una sola oportunidad en el litigio colectivo. Si el grupo triunfa, el grupo como un conjunto y todos sus miembros se beneficiarán de la sentencia favorable. Si el grupo pierde, el derecho de grupo (difuso, colectivo, individual homogéneo) perecerá y otra acción colectiva sobre la misma acción estará extinguida. A este respecto, la sentencia colectiva obliga a todo el grupo, sea la sentencia favorable o no lo sea. Sin embargo, los derechos individuales que existen en la misma controversia no se extinguen, y los miembros del grupo tienen la oportunidad de demandar individualmente para reivindicar sus derechos individuales. *Ibid.*, pp. 100 - 101.

⁵⁷*Ibid.*, p. 105.

pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia dictada a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios, determina individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Y, cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

Sin embargo, el legislador español no ha recogido del derecho comparado la eficacia limitada de la cosa juzgada, respecto de los integrantes del grupo que no se hubiesen enterado del juicio, cuando la sentencia resultare desfavorable. Por tanto, se aplica la regla general de la cosa juzgada material, es decir, los efectos de la sentencia se extiende a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes.

*No se puede plantear qué sucedería si dicho miembro, ausente del proceso, no hubiera conocido ni la presentación de la demanda, ni la sentencia de la que podría beneficiarse, o simplemente, que pretendiera instar la ejecución una vez transcurridos cinco años desde la firmeza de la sentencia, plazo de caducidad de la acción ejecutiva según el artículo 518 LEC. Para todos estos casos sería más correcto reducir a sus justos términos la indeterminación de los miembros del grupo*⁵⁸.

D. Argentina

Según la Ley de Defensa y Protección del Consumidor (reformada en 2008), la sentencia hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia (*opt out*)⁵⁹.

E. Conclusión sobre la cuestión de la cosa juzgada

⁵⁸Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 34, pp. 357 - 358.

⁵⁹Los efectos de la *res judicata* son aplicados a las resoluciones favorables para los demandantes cuando son impulsados por otros consumidores o usuarios que comparten circunstancias similares y que no hayan ejercido el *opt-out*. Sin embargo, la reforma no dice nada sobre si el efecto de la cosa juzgada se dará a las resoluciones que son favorables a los demandados. Este silencio podría permitir a los demandantes de acciones colectivas argumentar que tienen un derecho a iniciar, una nueva acción individual o colectiva basados en los mismos hechos. La falta de equilibrio de esta situación es evidente. No debe haber ninguna razón para que a los miembros de una acción colectiva que estuvieron bien representados y que no hayan ejercido el *opt-out* se les permita volver a ejercer la acción si la decisión final no es favorable para ellos, mientras se prevea que los demandados siempre estarán obligados a acatar el fallo de la acción colectiva, sea cual fuere el resultado. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Ríos Ferrer, Ricardo. *et al.*, *op. cit.*, nota 8.

Los modelos extranjeros revelan que la institución de la cosa juzgada tiene un papel protagónico dentro de los procesos colectivos, pues algunos de los elementos esenciales de la acción colectiva —tales como la representación adecuada, la legitimación y las técnicas del *opt in - opt out*— operan en el proceso, de cierta manera, en función de los efectos de la cosa juzgada.

Por tanto, representaría una fortaleza regular suficientemente cuáles son los supuestos que limitan la eficacia de la cosa juzgada; por ejemplo, sería plausible que se precisara cuál es el alcance de la sentencia en los casos de inadecuada representación, insuficiencia de pruebas, deficiente invocación del derecho o de los hechos, respecto de los miembros ausentes no enterados del juicio y de quienes, habiendo sido notificados, hayan solicitado excluirse de la acción, entre otros supuestos, con la finalidad de salvaguardar el derecho de debido proceso legal.

VII. Conciliación

A. Estados Unidos

En Estados Unidos está previsto en la Regla 23 (e) el acuerdo (*settlement*) como forma habitual de terminación del proceso de *class action*, pero se requiere de la aprobación del tribunal, quien verifica que la propuesta sea equilibrada, razonable y adecuada (*fair, reasonable and adequate*). La eficacia del acuerdo se extiende a todos los miembros de la clase, aunque no hayan intervenido directamente en la negociación.

El equilibrio debe analizarse mediante un análisis comparativo del trato dado a los distintos miembros de la clase entre sí y el recibido por sujetos que no son miembros de la clase en circunstancias similares y ante pretensiones también similares. La razonabilidad debe valorarse atendiendo a cómo han sido atendidas en el acuerdo las pretensiones formuladas. La adecuación comporta una comparación entre la tutela que el acuerdo proporciona y el que los miembros de la clase podrían haber obtenido de no acudir al procedimiento de *class action*.

El modo como se encadena el conjunto de actuaciones necesarias se encuentra delineado en el *Manual para Procesos Complejos (Manual for Complex Litigation)*, elaborado por el *Federal Judicial Center* para orientar la actuación de los jueces federales, articulando las actuaciones en dos fases. En un primer momento, los abogados tanto de la clase como del demandado envían la propuesta de acuerdo al tribunal para que realice una valoración preliminar de su carácter equilibrado, sobre la base

de la información que le facilitan las partes y el resultado de la *discovery* realizada hasta el momento.

También puede el tribunal oír a los abogados de los actores que interpusieron la demanda en nombre propio y que no hubieran intervenido en la negociación al no haber sido designados como partes representativas. También ese es el momento adecuado para pedir informes a terceros independientes. Si en ese primer momento no se advierten especiales desequilibrios, un trato preferencial a los representantes de la clase o unos honorarios indebidos a los abogados y, por tanto, que su aprobación podría resultar factible, el tribunal acordará que se notifique a la clase la propuesta presentada así como que se celebre una nueva audiencia denominada *fairness hearing*, la cual es de carácter más formal y que constituye la segunda fase del procedimiento de aprobación del acuerdo. Esta audiencia tiene por objeto la determinación de si la propuesta resulta efectivamente equilibrada y razonable. En ella, los miembros ausentes de la clase podrán presentar argumentos y pruebas en contra de la aprobación del acuerdo.

De aprobarse el acuerdo, el tribunal procede a autorizar el *settlement* mediante un *consent decree*, al tiempo que dicta una resolución de rechazo de las pretensiones del actor y procede a identificar a los miembros de la clase. Sólo tienen legitimación para apelar la aprobación del acuerdo, quienes adquieran formalmente la condición de parte en el proceso⁶⁰.

B. Brasil

Carece de regulación para aprobar acuerdos entre las partes en la acción colectiva, lo cual obedece a que, en general, el promedio de arreglos en Brasil es casi insignificante.

Los representantes de grupo en las acciones colectivas norteamericanas negocian agresivamente con la parte contraria. Ellos pueden y hacen concesiones sustanciales y pueden renunciar parcial o totalmente a los derechos de los miembros ausentes del grupo. En comparación, las facultades del representante del grupo en la acción colectiva brasileña son muy limitadas. Puesto que los derechos no pertenecen a los representantes, sino al grupo en su conjunto, el actor no puede libremente disponer de los mismos (derechos inalienables). En consecuencia, los representantes tienen permitido solamente hacer concesiones limitadas sobre la forma en que el demandado ajustará su conducta a la ley; por ejemplo, respecto al tiempo y lugar⁶¹.

⁶⁰ Cfr., López, Sánchez, Javier, *op. cit.*, nota 45, pp. 113 - 126.

⁶¹ Cfr., Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 42.

C. España

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene disposición general —más no exclusiva para los procesos colectivos— en relación con la conciliación que se lleva a cabo en la etapa de *audiencia previa al juicio*; de tal suerte que, tal disposición podría ser aplicada para los litigios en que se ejerciten acciones colectivas.

D. Argentina

La Argentina contiene disposición especial en relación con la conciliación como medio de terminación anticipada de la acción colectiva ejercida en defensa y protección del consumidor.

En ese país, para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se “expida” (pronuncie) respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso (artículo 54 de la Ley de Defensa y Protección del Consumidor).

E. Conclusión del acuerdo o conciliación, como medio alternativo de solución de procesos colectivos

Desde el punto de vista del derecho comparado, los medios alternativos para concluir anticipadamente los procesos colectivos, representan una bondad del sistema judicial, siempre que exista una sofisticada regulación que modere la transacción entre las partes y el tribunal verifique que la propuesta sea equilibrada, razonable y adecuada (como en el sistema norteamericano).

Además, resultaría una fortaleza que en el camino para llegar a la conciliación, se permita dejar a salvo los derechos tanto de los ausentes, cuando el sistema se rija bajo el mecanismo de autoexclusión (*opt out*) como de quienes hubiesen manifestado su inconformidad con el acuerdo conciliatorio.

VIII. Gastos y honorarios: ¿incentivo para el ejercicio de acciones colectivas?

Gidi reconoce que en el tema de los honorarios de los abogados, existen múltiples

cuestiones de carácter político, económico, procesal, ético y pragmático que han dado lugar a fuertes polémicas y discusiones, no sólo en los procesos sino también en la doctrina, pero hay que admitir que, dada la naturaleza de las acciones colectivas, los honorarios de los abogados (sobre todo de aquéllos que representan a la colectividad) no pueden ser dejados en el ámbito de la libre voluntad contractual entre el abogado y sus representados, como tampoco sería posible que en la práctica negociara sus honorarios en proporción del monto de la materia de la acción colectiva, de manera que es algo que según Gidi debe ser decidido por el juez de la causa.

En su libro “Las *class actions*” Gidi enuncia un cúmulo de parámetros que pueden normar el criterio del juzgador a la hora de establecer y controlar los honorarios del abogado⁶².

Parece que el tema de los honorarios de los abogados supondrá la necesidad de que el juzgador sopesa todos los factores comentados por Gidi; desde el punto de vista de quien esto suscribe, el juzgador no debe incurrir en el error de cuantificar los honorarios de los abogados en función de la amplitud y número de los escritos que presenta durante el proceso, pues esto abonaría en la indebida práctica de premiar la costumbre de presentar largos y farragosos libelos.

Antes bien, el juzgador puede apreciar y premiar incluso a través del control de los honorarios al abogado claro y conciso que actúa de manera oportuna y pertinente; lo cual contribuiría -si el juez se lo advierte así oportunamente al litigante- no sólo desincentivaría prevaricatos, sino que sentaría las bases de mejores prácticas conformes a la cultura de la legalidad.

Los honorarios, en principio, pueden ser negociados entre el cliente y el abogado, sin embargo en este tipo de causas el juzgador como parte de las facultades que tiene para controlar la defensa adecuada del portavoz de la acción colectiva, puede revisar aquel acuerdo de voluntades y ajustarlo racionalmente en función de las actitudes y conductas procesales asumidas por el abogado durante el proceso.

No parece justo que los miembros de la colectividad resientan la disminución de su haber indemnizatorio para pagar los honorarios del abogado, pero si se parte de la idea de que el buen éxito del proceso y de la eventual condena se debe a la actuación atingente y leal del abogado, no podría considerarse un abuso que, si la colectividad está de acuerdo, sus honorarios sean cubiertos con el monto de la condena en una proporción justa, lo cual en modo alguno puede estimarse como un abuso por parte del abogado.

En Estados Unidos el principio general del derecho en materia de gastos procesales es que cada parte debe hacer frente a los gastos que el proceso le ha ocasionado,

⁶²Cfr., Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 16, pp. 361 a 390.

sin posibilidad de resarcirse aunque se obtenga un pronunciamiento favorable. Sin embargo, en materia de *class action*, cuando la estimación de la acción da lugar a una indemnización a la clase y el condenado es obligado a constituir un fondo patrimonial para atender a las indemnizaciones, los tribunales aplican la doctrina del *common-fund*. Esta doctrina responde a una práctica tradicional de los tribunales de *equity*, según la cual el abogado que recobra un fondo dinerario en beneficio no sólo de su cliente, sino de otros, tiene derecho a devengar unos honorarios razonables respecto del fondo como un todo y no sólo respecto de su cliente⁶³.

La interrogante que se debe formular es, si en realidad la posibilidad de recuperar los gastos procesales son un incentivo para la tutela de derechos colectivos, o bien, si los abogados pueden “usar” a la acción colectiva como medio de enriquecimiento.

Tan sólo, por ejemplo, llama la atención el caso *Boeing Company vs. Van Gemert*; se presentó una acción de clase en nombre de los titulares de bonos de deuda emitidos por aquélla, por infracción de las normas de títulos valores al no haberles dado una comunicación adecuada de la posibilidad de la conversión de los bonos en acciones de la compañía. La acción fue estimada y se condenó a Boeing a pagar una suma de más de tres millones de dólares en concepto de principal y más de dos millones de dólares de intereses. Los honorarios de los abogados deberían satisfacerse a partir del fondo patrimonial que Boeing debía depositar, gravándose a cada miembro de la clase con una detracción en concepto de honorarios proporcional a la cantidad que le correspondiese al fondo. Los abogados presentaron sus honorarios que ascendían a dos millones de dólares.

Esto es, la doctrina del *common-fund* aumenta notablemente los honorarios de los abogados. Se explica así la desconfianza que despierta la actuación de los abogados especializados en *class actions*⁶⁴.

IX. La legislación mexicana: retos que impone a la judicatura

Con base en las notas jurídicas extraídas de los distintos modelos extranjeros analizados, es factible sostener —como ya se sugirió en el título del tema que se aborda en este trabajo de investigación— que la construcción jurisprudencial de la tutela efectiva de los derechos humanos, a través del método del derecho comparado, es la clave del éxito de las acciones colectivas en México.

Para ello, se hace necesario poner de manifiesto cuáles son las fortalezas, y bondades de la acción colectiva en México; eso de un lado, y de otro, las debilidades,

⁶³ Cfr., López Sánchez, Javier, *op. cit.*, nota 45, pp. 53 - 54.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 55.

deficiencias y peligros, riesgos o amenazas de su regulación. De manera que, con el propósito de facilitar la comprensión sobre el tema en estudio, enseguida se agrupan en dos, los aspectos positivos en un lado y de otro los negativos, empezando por éstos.

A. Aspectos negativos

1. Materias. Se reguló sólo en materia de consumidores de bienes o servicios (públicos o privados) y en materia de medio ambiente. Aunque la reforma constitucional representa un avance en la protección de la tutela colectiva, lo cierto es que la legislación que la regula restringe otro derecho fundamental: la tutela judicial efectiva de otra gama de derechos humanos de ejercicio colectivo, como en materia de seguridad social, vivienda, patrimonio común de la humanidad, al desarrollo social, a la paz, entre otros.

Esta debilidad representa una oportunidad para que, sin menoscabo del juicio de amparo colectivo, a través del control difuso de convencionalidad y la aplicación de los principios de interpretación conforme y pro persona, se emitan precedentes judiciales que posibiliten acceder a la jurisdicción para reclamar ese tipo de derechos en forma colectiva y así evitar la restricción del acceso a la jurisdicción, mediante su indebido confinamiento a los derechos de los consumidores y en materia de medio ambiente.

2. Conceptos. Se clasifican las acciones colectivas en: acción difusa, acción colectiva en sentido estricto y acción individual homogénea, dando un concepto o definición de cada una de ellas con base en la naturaleza divisible o indivisible del derecho.

En el terreno práctico, representa un peligro, riesgo o amenaza para la tutela eficaz del interés colectivo la clasificación de los derechos en acciones, pues quedaría en la discrecionalidad del juzgador encuadrar la pretensión deducida por la clase, en cualquiera de las tres hipótesis expresadas por el legislador.

Lo importante no es identificar si el derecho es divisible o indivisible, sino identificar que el vértice fundante de la pretensión de los miembros de la clase, de tal manera que, como en los Estados Unidos coincida en una base o cuestión común, ya sea de hecho o de derecho, con la finalidad de que la acción tenga cabimiento en la forma colectiva; sin llegar al extremo de exigir que esa cuestión sea “idéntica”, pues así se limitaría e incluso eliminaría a la acción colectiva; situación en la que se irá avanzando a través de los precedentes judiciales.

3. Prescripción. Establecer un plazo de prescripción, de suyo, pone en riesgo el objetivo de la reforma constitucional en materia de acciones colectivas, tanto más si

ese plazo se reduce a tres años seis meses, el cual correrá a partir del día en que se cause el daño, lo cual plantea dos problemas, el primero relacionado con la circunstancia de hecho sujeta a prueba que ha de marcar el inicio del cómputo de dicho plazo y, el segundo, relativo a restringir ese plazo a un término ínfimo si se toma en cuenta que muchas de las afectaciones colectivas, como sucede con la materia ambiental o de salud, causan materialmente el daño en un momento incipiente e indeterminado pero que manifiestan sus efectos nocivos muy a la postre.

Aquí es menester tener en cuenta que, la figura de la prescripción comporta una garantía de protección al principio de seguridad jurídica y certeza judicial para que el posible deudor no se halle indefinidamente a merced del acreedor para responder en cualquier momento a pesar del amplio tiempo transcurrido, lo cual se soporta, a su vez y, en el otro extremo, en la eventual presunción del manifiesto desinterés del acreedor en reclamar la indemnización dado el amplio transcurso del tiempo entre la causación del daño y el momento en que se ejerce la acción colectiva.

Si la prescripción salvaguarda la seguridad jurídica parecería sensato, a partir de un ejercicio de interpretación en la materia establecer que, dicho plazo, si bien, por regla general ha de correr desde que el daño es causado, no menos cierto será que, ante la eventual imposibilidad de determinar el momento en que dicho daño ocurrió habrá de considerarse como momento de inicio aquél en que la víctima o comunidad cobre conciencia del daño sufrido y su posible causa.

4. Legitimación. En el rubro de legitimación, la exigencia de que *existan al menos treinta miembros en la colectividad en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas*, supondrá la necesidad de verificar desde una perspectiva tendente a la tutela judicial uno de dos ejercicios de interpretación jurisdiccional (o ambos) que pueden explorarse.

El primero tendrá que ver con la interpretación del enunciado de *existencia de treinta miembros de la colectividad* cuyo sentido conforme y pro persona no necesariamente habrá de colmarse mediante la auténtica manifestación expresa de treinta personas dentro del escrito que contenga la instancia de la acción colectiva, sino que tal requisito bien podría sortearse en función de un análisis integral de la narrativa fáctica de la demanda (como se hace en los Estados Unidos), de la cual bien pudiera extraerse desde una perspectiva de verosimilitud y probabilidad que, con una muy alta probabilidad podrían ser más de treinta los miembros (sino es que muchos más) de la colectividad eventualmente afectada. Sin que esto afecte ni inmiscuya el tema de la adhesión a la acción conocida como fórmula *opt in* pues ésta se vincula propiamente con los efectos de la condena y, este análisis sólo se circunscribe a la legitimación para efectos de la procedencia o admisión del juicio colectivo a trámite.

O bien, y desde otra perspectiva, llevar a cabo un análisis cuidadoso del tipo de acción del caso, para discernirla de la *colectiva en sentido estricto* o de la *individual homogénea* en aras de ubicarla en distinta hipótesis como podría ser la acción difusa.

5. *Opt in y opt out*. En México se eligió la técnica del *opt in*, lo cual representa una debilidad para que se cumpla con el objetivo que se procura, esto es, tutelar eficazmente el derecho a la acción colectiva, pues provoca que el grupo permanezca pequeño y la condena no se corresponda con la extensión de los efectos del hecho ilícito.

A este respecto será importante que el juzgador discierna que el eventual rechazo de la instancia a tiempo bien podría tener un efecto de transparencia y acceso a la información que, en una posterior demanda o instancia podría concitar la participación de una colectividad de mayor alcance que la original.

6. Cosa juzgada. La regulación es deficiente en relación con los alcances y los límites de la cosa juzgada, pues sólo establece que la sentencia no recurrida tendrá esos efectos.

Se explicaría esa deficiencia, porque los miembros ausentes del grupo pueden adherirse posteriormente a que la sentencia haya causado estado, pero deberán probar en la vía incidental el daño causado y sólo contarán con un año para ejercer el cobro del daño, contado a partir de que el juez determine el monto a liquidar.

Lo anterior muestra una debilidad de la acción colectiva en México, pues resulta una doble carga para los miembros del grupo que hubieren estado ausentes hasta antes de la sentencia; primero, enterarse de que se llevó a cabo un proceso colectivo donde se dictó una sentencia condenatoria; y segundo, promover en la vía incidental el cobro del daño, donde tendrá la carga de acreditar que sufrió un daño y el importe del mismo. Todo lo cual pudiera evitarse a partir de la descalificación de la cosa juzgada cuando es manifiestamente fraudulenta como así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos donde el Estado parte demandado a simulado juicios para blindar a sus élites políticas contra responsabilidades internacionales en la materia⁶⁵.

⁶⁵En lo que toca al principio non *bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia 162. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” 163. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*. Cfr. punto 154 de la sentencia *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B. Aspectos positivos

1. Poderes de supervisión del juez. El juez tiene amplias facultades oficiosas para vigilar que la representación sea adecuada.

2. Legitimación a organismos públicos y privados. Se otorgó legitimación a diversas entidades públicas⁶⁶ y a asociaciones civiles sin fines de lucro, así como a un representante común de la colectividad a quien se le impone como condición que la colectividad esté conformada por al menos treinta miembros.

3. Pruebas para mejor proveer. Se posibilitó que los jueces se alleguen de pruebas para mejor proveer, lo cual convierte al juez en un participante activo de la controversia y no sólo en un espectador. Incluso, puede allegarse de elementos aportados por terceros ajenos al procedimiento, en calidad de *amicus curiae*.

4. Nulidad. Puede declararse la nulidad de las actuaciones viciadas por cuestión de representación fraudulenta, incluso después de dictada la sentencia.

5. Conciliación. Se permite la terminación anticipada de la controversia mediante convenio judicial. Sin embargo, es importante que, a través de los precedentes judiciales, se imponga a los jueces que conozcan de las acciones colectivas, que verifiquen que la propuesta sea equilibrada, razonable y adecuada, como se acostumbra en el sistema norteamericano.

6. Medidas cautelares. Se establecieron medidas precautorias para el efecto de que cesen los actos que estén causando o pueden causar un daño inminente e irreparable para la colectividad; para realizar actos o acciones que por omisión haya causado un daño; o bien, para retirar del mercado o asegurar los instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable. Aunque también se deja una cláusula abierta al juez, para ordenar cualquier otra medida precautoria.

Estos son algunos aspectos que representan fortalezas, debilidades, riesgos o amenazas para la acciones colectivas en México, pero que definitivamente imponen un reto a la judicatura federal para que, a través de la jurisprudencia, con base en el método de derecho comparado, se puedan aprovechar las fortalezas y, a la vez, subsanar las debilidades para transformarlas en oportunidades, con la finalidad de obtener en el menor tiempo posible la tutela efectiva de los derechos colectivos, lo cual no afectaría ni colapsaría el sistema, sino por el contrario, lo que se persigue es promover, respetar, proteger y garantizar la plena eficacia de la tutela judicial de derechos colectivos.

⁶⁶La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia; y la Procuraduría General de la República.

Referencias

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Ríos Ferrer, Ricardo, et al., *Las acciones colectivas en América Latina: un informe sobre las leyes vigentes, propuestas e iniciativas legislativas*, María Benavides, Jaime Murillo y Raúl Alfaro (trads.) consultado en el sitio www.ijf.cjf.gob.mx.

Gidi, Antonio, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva Dos Direitos*, Brasil, Editora Revista Dos Tribunais, 2007, (Revista Electrónica).

“Cosa juzgada en acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

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

“El concepto de acción colectiva”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.

“Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”. México, UNAM, 2004.

“Las acciones colectivas en los Estados Unidos”, en *Procesos colectivos. La tutela de los Derechos Difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). México, Porrúa 2004, Segunda Edición.

“Litispendencia en acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2a. ed., México, Editorial Porrúa,

Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

“A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta”, *Revista de Processo*, Vol. 108, No. 61, 2002.

“*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil*”, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, 2004.

Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo, A codificação das ações coletivas no Brasil, Brasil, Editora Forense, 2008.

The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries (Le Code de L'Action Collective: Un Modèle Pour Les Pays De Droit Civil), Closset-Marchal & Compernelle, 2008.

Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Argentina, Ediar, 2005.

González, Oropeza, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Jurisdiccional*, México, Porrúa, 2009.

La jurisprudencia: su conocimiento y su forma de reportarla, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

López Sánchez, Javier, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, España, Editorial Comares, 2011.

Meroi, Andrea A., *Procesos colectivos, recepción y problemas*, España, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, España, Marcial Pons, 2002.

Las acciones colectivas en México

Armando Cruz Espinosa*

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes en México hasta la reforma constitucional y legal. III. Cuestiones derivadas de la reforma constitucional y legal. IV. La regla de reconocimiento de los intereses difusos y colectivos como derechos humanos. V. Conclusión.

I. Introducción

Elementos base

1. Concepto

Se estima pertinente establecer un marco conceptual de las acciones colectivas pues tales aspectos servirán de referente para identificar a esa clase de acciones y para mostrar cómo en México, aunque se carecía de una regulación específica, la realidad social generada por la complicación de las relaciones jurídicas, dio lugar a su ejercicio y a su reconocimiento en sede jurisdiccional.

Ante casos paradigmáticos, los tribunales han emitido fallos relevantes para la tutela de intereses colectivos. En las sentencias se han precisado algunos elementos de las acciones colectivas, como la clase de derechos objeto del proceso o los efectos de la cosa juzgada. Varios de esos aspectos actualmente son regulados en la reforma del Código Federal de Procedimientos Civiles del 2011 sobre acciones colectivas aunque la reforma tiene severas deficiencias, constituye al menos un piso o mínimo legal de regulación de esa clase de acciones.

Las premisas que se pretenden fijar servirán también como nota referencial para identificar los derechos en juego en esa clase de pretensiones. Respecto de esos derechos trataré de establecer una regla de identificación de las acciones colectivas. Esto a partir de la comparación de los intereses difusos, colectivos o individuales homogé-

* Magistrado del Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

neos como derechos humanos.

Pues bien, es conveniente precisar que el concepto de acciones colectivas utilizado en la doctrina no corresponde, en principio, al concepto de acción como derecho subjetivo público —autónomo del derecho materia de la controversia— que tiene el gobernado frente al Estado, para exigir de éste el ejercicio de la potestad pública a efecto de resolver las controversias entre particulares, hasta la ejecución coactiva del fallo respectivo. Más bien, el concepto acciones colectivas es utilizado como sinónimo de medio o instrumento para deducir pretensiones. Como lo explica Gidi, es extremadamente complicado establecer un concepto sistemático de dicha figura jurídica, aunque uno de sus caracteres de identidad es que sirve para la defensa de los derechos supraindividuales o individuales homogéneos. Esta nota distintiva no es la única característica de las acciones colectivas y sería un error definirla —dice Gidi— con sólo ese elemento. No obstante, la tutela de los referidos derechos colectivos, difusos o individuales de incidencia colectiva es el objeto de la acción y de ellos toma su nombre.

Para establecer el concepto de acciones colectivas no deben desligarse los factores de la representación —con las modalidades que pueden darse— y los alcances de la cosa juzgada vinculante a todo el grupo.

Tampoco debe soslayarse que la necesidad de las acciones colectivas derivó de la evolución social, por la complejidad de las relaciones de producción, de intercambio y consumo de masa que conlleva la generación de conflictos colectivos. La necesidad de protección jurisdiccional de los intereses afectados por esa clase de “violaciones masivas”, como las identificó Mauro Cappelletti, evidenció la ineficacia de acciones individuales y la necesidad de instrumentos de tutela jurisdiccional adecuadas.

La afectación de intereses colectivos se hizo más evidente en cuanto se advirtieron los derechos humanos identificados como de segunda y tercera generación —aunque actualmente es cuestionada esta clasificación— como los derechos al medio ambiente, a la salud, a la seguridad social, a la educación, a la no discriminación, o a no ser afectado por la publicidad comercial engañosa. Los derechos de naturaleza colectivos o difusos, al ser vulnerados, generan intereses de esa clase, para cuya protección los medios de resolución de conflictos tradicionalmente individualistas no son efectivos.

En ese contexto, las acciones colectivas son identificadas como instrumentos jurisdiccionales rediseñados y ajustadas para la solución de conflictos, donde se involucran derechos colectivos, difusos o de individuales incidencia colectiva. Una de las definiciones más aceptadas es la proporcionada por Antonio Gidi, quien explica que “una acción colectiva es la acción promovida por un presentante (legitimación

colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”.

De ahí deduce dicho autor que los elementos esenciales de estas acciones son la legitimación, la existencia de un derecho supraindividual y el efecto general de la cosa juzgada. Más ampliamente nos expone que la acción colectiva es intentada por un representante, al que se reconoce legitimación para defender un derecho colectivamente considerado, derecho que luego identifica como el objeto del proceso, mismo que al ser reconocido y declarado a favor del grupo alcanzará a todas las personas que lo conforman en su condición de sentencia inmutable.

Este concepto toma referentes importantes de las *class actions* norteamericanas, las cuales, son concebidas como un medio para lograr la reparación o compensación de los daños causados o para prevenir los futuros a favor de un grupo o clase de personas. Tienen la particularidad de que pueden ser ejercidas por un sujeto del grupo o por quien asuma su representación. A la acción de clase se concibe como una de tipo representativa, en la medida en que el interés de cada uno de los afectados está representado ante la justicia. Representación que es autodesignada por el demandante nominado.

Gidi nos ilustra al explicar que la acción colectiva tiene su origen en estudios realizados por juristas italianos como Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vogiriti, realizados precisamente sobre las *class actions* norteamericanas, cuyos estudios fueron seguidos por juristas brasileños (como Juan Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover y Waldemar Mariz Oliveira junior). No obstante, dada las diferencias que existen en los sistemas de los procedimientos civiles norteamericano y el brasileño, aquellas han sido adaptadas al sistema del *civil law*. Unas de las principales distinciones radican en la legitimación. En Brasil sólo se reconoce a algunos entes, según la previsión legal, no es una representación autodesignada, otra distinción es que no se exige la certificación de la acción. Pese a todo, lo relevante es que la concepción de las acciones colectivas abreva de las *class actions*, pero se han ido moldeando para adecuarlas a los respectivos regímenes jurídicos que existen en América Latina.

El problema de la legitimación estriba en resolver la cuestión de a quién se debe dar la facultad de ejercer la acción de tutela en sede jurisdiccional. Las soluciones son variadas, se admite por ejemplo, la legitimación de los propios miembros del grupo o clase afectada, a entes privados como las organizaciones no lucrativas que tengan por objeto la defensa de derechos colectivos —como las asociaciones no gubernamentales ecologistas o de derechos humanos— organismos públicos —el ministerio público, los de protección del medio ambiente, de los consumidores, entre otros— o a los entes autónomos.

Como el titular de los derechos afectados es la propia comunidad o el grupo ligado por un nexo común, no deben ser excluidos los directamente lesionados de la legitimación. No obstante, ninguna de las formas debería excluir las otras, pueden coexistir. Los sujetos legitimados pueden ser simultáneamente varios. Lo relevante es que los afectados estén debidamente representados. La adecuada representación es clave para lograr el objeto de las acciones colectivas: la tutela de los derechos colectivos o individuales homogéneos.

El modelo de acción colectiva se ha adoptado, en lo general, en México. Primero en la reforma del artículo 17 de la Constitución (Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación [DOF] el 29 de julio 2010) al prever en lo esencial y en el contexto del derecho fundamental de acceso a la justicia, que el Congreso deberá expedir las leyes que regulen las acciones colectivas, determinando las materias de aplicación, los procedimientos de reparación del daño y determina la competencia en los jueces federales. Luego, con la reforma del Código Federal de Procedimientos Civiles (Decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011). En la ley procesal se definen las acciones colectivas, su objeto, la representación, los efectos de la cosa juzgada, el procedimiento, las pruebas, las medidas preventivas, etc.

Conforme con esas características, puedo entender a las acciones colectivas como los medios jurisdiccionales para la solución de conflictos que afectan derechos de naturaleza difusa, colectiva o individual homogénea. El fin u objeto de esas acciones es la reparación de daño causado o la vinculación a hacer o dejar de hacer determinadas conductas para evitar ese daño, mediante un fallo que vinculará a todo ese colectivo.

A su vez, los intereses colectivos difusos e individuales homogéneos se identifican por derivar de la violación de derechos supraindividuales, que pertenecen a una colectividad, o bien, que aun siendo subjetivos individuales tienen una incidencia colectiva, grupal o de clase, en el cual los afectados están ligados por un nexo jurídico o fáctico común. Sobre los conceptos de estos derechos, Gidi dice que es incorrecta la afirmación de que los titulares son personas indeterminadas, en su opinión, es más apropiado establecer que la titularidad de esos derechos es el grupo o categoría o clase de personas víctimas e indivisiblemente consideradas, lo indeterminado es cuáles de esas personas son las afectadas y conforman la comunidad de víctimas, pero no la colectividad como titular del derecho. Esos derechos son condición necesaria para deducir la correspondiente pretensión de tutela a través de la acción colectiva.

2. Objeto o fin

El objeto o fin de las acciones colectivas es, por un lado, la defensa y protección de

los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos para reparar los daños causados o indemnizarlos y por otro, la prevención de daños futuros a esos derechos mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer determinadas conductas. Por tanto, la acción puede deducirse no sólo cuando exista el daño, sino incluso también, cuando no se ha producido, aun cuando sólo se pretende una medida para inhibir la conducta de riesgo.

Sin embargo, Gidi asume que pueden ser múltiples los objetivos que se lograrían con las acciones colectivas, pero explica que pueden agruparse en tres grandes grupos: la economía procesal, el acceso a la justicia y la aplicación voluntaria y autorizada del derecho material.

El objetivo más inmediato de las acciones colectivas, explica dicho autor, es permitir la solución de los conflictos de manera efectiva y con economía procesal, ahorrando tiempo y dinero, al evitar una multiplicidad de acciones individuales que podrían derivar para resolver una misma controversia, se trata de una opción mucho más económica y menos desgastante. Aun cuando, las acciones colectivas son más caras, complejas, demandan más tiempo y trabajo, la economía procesal que generan tiene que ver con la concentración de los reclamos y en la decisión única del litigio, aspectos que no se logran con las acciones individuales.

El otro objetivo es asegurar el acceso efectivo a la justicia de esa clase de pretensiones que difícilmente podrían ser tuteladas en las acciones tradicionalmente individuales, que en la práctica no son aptas para lograr la protección de los intereses colectivos, difusos o individuales homogéneos, sobre todo cuando se trata de centenares o millares de personas afectadas por una misma situación. En estos casos, la tutela judicial es efectiva en tanto permite acceder a la justicia, en un solo proceso y con una sola sentencia.

Gidi explica que el tercer objetivo de las acciones colectivas es la realización efectiva del derecho material y promover las políticas públicas del Estado, lo cual se logra de dos formas; una, mediante la declaración judicial que corrige la situación irregular o ilícita que causa el daño al derecho colectivo, difuso o individual homogéneo, y otra, promoviendo socialmente el cumplimiento voluntario del derecho, pues desestimula la práctica de conductas ilícitas, por la amenaza de condena que puede representar una sentencia de la acción colectiva.

3. Introducción al estado de la cuestión en México

Aunque hemos estado en vías de desarrollo desde hace mucho tiempo, no hemos escapado a los fenómenos que han dado lugar a los conflictos colectivos. Tales afec-

taciones se deben a múltiples factores, como la explosión demográfica, el abuso de los derechos sociales, los daños provocados por el incremento de las relaciones de producción y las económicas, los daños del medio ambiente, etcétera.

El régimen jurídico nacional ha tenido en cuenta sólo los derechos individuales —modelo paradigmático de la ilustración racionalista, que ponía al individuo como el centro de las relaciones sociales— y el modelo de solución de conflictos responde a esa visión. No se habían incluido las acciones colectivas ni un procedimiento adecuado para su trámite.

Paulatinamente se han emitido disposiciones jurídicas para la tutela de derechos sociales o de grupo, algunos reconocidos desde la Constitución de 1917, por ejemplo, los derechos agrarios y laborales. Para estos derechos se previeron garantías procesales, aunque no denominadas expresamente como acciones colectivas. Sólo en tiempos recientes, en materia de consumidores y del medio ambiente, se han instituido acciones parecidas a las colectivas.

Esto es, en México la tradición jurídica no ha abarcado a las acciones colectivas, no se ha tenido un desarrollo normativo de ellas; la teoría procesal y actividad jurisdiccional ha sido de corte individualista. El ordenamiento jurídico procesal sigue regulando primordialmente el modelo decimonónico de los derechos. La necesidad obligó a las reformas constitucional y legal para reconocer las acciones colectivas implementar un instrumento con características propias —elementos, bases y efectos— que permita la eficaz tutela judicial de esa clase de derechos.

Tampoco ha existido una doctrina fructífera en el estudio de las acciones colectivas, uno de los pioneros en su estudio fue Lucio Cabrera Acevedo, quien las estudió y explicó que el juicio civil no está dado para su adecuada protección; además realizó estudios de esos intereses en defensa del medio ambiente y promovió el reconocimiento del concepto de interés legítimo para el amparo administrativo.

En los siguientes capítulos se expondrá la situación en México antes y después de las reformas. Finalmente, trataré de establecer una regla útil para la identificación de los interés colectivos, difusos e individuales homogéneos como derechos humanos.

II. Antecedentes en México hasta antes de la reforma constitucional y legal

1. Contexto constitucional

El artículo 17 y su interpretación jurisprudencial. Como se explicó, en nuestro país, no se había legislado para reconocer expresamente a las acciones colectivas, ni para

diseñar un procedimiento judicial eficaz en la tutela de los derechos colectivos, difusos o individuales homogéneos. La legislación mexicana ha estado primordialmente orientada a la protección de los derechos en su dimensión individual.

Aun cuando el artículo 17 constitucional siempre ha reconocido el derecho a la tutela jurisdiccional, en un inicio se vio simplemente como una directriz o como una obligación del Estado de administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, sin un correlativo derecho de los gobernados. No obstante, otra intelección favoreció su entendimiento como una verdadera prerrogativa del gobernado. Mantilla Molina explicó que dicho artículo sí concede a los gobernados un derecho a que el Estado sea quien deba decidir una controversia cuando la persona acuda ante él a someter un conflicto de intereses, sin que dicho órgano pueda dejar de hacerlo y emitir un fallo imparcial que administre justicia. Actualmente nadie cuestiona que el artículo 17 reconoce el derecho fundamental y humano de la tutela judicial efectiva.

En su texto original (Constitución de 1917), el artículo 17 se conformaba de un párrafo que preveía la prohibición de hacerse justicia por propia mano y que los tribunales estarían expeditos para administrar justicia pronta y gratuita. Ese texto se mantuvo sin modificación hasta 1987 cuando se realizó la primera reforma, para reconocer expresamente que la impartición de justicia es un derecho de las personas. La segunda reforma fue en el 2008 e introdujo mecanismos alternativos de solución de conflictos, juicios orales y servicios gratuitos de la defensoría de oficio. La tercera reforma se dio en el 2010, y agregó un tercer párrafo para reconocer a las acciones colectivas.

Aunque fue hasta esa tercera reforma que se hizo referencia expresa a las acciones colectivas, lo cierto es que el artículo 17 constitucional no las excluía, ni había prohibición alguna para regularlas en la ley ordinaria. En esa medida, no había impedimento material ni legal para deducir acciones colectivas ante los tribunales, como una modalidad de los medios disponibles— pese a su corte individualista— para ejercer el derecho autónomo subjetivo público de acción. Incluso hubo casos en los tribunales que pueden bien calificarse como acciones colectivas por involucrar derechos supra individuales o intereses individuales homogéneos.

2. Ausencia de una legislación marco de las acciones colectivas

No obstante que las leyes (salvo en materia de consumidores y de medio ambiente) no regulaba expresamente a las acciones colectivas, si entendemos que éstas son instrumentos jurisdiccionales para tutelar derechos difusos, colectivos o individuales de incidencia colectiva; entonces, podemos afirmar que las acciones colectivas sí estaban

insertas, aunque poco y mal reguladas, en distintas normas del régimen jurídico nacional.

Algunos de los casos ejemplificativos que expondré para demostrar la aseveración anterior son medios administrativos de defensa de los derechos colectivos o difusos. En esos supuestos, las resoluciones que en esas instancias se emiten pueden ser revisables en sede jurisdiccional, lo cual llevaría a los tribunales pretensiones de carácter colectivo. Otros ejemplos sí son propiamente acciones colectivas.

3. Identificación de acciones colectivas y populares en la legislación mexicana antes de la reforma constitucional de 2010 y la legal del 2011

A. En materia agraria

Desde su origen (1917) en el artículo 27 constitucional se reconocen a los derechos agrarios como de naturaleza colectiva, en tanto corresponde precisamente a las comunidades agrarias y ejidales, sobre el uso y aprovechamiento común de la tierra, que también tienen incidencia individual cuando se trata de la parcela o porción individual o el predio urbano asignados al miembro de esos grupos.

Los derechos agrarios siempre se han reconocido como colectivos o sociales y se previeron acciones colectivas para la defensa de los bienes comunes o del ejido o de los derechos parcelarios individuales de incidencia colectiva, si se trataba de los derechos individuales de sus integrantes. Los juicios que instan las comunidades agrarias, los ejidos o los grupos de población son acciones colectivas, incluso así se les reconoció en jurisprudencias, distinguiéndolas de las acciones individuales. De esa clase de juicios se ha aceptado la legitimación de los órganos representantes de esos entes o incluso de los integrantes en lo individual, de manera excepcional, para ejercer acciones en defensa de los derechos comunes. Las sentencias que en ellos se emiten protegen los derechos colectivos o comunes.

B. En materia de trabajo

Los derechos laborales han sido ampliamente reconocidos como sociales de incidencia individual si se refieren exclusivamente al trabajador y repercuten en su esfera particular, o colectiva cuando se trata de las condiciones generales de trabajo, de su defensa o de la clase trabajadora —bien de una fuente de trabajo o de una rama de la industria—. En este último caso, los derechos tienen una incidencia colectiva,

por ende, los intereses involucrados son de orden colectivo. Así, en esta materia, las acciones deducidas ante los tribunales laborales se han calificado como individuales o colectivas. En jurisprudencia de la Suprema Corte se explican ambas acciones, según se trate de proteger derechos subjetivos de un trabajador —intereses individuales— o de los pertenecientes al grupo de trabajadores —intereses económicos colectivos— o si se afectan las condiciones generales de trabajo, para cuya defensa se legitima a los sindicatos o al grupo de trabajadores o patrones.

C. En materia de consumidores

En ese rubro es donde encontramos la mayor regulación legislativa de las acciones colectivas antes de la reforma constitucional y legal en la materia, pues se preveía su ejercicio y se legitima a la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO o procuraduría) para deducir acciones en defensa de los intereses de los consumidores.

Desde 1975, en la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) se establecía (fracciones II y III del artículo 59), que la PROFECO tenía entre sus atribuciones las de representar colectivamente a los consumidores, previo mandato. La representación operaba tanto frente a los proveedores o prestadores de servicios, como ante autoridades jurisdiccionales, para defenderlos cuando advirtiera una afectación a los intereses de ese colectivo. Así, dicho organismo podía deducir acciones de nulidad de las cláusulas de prestaciones desproporcionadas o inequitativas para los consumidores o de las cláusulas leoninas de los contratos de adhesión (artículo 63). Las acciones judiciales que podía ejercer eran de la competencia federal (artículo 58) y se radican en juicios civiles ante Juzgados de Distrito.

En 1983 se produjo una reforma al artículo 28 de la Constitución, para establecer que la ley protegería a los consumidores y propiciaría su organización para el mejor cuidado de sus intereses. En la misma disposición se ordenó al legislador ordinario prever las bases normativas para reconocer el derecho de los consumidores a organizarse y regular los medios para la tutela de sus intereses de grupo o colectivos.

La reforma generó que en 1992 se promulgara una nueva LFPC en la cual se amplían las protecciones de los consumidores, teniendo como referente primordial la equidad y la seguridad jurídica de las relaciones de consumo. La defensa y representación de ese grupo se asigna a la procuraduría para ejercerla mediante acciones individuales o de grupo ante autoridades jurisdiccionales o administrativas (artículo 24). A través de esas pretensiones se puede demandar el reconocimiento de los daños causados a los consumidores y obtener una condena para su reparación. En la indemnización podrían sumarse todos los afectados por el proveedor, vía incidental,

demostrando su pertenencia al grupo y el monto de su menoscabo. La PROFECO podía deducir también acciones preventivas de esos daños (artículos 24 y 26).

Una posterior reforma a esa ley se produjo mediante decreto del 4 de febrero de 2004, para suprimir del artículo 26 la exigencia del mandato previo, se fijó el límite mínimo del 20% en la indemnización de los daños y perjuicios, también exoneró a la procuraduría de otorgar garantía alguna.

D. En materia ecológica

El derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho humano de naturaleza colectiva y/o difusa, en tanto corresponde a todas las personas por igual. No obstante, según la afectación del derecho podemos hablar de intereses colectivos o difusos. De este modo, si el daño se focaliza en una zona específica puede identificarse como afectado a un colectivo o grupo determinado o determinable, dando lugar al interés colectivo. En cambio, si esa afectación daña al medio ambiente en general, los afectados pueden ser todos, en cuyo caso el interés sería difuso.

Este derecho humano está reconocido en el artículo 4 de la constitución al disponer, en el cuarto párrafo, que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. La última reforma a este artículo se produjo en el 2012, para establecer la obligación al Estado de garantizar el respeto a este derecho y establecer la responsabilidad derivada del daño o deterioro ambiental para quien lo provoque, reservando a la ley de la materia los términos en que debe operar esa garantía. Esto implica que tales daños podrán reclamarse en vía jurisdiccional al Estado o al particular que los produzca.

En la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) se estableció, en la reforma de 1996, un capítulo para regular una acción popular. No es propiamente una acción colectiva, en tanto no está diseñada como herramienta jurisdiccional, se trata de una instancia en la que cualquier persona denuncie todo hecho, acto u omisión que genere o pueda generar desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga cualquier disposición relacionada con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) puede investigar los hechos denunciados y emitir determinaciones para paralizar los hechos que estén dañando al medio ambiente. Si se advierte la participación de autoridades en esos hechos y que, en efecto, se daña el medio ambiente, se pueden emitir recomendaciones para remediar la afectación. Las recomendaciones de la PROFEPA son

públicas y autónomas pero, desafortunadamente, no vinculatorias.

En la Ley General de Vida Silvestre se regula —desde el año 2000— en el Título VIII, Capítulo II (artículos 106 a 109), que toda persona que cause daños a la vida silvestre o a su hábitat deberá repararlos, por responsabilidad objetiva civil directa o solidaria. Se legitima a cualquier persona física o moral para hacer la denuncia. La PROFEPA evaluará la denuncia y de estimarlo procedente ejercerá la acción respectiva para la reparación del daño o la indemnización correspondiente. La competencia en estos casos se asignó desde esa época a los Jueces de Distrito en Materia Civil. Esta acción es independiente de la que puedan ejercer directamente los afectados. En esta hipótesis, la legitimación se reconoce a cualquier persona cuando los daños son causados por un algún órgano de la administración pública federal o una empresa de participación estatal mayoritaria.

La Ley de Aguas Nacionales autoriza, en el artículo 124 bis, la denuncia popular conforme a la LGEEPA, que puede formular toda persona, grupos sociales, organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, asociaciones y sociedades, cuando se cometan actos que produzcan o puedan producir desequilibrios o daños a los recursos hídricos o sus bienes inherentes.

Finalmente, la Ley de Bioseguridad regula (artículo 121) la responsabilidad civil objetiva por el uso o manejo indebido de los organismos —cualquier entidad biológica viva capaz de reproducirse o de transferir o replicar material genético, incluidos los organismos estériles, los microorganismos, los virus y los viroides, sean o no celulares— y por los daños al medio ambiente o la diversidad biológica. La acción respectiva la puede deducir la PROFEPA o las personas directamente afectadas por esos daños.

E. En materia de usuarios de servicios financiero

En la ley anterior a la reforma en materia de acciones colectivas sólo se preveía la posibilidad de que los usuarios de los servicios financieros formularan ante la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios del Servicio Financiero (CONDUSEF), reclamaciones en contra de las instituciones financieras que generaban procedimientos administrativos conciliatorios (artículos 60 y 63 de esa ley).

Dichas reclamaciones podían ser presentadas de manera conjunta por los usuarios que tengan problemas comunes con una o varias Instituciones Financieras. Los denunciantes deberían elegir al efecto uno o varios representantes formales comunes. Se trata de mecanismos de solución de conflictos de naturaleza colectiva o de grupo en sede administrativa, no vinculantes, pues dependen de que las instituciones acepten someterse al procedimiento conciliatorio.

F. En materia electoral

Los derechos político electorales son tradicionalmente vistos como individuales, en tanto que una de sus principales características es que son derechos de libertad —votar, ser votado o asociarse para participar en la vida política del país—. Sin embargo, esos derechos tienen una dimensión social, porque a través de ellos se ejercen los derechos sociales a elegir a los gobernantes, se da integración a las asociaciones políticas —partidos políticos o agrupaciones— y se da la participación colectiva en la vida política del país. En esa dimensión social, los derechos político electorales son de naturaleza colectiva o difusa.

En la Constitución y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral no se regulan nominativamente las acciones colectivas o difusas. No obstante, los medios de impugnación previstos sirven para la defensa de esos derechos en su ámbito colectivo o difuso.

Entre esos medios de defensa se encuentran el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (JDC) apto para la tutela del derecho colectivo de asociación, por ejemplo, para combatir las resoluciones que niegan el registro de un partido o de una agrupación política nacional; el juicio de revisión constitucional (JRC) y el juicio de inconformidad (JLI) ambos para la defensa de la legalidad y validez de las elecciones o la elegibilidad del candidato electo; y el recurso de apelación (RA) para impugnar las determinaciones del Instituto Federal Electoral que puedan afectar alguno de esos derechos.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha reconocido que esos juicios y recursos sirven para tutelar derechos difusos y colectivos, así como que los partidos políticos son los entes legitimados para promoverlos y que los fallos tienen eficacia de tutela colectiva.

G. En materia de competencia económica

Igualmente aquí existe el derecho colectivo y/o difuso a la libre competencia, contenido en el artículo 28 constitucional. Además, en la Ley Federal de Competencia Económica se prevé, de modo similar a la materia de servicios financieros y de salud, una acción popular mediante la cual, cualquier persona puede denunciar las prácticas monopólicas absolutas (artículo 32). Tal posibilidad no existe cuando se trata de prácticas relativas o concentraciones prohibidas por la ley.

La denuncia popular debidamente sustentada puede dar lugar a una investigación preliminar por parte de la Comisión Federal de Competencia Económica, quien

de encontrar alguna responsabilidad emitirá un dictamen en ese sentido para iniciar el procedimiento administrativo respectivo. En ese procedimiento el derecho a la libre competencia es procurado posteriormente por la comisión, incluso decretando medidas para remediar o corregir las prácticas que violen la ley y sancionar las conductas (artículos 35 a 37).

H. En materia de salud

El derecho a la salud, también reconocido en el artículo 4, párrafo tres, de la Constitución, es un derecho humano de naturaleza colectiva, respecto al cual, en la Ley General de Salud, se preveía la acción popular (artículo 60) para que cualquier persona denunciara ante las autoridades sanitarias todo hecho, acto u omisión que represente un riesgo o provoque un daño a la salud de la población. La denuncia da lugar sólo a un procedimiento administrativo, a virtud del cual se pueden decretar medidas preventivas de seguridad sanitaria o sanciones al responsable (artículos 6, 259 al 268 del Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios).

I. En materia de amparo

En la Constitución y en la Ley de Amparo no se regulaba la acción colectiva, más bien se prevé expresamente que el juicio de amparo puede ser instado sólo por la parte directamente agraviada por el acto de autoridad. Esto ha implicado, por virtud de la interpretación que se le ha dado desde una perspectiva individualista, que hasta antes de la reforma del 2011 no se permitiera el amparo colectivo o de grupo. Así ha sido visto hasta nuestros días por los tribunales federales. No se ha querido reconocer, conforme al esquema anterior a esa reforma, que el amparo pueda ser medio de defensa de intereses colectivos, difusos o individuales homogéneos.

Sin embargo, existen ejemplos en distintas materias donde se han promovido y resuelto amparos directos e indirectos por violaciones a esa clase de derechos. En algunos casos se han reclamado en amparo directo las sentencias definitivas emitidas en juicios de acciones colectivas, por ende lo tanto, como esa es la materia del acto reclamado, en sede constitucional el objeto es igualmente una acción de garantías de la misma clase. En materia administrativa se han presentado casos en que los quejosos son un grupo o clase afectado por conculcación al derecho a la salud, a la seguridad o al medio ambiente adecuado, etcétera, derechos que por sí mismos entrañan intereses colectivos, difusos o de individuales de incidencia colectiva.

Lo relevante es que, aun cuando no había una previsión normativa especial, el

juicio de amparo ha sido empleado como medio de tutela para esa clase de derechos. Lo anterior fue racionalizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P.XIV/2011, donde destacó que el concepto de interés jurídico no ha cambiado, sino la concepción del derecho objetivo, lo que permite entender que con el interés legítimo —no exclusivamente con interés jurídico— se pueden defender en amparo los derechos colectivos o difusos.

J. Casos relacionados con acciones colectivas antes de la reforma

Si advertimos que antes de la reforma constitucional y legal en materia de acciones colectivas, la LFPC era la única ley que de manera expresa regulaba las acciones colectivas y legitimaba a la PROFECO para ejercerlas, es lógico que en esta materia se diera la mayor incidencia en el ejercicio de dichas acciones, siempre en la vía ordinaria civil y ante los Jueces de Distrito. Por cierto, la mayoría de las demandas se enderezaron en contra de aerolíneas.

La PROFECO demandó a Air Madrid, Líneas Aéreas, S. A. (expediente 106/2007 radicado en el Juzgado Noveno de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal); a Líneas Aéreas Aztecas, S. A. de C. V. (187/2007-11 ante el Juzgado Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal); Aéreo California, S. A. de C. V. (18/2009 del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Baja California), y Aviacsa (319/2009 promovido en el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal).

En todos estos casos, el denominador común fue que la aerolínea vendió boletos y no prestó el servicio a los consumidores. En los fallos definitivos de dichos asuntos se reconoció que ese tipo de reclamos son acciones colectivas, que la PROFECO está legitimada para representar a los consumidores, incluso sin mandato previo, y que demostrado el daño los proveedores deben repararlo, indemnización a la cual pueden acceder todos los consumidores en vía incidental, acreditando su pertenencia al grupo y el monto del daño sufrido.

En otro asunto, la procuraduría demandó a Mupen, S.A. de C.V. (expediente 243/2010, seguido ante el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Quintana Roo), por haber incumplido contratos de fabricación y venta de muebles o por defectos en los entregados. Aquí lo relevante de la primera fase del juicio fue el reconocimiento de que la vía idónea para formular esas acciones era la ordinaria civil y no la mercantil.

Otro juicio fue el ordinario civil 1C/2008 seguido ante el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Chihuahua, en contra de Corporación Técnica de Urbanis-

mo, S. A. de C. V., a quien se atribuyó haber edificado y vendido casas de interés social que presentaron fallas estructurales. Este caso terminó en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (amparos directos 14/2009 y 15/2009 relacionados), donde se definió que: 1. La procuraduría sí tiene legitimación para deducir acciones colectivas en defensa de los consumidores, sin necesidad de mandato previo, 2. La sentencia declarativa tiene efectos generales para todo el grupo de compradores afectados, y 3. Los afectados pueden comparecer en la vía incidental a demostrar su calidad de integrante del grupo y los daños causados para obtener su reparación.

Otros casos, no instados por la PROFECO sino por particulares, concluyeron en el amparo directo donde se reconoció que se trataba de acciones colectivas y se resaltaron aspectos conceptuales relevantes de éstas. Se trata del amparo directo 75/2008, promovido por Gabriel Juan Eduardo Andrade Sánchez, resuelto en sentencia del 21 de febrero de 2008, y del amparo directo 723/2010, promovido por Avelino Reyes Hernández y otros. De ambos conoció el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

III. Cuestiones derivadas de la reforma constitucional y legal

1. Derecho a la tutela judicial efectiva o de acceso a la jurisdicción en materia de acciones colectivas: ampliación del artículo 17

En ese contexto, el 29 de julio del 2010 se publica en el Diario Oficial de la Federación, la reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la adición de un tercer párrafo, para quedar así:

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.

Pese a su corto texto, la adición tiene una gran implicación en el orden jurídico nacional.

De acuerdo a lo que expliqué en el apartado anterior, el artículo 17 constitucional no imposibilitaba el ejercicio de las acciones colectivas —como materialmente ocurrió— que son una modalidad de las distintas pretensiones que pueden deducirse ante los tribunales. No obstante, la reforma constitucional fue una respuesta a la necesidad de reconocerlas expresamente como parte del derecho al acceso a la justicia. Por tanto, se ordenó al legislador crear en la ley secundaria los instrumentos y meca-

nismos para la efectiva protección o reparación de los derechos colectivos, difusos o individuales de incidencia colectiva.

En los trabajos legislativos correspondientes se explicó que la modernidad ha complicado las relaciones sociales y económicas entre consumidores, usuarios de servicios y los proveedores. Esa complejidad ha cambiado los vínculos creados entre una colectividad o grupo de personas respecto de los bienes de interés común. Por tanto, a efecto de respetar el derecho humano a los medios judiciales efectivos y sencillos, era apremiante establecer las garantías jurisdiccionales para la tutela de esos derechos.

En el decreto de reforma constitucional, además, se determinó el plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia del decreto (la cual se produjo al día siguiente de la publicación de la reforma) para las adecuaciones legislativas.

Así, la reforma constitucional constituye formalmente la ampliación del derecho de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 17 constitucional, para la tutela de los derechos colectivos, difusos o individuales homogéneos, a través de las acciones colectivas.

2. El juicio de amparo colectivo

Esa misma reforma alcanzaba, a mi modo de ver, para el amparo colectivo, porque el derecho de acceso a la jurisdicción es general y no discrimina a las vías procesales constitucionales, por ende, siendo el amparo una garantía procesal de los derechos humanos, la reforma es suficiente para el amparo colectivo.

No obstante, posteriores reformas constitucionales al artículo 1 en materia de derechos humanos, 103, fracción I y 107, fracción I, en materia de amparo, aclararon que las personas gozan de todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que México sea parte, así como de las garantías establecidas para su protección, y que el amparo es medio idóneo para su defensa. En cuanto a la legitimación de quienes pueden instar el amparo, se dispuso que podrá seguirse 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 una violación a esos derechos, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Aquí está ya la acción colectiva en materia de amparo y la posibilidad de tutelar los derechos humanos colectivos o difusos por esta vía, en la cual se reconoce legitimación a cualquiera con interés legítimo.

3. Las acciones colectivas en materia ordinaria y las reformas en las leyes secundarias

En cumplimiento al nuevo párrafo tercero del artículo 17 constitucional, el 30 de agosto del 2011 se publicó el decreto de reformas en distintas leyes —(que entrarían en vigor seis meses después de su publicación—), entre ellas del Código Federal de Procedimientos Civiles para regular las acciones colectivas, mediante la reforma del artículo 24 y la adición de un tercer párrafo al artículo 1º, así como un nuevo Libro Quinto, denominado “De las acciones colectivas” integrado por los artículos del 578 al 625.

En el artículo 581 se definen y clasifican las acciones colectivas en:

Acción difusa, entendida como aquella de naturaleza indivisible dada para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada y su objeto es la reparación del daño causado, mediante la restitución de las cosas al estado anterior a la afectación, o bien, si esto es imposible, mediante el cumplimiento sustituto según lo requiera el tipo del derecho conculcado, para esta acción no se requiere de un vínculo jurídico entre dicha colectividad y el demandado.

Acción colectiva en sentido estricto, que es igual a la difusa, pero aquí la colectividad no es indeterminada, sino determinada o determinable con base en las circunstancias comunes que vinculan jurídicamente a los afectados con el demandado, y al reparación del daño es para los miembros del grupo.

Finalmente, la acción individual homogénea es para la defensa de derechos subjetivos individuales de incidencia colectiva, por ende, es de naturaleza divisible. Los afectados se vinculan por circunstancias fácticas comunes y, según la definición del código, su objeto sólo es para reclamar el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión, con las consecuencias y efectos legales respectivos.

En el artículo 580 del referido Código se definen a los intereses o derechos difusos o colectivos como una misma cosa, al establecer que son aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes; mientras que a los intereses individuales de incidencia colectiva los conceptualiza como de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

Las definiciones normativas no coinciden con las que se han establecido doctrinalmente, pues contienen limitaciones e imprecisiones conceptuales que pueden dar

lugar a que, en la práctica, impidan el debido ejercicio de las acciones colectivas para la defensa de derechos supraindividuales; sin embargo, estas bases mínimas pueden progresivamente ampliarse, mediante la jurisprudencia, para potencializar sus alcances para su mayor eficacia.

En el resto del nuevo libro se regula la legitimación, la cual se otorga tanto a organismos públicos (PROFECO, PROFEPA, PGR, CONDUSEF y CFC) como al representante común de los afectados y las asociaciones civiles sin fines de lucro. Se exige una representación adecuada, lo cual deberá calificar el juez. Los requisitos de la demanda, los motivos de la prevención, su certificación (respecto de los requisitos formales y de que, en efecto, la pretensión es una acción colectiva). La posibilidad de adhesión de los afectados a la demanda. El convenio con medio de conclusión del litigio. El período de pruebas y alegatos. Las medidas precautorias y las de apremio. La reparación del daño a los afectados, con la previsión de que —tratándose de acciones difusas— sólo se podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, mediante la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, si esto fuere posible, o mediante la realización de una o más acciones o abstenciones.

De no ser posible la reparación, podrá ordenarse un cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. No hay condena en costas. Se prevé un fondo que administrará el Consejo de la Judicatura Federal, cuyos recursos podrán ser utilizados para cubrir los gastos procesales y los honorarios del representante de la parte actora, o para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos. De igual modo se establece que la sentencia no recurrida causará cosa juzgada.

Además del código procesal civil, se reformaron el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. En el código civil se previó (artículo 1934 Bis) la responsabilidad civil objetiva por daños a una colectividad o grupo de personas. En la ley orgánica se definió la competencia de los Jueces de Distrito en Materia Civil para conocer de las acciones coactivas, así como el plazo de 90 días para constituir el fondo respectivo. En el resto de las leyes las adiciones fueron esencialmente para reconocer las acciones colectivas y asignar la legitimación para su ejercicio.

4. Las reformas pendientes en otras materias

Como se evidenció en el apartado anterior, las acciones colectivas no sólo se han dado en esas materias, sino también en las de trabajo, agraria, electoral, salud, etcétera. Por tanto, están pendientes las reformas en al menos en esos ámbitos y en todas las leyes que pudieran tener incidencia en los derechos colectivos, difusos o individuales de incidencia colectiva, para regularlas de manera que puedan ser garantías procesales de la defensa de los intereses de grupo o colectivos, como por ejemplo, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley de Aguas Nacionales y la Ley de Bioseguridad, entre otras.

5. Repercusión en los tribunales sobre las acciones colectivas

La repercusión de las reformas en materia de acciones colectivas se ha visto con temor y recelo por una parte de los juzgadores federales, aunque otros las han acogido con gusto y deseos de convertirlas en una herramienta eficaz para la tutela de los derechos supra individuales o individuales homogéneos.

El temor de los primeros es justificado, porque las disposiciones creadas por el legislador no son las más apropiadas que pudieron haberse tenido en México. Se pudo aprovechar el trabajo de varios especialistas en la materia y la experiencia de otros países, que se vio sistematizada en el Proyecto de Código Modelo de Acciones Colectivas, del cual pudieron adaptarse diversas disposiciones a nuestras necesidades. En fin, lo cierto es que no se tienen las mejores leyes posibles para desahogar los juicios de las acciones colectivas, y si a esto se añade que la preparación de los juzgadores sobre esta clase de asuntos es incipiente, su temor es justificable. Pero frente a este panorama gris, está el entusiasmo y la buena disposición de otro grupo de jueces dispuestos a llevar adelante la encomienda, a retomar el estudio y prepararse debidamente para servir adecuadamente a los intereses de la sociedad en la impartición de una justicia colectiva. Les aguarda una labor importante, ojalá el resultado sea adecuado y cumpla las expectativas sociales, para hacer eficientes estas nuevas herramientas jurisdiccionales al servicio de la comunidad.

La más importante repercusión de las acciones colectivas es que se constituye en una garantía procesal de corte ordinario u horizontal para protección de derechos humanos, primordialmente cuando se deducen para la tutela de intereses colectivos o difusos, los cuales por regla general involucran la violación de derechos humanos colectivos o sociales, de los que se dan dado en “clasificar” como de la segunda y tercera generación.

Para evidenciar que los intereses colectivos o difusos involucran a los derechos

humanos y que, por ende, las acciones colectivas son una garantía procesal ordinaria para su tutela, es conveniente explicar en breves términos la concepción general de los derechos humanos, su clasificación teórica —aun cuando es cuestionable en tanto se han identificado ciertos derechos híbridos de la segunda y tercera generación— porque para hacerla se han identificado principios que dotan de identidad a los derechos humanos, la cual puede servir como regla de su identificación con los intereses colectivos y difusos.

IV. La regla de reconocimiento de los intereses difusos y colectivos como derechos humanos

La regla de reconocimiento es un concepto que proviene de la filosofía jurídica y sirve para determinar los criterios de identificación del derecho; su aplicación ayuda a identificar las normas válidas de las que no lo son. Esto es, la regla de reconocimiento conforma el criterio de sanción de lo jurídico (la formulación del criterio de pertenencia). En palabras de Herbert Hart, autor a quien se le atribuye su desarrollo: “En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros”. La utilización de esta regla teórica es pertinente en la definición de los derechos humanos, pues al tratarse de un concepto de difícil administración, se requiere de un criterio de identidad, como lo denomina Sumner Lawrence.

1. Aceptación general de derechos humanos

Como derecho humano se trata de identificar a una exigencia sustantiva con importancia particularmente fuerte, para la satisfacción de necesidades o protección de intereses que se realizan en términos de derechos y su exigibilidad. El problema mayor es determinar cuáles de los intereses, necesidades o deseos constituyen propiamente derechos humanos. Esas cuestiones dan lugar a las siguientes interrogantes: ¿Qué y cuáles son los derechos humanos? ¿Es conceptualmente correcto hablar de derechos de primera generación, de segunda y tercera, etcétera? o ¿Todos los derechos humanos son lo mismo?

Como argumenta Luigi Ferrajoli, las definiciones que tenemos de los derechos humanos son formales, se refieren sólo a su estructura lógica, pero no su contenido. De este modo sabemos que estos derechos gozan de la mayor jerarquía dentro del sistema jurídico y no son disponibles, por lo tanto, pueden invalidar cualquier tipo

de norma jurídica o acto que los vulnere. Incluso la definición estándar establece que son los “derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar” y que responden a la dignidad de la persona. Sin embargo, esto último, como lo sostiene el mismo autor, no nos dice nada sobre el contenido de los derechos. Ferrajoli apunta que, desde una visión liberal, esos derechos son instrumentos otorgados en favor de los más débiles de la sociedad en contra del poder político, social y económico. Luego, dicho autor concluye: “De hecho, en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de las personas”.

Donde existe un cierto consenso en la definición de los derechos humanos es en su estructura deóntica. Ronald Dworkin afirma que son cartas “de triunfo en contra de la mayoría”, y añade que los individuos tienen derechos que no se les pueden negar o privar por razones utilitarias o metas colectivas, la teoría del utilitarismo pregona que el derecho y sus instituciones deben servir sólo al bienestar general. Garzón Valdés defiende la idea del “coto vedado” para el poder político, esto es, contenidos que no son objeto de transacción de ningún tipo. Robert Alexy los considera normas superiores que establecen “mandatos de optimización”.

En la dimensión sustantiva, los derechos humanos se asocian con aquellos títulos jurídicos que son inherentes a todas las personas por el sólo hecho de ser seres humanos; el fundamento subyacente es la dignidad de las personas, esto es el valor axiológico de las persona concebidas como fines en sí mismos. Según Dworkin, la premisa de que todas las personas tienen una dignidad inherente a su naturaleza sustenta la conclusión de la “igual consideración” con que deben ser tratados todos en la sociedad política, reconocimiento que renueva la concepción de los derechos humanos.

Pero, no todo derecho es un derecho humano y, por ende, es necesario establecer una regla de identidad de estos derechos, que nos permita distinguir entre los que merecen la estructura lógica apuntada por los teóricos de los que no, es decir, una regla de reconocimiento que nos otorgue el criterio de pertinencia, para lo cual estimo útil acudir a las clasificación generacional que de ellos se ha realizado. Las generaciones de derechos se ha manejado en tres niveles, cada una con base un principio de identificación: la libertad, la igualdad y la solidaridad. Conforme a esos valores también se puede advertir que la mayoría de los derechos colectivos o difusos corresponden a los que se engloban en las dos últimas generaciones, en tanto dependen de los principios de igualdad y solidaridad. Muchos de esos derechos son el objeto

de protección en las acciones colectivas, es por ello que, éstas son instrumentos que dotan de exigibilidad y justiciabilidad a tales derechos.

Aunque, dada la dificultad teórica para definir los derechos, conviene aclarar que, parafraseando a Jeremy Waldron, no se deben generar expectativas de que una teoría de los derechos humanos logre abarcar todo el fenómeno asociado a los mismos, pues estima que los derechos humanos no son homogéneos, sino que conforman una categoría heterogénea, por ende, a veces será apropiada una forma de análisis, en otras, deberá utilizarse una distinta, lo cual evidencia que tampoco podemos estimar que acaba la proposición que se pretende decantar al identificar a los intereses colectivos y difusos con los derechos humanos.

2. Tres generaciones

La teoría de los derechos humanos se ha conformado en una corriente teórica que se conoce como constitucionalismo, cuya esencia resalta el principio ideal de todo Estado, el “gobierno de las leyes”. La teoría “apropiada” o al menos conveniente para los presentes efectos es la que percibe a los derechos humanos como un movimiento histórico y civilizatorio que ha progresado conforme se han superado distintas crisis de los modelos de Estado —Estado liberal, Estado benefactor y Estado regulador— y sostiene la conveniencia de agrupar los derechos humanos en tres generaciones. Como afirman Richar Pierr y Burns H. Veston, la historia del contenido de los derechos humanos refleja la evolución de las percepciones de qué valores y capacidades exigen, en diferentes momentos, mayor atención y, simultáneamente, demandas a la humanidad de continuidad y estabilidad, lo cual es explicado por la teoría generacional de los derechos humanos.

El autor de esta teoría es Karel Vasak y su inspiración fueron los tres temas de la revolución francesa, la primera generación de derechos civiles y políticos —libertad— la segunda generación de los derechos económicos, sociales y culturales —igualdad— y la tercera generación derechos de solidaridad —fraternidad. Esta clasificación no es lineal ni está ordenada axiológicamente, más bien, son acumulativos, traslapados e interdependientes. Las tres generaciones implican modalidades distintas de conseguir la dignidad humana y corresponden al género de los derechos humanos, pero, como lo sostiene María José Falcón y Telia, este modelo teórico no busca generar compartimentos rígidos y cerrados que separen los derechos humanos en categorías perfectamente nítidas, porque “los derechos en realidad están interrelacionados e introducen fronteras fluidas y fluctuantes”, incluso hay derechos híbridos, como el derecho a la educación, ubicado entre la primera y segunda generación, o el

derecho al medio ambiente saludable, ubicado entre la segunda y tercera.

La primera generación corresponde a los derechos civiles y políticos. Se trata de los derechos reconocidos en instrumentos normativos del siglo XVIII, como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. Se agrupan en esta categoría los derechos que tutelan una esfera individual de libertad negativa, cuya exigibilidad es dable coercitivamente en sede judicial, los cuales generan una obligación al Estado de abstención, esto es, una obligación negativa. En esta quedan comprendidos los derechos a la vida, honor, libertad —personal, de conciencia, pensamiento y expresión— la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, a votar y de participación pública. El principio articulador de esta categoría es el de libertad individual.

Es cierto que algunos de estos derechos requieren de la actividad del Estado, e incluso, Robert Alexy llama a estos derechos “prestacionales” en sentido amplio y reserva el predicado de prestacionales en estricto sentido a los de la siguiente generación. Sin embargo, como esa prestación estatal se endereza a proteger la libertad negativa de los individuos, se conserva la homogeneidad del grupo.

La segunda generación de derechos humanos es la relativa a los económicos, sociales y culturales y su primer reconocimiento tuvo lugar en el convenio de 1966 con ese nombre. Los derechos que se agrupan en esta categoría son de prestación que admite graduación. Requieren la actividad positiva del Estado, a través del otorgamiento de beneficios o asistencia y de la promoción de la eficacia de los mismos. Los derechos de esta categoría buscan que, en el agregado, se evite una distribución desproporcional de la riqueza que exacerbe la desigualdad, por ende, demandan prestaciones materiales sobre la base de algún criterio de justicia distributiva. Entre esos derechos se incluyen los relativos a la seguridad social, al trabajo digno, a la formación de sindicatos, al descanso, a la educación, a la protección intelectual, a la participación libre en actividades culturales, etcétera. El principio articulador de estos derechos es el de igualdad, proyectado en el ámbito de las oportunidades y entendido en su dimensión sustantiva y no solamente formal.

Ferrajoli afirma, refiriéndose a la diferencia entre ambas categorías, que las dos clases de derechos corresponden a dos diversas fuentes de legitimación del sistema político y a dos diversas dimensiones de la democracia, una formal, y la otra sustancial, de la democracia. En sus palabras:

los derechos-poder o de autonomía, tanto civiles como políticos son derechos formales e instrumentales, en cuanto permiten fundar y legitimar las formas (el quién y el cómo) de las decisiones, respectivamente en la esfera privada del mercado y en la pública de la democracia política (o formal); los derechos-expectativa, tanto de libertad como sociales,

son en cambio derechos sustanciales o finales, ya que permiten vincular y legitimar el contenido o la sustancia (el qué) de las decisiones, y por tanto fundan una dimensión de la democracia que bien podríamos llamar sustancial.

La tercera generación de derechos responde al agrupamiento de derechos denominados de solidaridad y su nomenclatura se debe a Karel Vasak, para quien “los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen [...] son los derechos de la solidaridad”. Como apunta Richard Fierre y Burns H. Veston, esta categoría se puede entender como el producto conjunto de dos fenómenos: la aparición y, al mismo tiempo, el declive del Estado Nación en la última mitad del siglo XX. Los derechos que integran esta categoría son: el derecho a autodeterminación política, económica y social; el derecho de participar y beneficiarse de la “herencia común de la humanidad” —recursos naturales, tecnología y cultura—; derecho a la paz; a un ambiente sustentable y el derecho humanitario a la ayuda por desastres. Como puede advertirse, en estos derechos es claro que el sujeto activo del derecho es la sociedad o el colectivo —el pueblo, la nación, la sociedad o la humanidad— en consecuencia, de la vulneración de esos derechos derivan intereses colectivos o difusos que, se insiste, pueden tutelarse mediante las acciones colectivas. El principio que articula esta categoría es el de solidaridad internacional y el reto principal de estos derechos es su justiciabilidad.

3. La segunda y tercera generaciones de derechos humanos como paradigmas de derechos colectivos y difusos

Igualdad y solidaridad como principios articuladores de la regla de reconocimiento. Las tres pretendidas “generaciones” de derechos aportan tres principios, respectivamente, para conformar una regla de reconocimiento útil para los efectos del presente trabajo: libertad, igualdad y solidaridad. En efecto, dentro de la primera categoría, el sujeto activo es el individuo, modalidad de titularidad que se conserva sólo parcialmente en la segunda categoría, pues en ésta existen derechos de titularidad colectiva; y en la tercera generación, los teóricos coinciden en que la titularidad de los derechos es colectiva.

De ahí que pueda deducirse como regla de reconocimiento de los derechos humanos colectivos y difusos los principios que dan origen a las dos últimas generaciones de principios, es decir, los de igualdad y solidaridad, los cuales son interdependientes. Lo anterior porque la solidaridad es un concepto asociado al de igualdad y, en este sentido, el desarrollo de uno será retomado en el otro, siendo aplicable aquí la idea de que la frontera entre los derechos de igualdad y los de solidaridad es fluida

y movable. Así, los derechos humanos colectivos identificables como de igualdad y solidaridad, cuando son vulnerados pueden dar lugar a los intereses colectivos y difusos, objeto a su vez de la tutela de las acciones colectivas. De esta suerte, cuando se hace valer una acción colectiva deberá tenerse cuidado para identificar el derecho transgredido, a efecto de constatar si se trata de un derecho humano. De ser un derecho humano el involucrado (como el derecho al medio ambiente limpio), las reglas de solución del conflicto no deberán limitarse a las disposiciones procesales ordinarias. El juzgador deberá valorar la cuestión sometida a su potestad con la perspectiva de los derechos humanos, teniendo en cuenta los principios *pro homine*, *pro actione*, del mayor beneficio, de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad.

4. Regla de identificación de los intereses individuales y supraindividuales como derechos humanos

De lo hasta ahora expuesto se puede obtener una base teórica que permite advertir cierto vínculo entre los intereses colectivos y difusos, con los derechos humanos de segunda y tercera generación. También es válido sostener que las acciones colectivas son una garantía procesal horizontal para la protección de esos derechos.

Por consiguiente, la regla de identidad de los intereses colectivos y difusos con los derechos humanos es que los primeros surgen precisamente cuando se causa un daño a los derechos colectivos, en tanto pertenecen a la colectividad o sociedad en su conjunto, mientras que los intereses colectivos o difusos derivan precisamente de las violaciones a esos derechos que pertenecen a todos, a una comunidad o masa indeterminada, que no son susceptibles de apropiación exclusiva de una sola persona aunque encuentran justificación en el beneficio y aprovechamiento que a cada una de ellas genera. Los derechos colectivos pertenecen a todos por igual y su interdependencia liga a todos en sus beneficios, son pues derechos distinguidos por su condición de solidaridad, cuya justiciabilidad comprende necesariamente exigencias o prestaciones específicas para su realización, en cuya realización se manifiestan los intereses colectivos o difusos.

En tales derechos, como se explicó, subyacen los principios de igualdad y solidaridad, los cuales sirven precisamente de regla de reconocimiento de los derechos humanos de los clasificados como de segunda y tercera generación.

De tal suerte que la regla de identidad sirve para establecer que cuando se está ante los intereses colectivos o difusos, —por actos que causen daños a bienes colectivos— estos bienes pueden identificarse como derechos humanos de igualdad y solidaridad, que son propiamente derechos sustantivos fundamentales de incidencia

colectiva.

Por consiguiente, ante dichos intereses e involucramiento de derechos humanos supraindividuales, las acciones colectivas aunque son instrumentos procesales ordinarios se convierten en instrumentos para la exigibilidad y justiciabilidad de dichos derechos, tanto por actos provenientes de particulares, como de los órganos del Estado, a través de cuya instancia ordinaria u horizontal, pueden ser reparados en una vía jurisdiccional.

V. Conclusiones

Una primera conclusión que se obtiene puede resumirse en que, la tutela jurisdiccional no se enmarca necesariamente por la configuración legislativa que se pretenda dar. Por ende, no se limita a las figuras procesales que el legislativo quiera reconocer en las normas secundarias. El derecho fundamental de acceso a la justicia es tan amplio que responde a toda necesidad de justicia individual, de grupo o social que se presente. De suerte que lo determinado en una norma secundaria adjetiva no puede, per se, restringir o privar el acceso a la justicia de las personas, derecho que entraña la “exigencia” constitucional para establecer y regular los mecanismos jurisdiccionales idóneos que garanticen esos derechos.

Otra conclusión es que la adición del tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución, representa formalmente un paso más en la evolución del derecho fundamental de acceso a la justicia, al incluir como objeto de la jurisdicción ordinaria a las acciones colectivas, para las cuales, el modelo tradicional de jurisdicción de corte individualista no es de suyo suficiente e idóneo.

La tercera conclusión es que las reformas a las leyes procesales para atender la obligación impuesta en el artículo 17 constitucional, aún es insuficiente. Las nuevas disposiciones previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles y las leyes relacionadas, no son del todo adecuadas, tienen graves inconsistencias y limitaciones, pero además hace falta adecuar otras para garantizar la tutela de los derechos colectivos. Por tanto, deben igualmente establecerse mecanismos procesales jurisdiccionales o al menos administrativos para la tutela de dichos derechos.

Una cuarta conclusión es que los intereses colectivos y difusos, al derivar de los derechos vulnerados, se identifican con los derechos humanos de segunda y tercera generación o los híbridos, cuya regla de identidad se sustenta en los principios de igualdad y solidaridad. Además, la naturaleza intrínseca de los derechos humanos identificados por esos principios es que se trata de derechos colectivos, por ende, la colectividad es su titular, y su violación genera afectaciones a los intereses colectivos.

vos, difusos o individuales homogéneos.

Finalmente, como quinta conclusión, se afirma que al ser las acciones colectivas un instrumento procesal para la reparación de los daños a derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, constituyen a la vez una garantía de justiciabilidad de esa clase de los derechos humanos. Por tanto, aun cuando se trata de medios ordinarios de jurisdicción, al tramitarlos y resolverlos, si los vulnerados son derechos humanos, los juzgadores deben atender a los principios constitucionales de protección tales como los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de esos derechos, conforme a su aplicación *pro homine* y *pro actione*.

Referencias

Bibliográficas

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción Carlos Bernal Pulido. 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 40ª ed., México, Porrúa, 2008.

Cappelletti, Mauro, "Formaciones Sociales e Intereses de Grupo Frente a la Justicia Civil", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, números 31-32, enero-agosto 1978.

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*. Ariel, Madrid.

Hart, Herbert L.A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, traducción de Genaro R. Carro, Buenos Aires.

Falcón Y Tella, María José, *Estudios de Filosofía Jurídica y Política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, Trotta. 2009.

Garzón Valdés, Ernesto, *Dignidad, Derechos Humanos y Democracia en Revista de Derecho Penal*. Buenos Aires 2009-1.

Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro 1936, edición facsimilar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002.

Gidi, Antonio, *Las Accionas Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM-IIIJ, 2004.

“Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (comps), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

“El concepto de acción colectiva”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (comps), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

“La legitimación para demandar en las acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (comps), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

A class actions, como instrumento de tutela *coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, Brasil, Editora Revista dos tribunais, 2007.

Mantilla Molina, Roberto L., “Sobre el artículo 17 constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Tomo VIII, número 31-32, julio diciembre de 1958.

Rabossi, Eduardo, “Las Generaciones de Derechos Humanos: La Teoría y El Cli-ché”, En *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, número 69-71, 1997-1996.

Richard Pierre Claude, y Weston, Burns H., *Human Rights in the World Community*, 3ª ed., Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006.

Sentís Melendo, Santiago, *Teoría y práctica del proceso ensayos de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Diario Oficial de la Federación, de fechas:

3 de febrero de 1983;

17 de marzo de 1987;

03 de julio de 2000;

29 de abril de 2004;

18 de marzo de 2005;

18 de junio de 2008;

29 de julio de 2010;

6 de junio de 2011;

10 de junio de 2011; y

8 de febrero de 2012.

Electrónicas:

Cabrera Acevedo: “La protección de intereses difusos y colectivos y en litigio civil mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XXXII, enero-junio de 1983, núms. 127-129, pp. 113-135, consultado en el sitio www.bibliojuridica.org/libros/2/592/14.pdf; “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, pp. 211-243, nexa: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/14.pdf>; “El Amparo colectivo protector del medio ambiente y otros derechos humanos”, México, Porrúa, 2000, y “El derecho de protección al ambiente en México”, UNAM, 1981.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et al., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Class Actions in Latin American: a Report on Current Laws, Legislative Proposals and Initiative*, María Benavides, Jaime Murillo y Raúl Alfaro (trads.), por encargo del Instituto de la Judicatura Federal, consultado en el sitio www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/DiploAccionesColectivas/LeyReforma300811AccionesColectivas.pdf.

Waldron, Jeremy, Dignity, Rights, and Responsibilities (November 17, 2010). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-83. p. 26, Consultado en el sitio <http://ssrn.com/abstract=1710759> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1710759>.

Las acciones colectivas en México. La nueva ocupación de los jueces

Dr. Jaime Murillo Morales*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Materias de procedencia de las acciones colectivas*. III. *Competencia de los jueces de distrito*. IV. *Conclusión*.

I. Introducción

Una de las mayores responsabilidades que en los últimos tiempos el sistema jurídico ha conferido a los jueces son las acciones colectivas¹. Esta clase de acciones no son nuevas, ni exclusivas de un sistema jurídico, pues sus antecedentes pueden rastrearse al derecho romano y seguir su moderna evolución por el *common law*².

En México se presentan dada la necesidad de modernizar el sistema jurídico para la protección de derechos de segunda y tercera generaciones consagrados en la Constitución, cuya acción individual no era acogida por los jueces³. Esta redimensión de nuestro sistema procesal demanda jueces que tengan conocimientos de los derechos colectivos, sensibles ante la problemática social que la vulneración masiva o a grande escala de los derechos produce, y que estén prestos a reparar económicamente los daños cometidos. El nuevo modelo de juez requiere personas capaces de solucionar los problemas, activos en su papel de defensores de los derechos colectivos, alejados del viejo modelo de jueces espectadores o simples árbitros neutrales, frente al deterioro

*Coordinador del Diplomado sobre Acciones Colectivas del Instituto de la Judicatura Federal.

¹La acción colectiva se propone por un representante en la defensa de un derecho colectivamente considerado, cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas. Gidi, Antonio, "El concepto de acción colectiva", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, 2ª ed., México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 15.

²Eduardo Ferrer Mac-Gregor indica que a pesar de las teorías que afirman que los antecedentes de los derechos o intereses difusos y colectivos se remontan precisamente al derecho romano, lo cierto es que el estudio de los mismos surge con características propias en las últimas décadas, debido a la problemática generada con los procesos de globalización. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004, pp. 3 - 4.

³La novedad es el sistema de acciones colectivas, pues como lo apunta José Ovalle Favela, en México esta clase de acciones se han regulado de forma específica en algunas materias, como en el juicio de amparo agrario, así como en materia laboral, en la que se admiten conflictos colectivos de naturaleza económica. Cfr. "Acciones Populares y Acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, p. 595. Véase también "Las acciones colectivas en el derecho mexicano", *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, año 1, núm. 2, diciembre de 2006, pp. 71 - 94.

de los recursos y de la calidad de vida de la sociedad.

El constituyente permanente ha encargado esta responsabilidad a los jueces federales. El legislador ordinario ha previsto un marco legal especial para atender los asuntos colectivos del país, que aun con sus deficiencias e inconsistencias, es la arcilla sobre la cual se puede moldear un sistema jurídico avanzado en la materia.

En este trabajo se abordan tres temas. El primero constituye el análisis del proceso de creación del nuevo sistema procesal, a partir de la iniciativa legislativa que detonó la reforma legal. No se desconoce la existencia de otras iniciativas presentadas en el seno legislativo, pero el estudio se limita al análisis del proceso de creación normativa, como fuente de interpretación teleológica.

En el segundo apartado se abordan las materias de procedencia, limitadas por el legislador ordinario al derecho civil, al derecho de los consumidores, derecho ambiental, derecho financiero y competencia económica.

El tercero corresponde a la problemática que se presenta al haberse otorgado la competencia exclusiva de los jueces de distrito en materia civil, que conocerán de acciones colectivas en materias en donde no son especialistas, como el caso de la competencia económica.

1. Análisis de los diferentes proyectos de ley presentados en el seno legislativo

A. La reforma constitucional

El siete de febrero de 2008, el senador Jesús Murillo Karam⁴ presentó una iniciativa de decreto para adicionar un quinto párrafo al artículo 17 constitucional en materia de acciones colectivas, de la cual se destacan los siguientes aspectos:

1. El reconocimiento de que el legislador se dedica a incorporar derechos humanos, pero es omiso en establecer acciones y procedimientos sencillos, que permitan su ejercicio y defensa adecuada;
2. La naturaleza individual del sistema jurídico mexicano, que ya no es suficiente para satisfacer las actuales exigencias sociales; y
3. El rezago de México en la protección de derechos colectivos, en los cuales se comprenden los *derechos difusos, colectivos en sentido estricto e individuales de incidencia colectiva*.

Esta iniciativa cuidó definir los derechos cuya tutela pretendía a través de la

⁴La iniciativa estuvo fuertemente influenciada por el Código Modelo de Procesos Colectivos, de la autoría de Ferrer Mac-Gregor y Gidi. González Ramírez, Claudia Milena, "Los Aciertos y Desaciertos de las Reformas Legislativas que Reglamentan las Acciones Colectivas en México", *Reforma Judicial*, México, núm.19, enero a junio de 2012, p. 116.

reforma constitucional. De esta forma, siguiendo la postura teórica con más acogida, señala que esos derechos son supraindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a una colectividad indeterminada en el caso de los difusos, o a una colectividad determinada en el caso de los colectivos en sentido estricto, que mantienen unión sociológica de hecho o de derecho.

Por su parte, los *derechos o intereses individuales de incidencia colectiva* son individuales y divisibles, pero que por “circunstancias comunes de hecho o de derecho, permiten su protección y defensa en forma colectiva”.

Sin embargo, se olvidó argumentar el porqué de la necesidad de modificar el texto constitucional. Las acciones colectivas tienen su antecedente moderno en las *class actions* del sistema estadounidense, en donde han encontrado un mayor desarrollo al amparo del derecho de daños y especialmente, de los *punitive damages*, cuya condena no está contemplada, al menos, en nuestro sistema jurídico, lo cual representa una barrera que impide el enriquecimiento de la persona lesionada, que solamente obtiene la reintegración monetaria de las cantidades que sea hábil para demostrar en el juicio.

El análisis comparativo se cuida muy bien de argumentar la diferencia entre los modelos del Poder Judicial. En Estados Unidos la judicatura es un poder político que juega un rol determinante en las relaciones sociales, en donde sus jueces son considerados como actores principales para lograr el funcionamiento adecuado entre la administración pública y el respeto a los derechos civiles de los ciudadanos, motivo por el cual la inamovilidad de sus jueces ha tenido un desarrollo prolijo, con la finalidad de asegurar su absoluta autonomía e independencia del poder público depositado en el resto de los poderes⁵.

Las Reglas Federales de Procedimiento Civil⁶ son creadas por la Corte Suprema, con base en las facultades delegadas, y remitidas al Poder Legislativo para su publicación y obligatoriedad, lo que refleja el estilo pragmático del sistema judicial⁷, inexistente en nuestro sistema, en el cual, en primer lugar, encontramos que la Constitución no otorga legitimación al Poder Judicial para iniciar leyes y, en segundo, que el proceso de creación de una ley debe ser mediante las cámaras que integran el Poder Legislativo.

⁵Ningún juez puede ser destituido porque el Congreso considere que es demasiado liberal o conservador. El juez debe estar protegido contra la pérdida de su cargo en tanto su “conducta” caiga dentro del rango de lo que se percibe “bueno”, esto es, libre de corrupción, de forma que los jueces no pueden ser destituidos por razones políticas partidistas, que amenazarían la propia idea de independencia judicial. Levinson, Sanford, *Nuestra Constitución antidemocrática*, Juan F. González Bertomeu (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 165 - 166.

⁶Estas reglas establecen los procedimientos que se siguen ante las Cortes Federales de los Estados Unidos. La Corte Suprema establece o modifica las reglas, usualmente por recomendación de la *Judicial Conference*.

⁷La Corte Suprema está prácticamente liberada de toda responsabilidad administrativa de la rama judicial federal, con excepción de la aprobación de las reglas de procedimiento propuestas por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos. Melgar Adalid, Mario, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 290.

La iniciativa trata de demostrar la necesidad de que en México puedan litigarse colectivamente los derechos, como una necesidad de modernizar nuestro sistema procesal, pero no justifica la razón de incluir a las acciones colectivas en el texto de la Constitución. En este tema, solamente se señaló que “el propósito principal de esta iniciativa es el establecimiento en la Constitución de las acciones y procedimientos colectivos como medios para la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses colectivos”.

Por tanto, la pregunta obligada es si realmente era necesaria la modificación del texto constitucional. En México se ha venido instalando la creencia de que todo asunto importante debe contenerse en la Constitución, como símbolo de la victoria de los actores políticos que prometen cambios en el sistema jurídico, como estrategia para lograr el sufragio a favor del partido.

Esta concepción es un mito, pues deriva de la falsa idea de la característica especial de los textos constitucionales de ser rígidos, semirígidos o flexibles en su forma de modificación, en comparación con el resto de los ordenamientos legales secundarios. Sin embargo, no obstante que nuestra Constitución no contempla un sistema flexible, los datos demuestran que ha sido reformada en mayores ocasiones que el Código de Comercio, ordenamiento que fue expedido por Porfirio Díaz⁸.

La adición al artículo 17 constitucional es innecesaria, en la medida que las acciones colectivas no se tratan de derechos humanos, sino de la forma en que se llevará a cabo la protección de intereses diversos a los puramente individuales que no tienen la cualidad de ser masificados, por lo que no es necesario su aseguramiento a nivel constitucional, como presupuesto para que el legislador ordinario pudiera regular las acciones de clase o colectivas⁹.

Lo anterior puede ser fácilmente constatado si en un ejercicio mental se suprime la adición constitucional, de tal suerte que el resultado obtenido es que el sistema establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como en los ordenamientos administrativos ambientales y del consumidor, no se ven alterados

⁸Rolando Tamayo y Salmorán indica: “un gran sector de la doctrina constitucional –muy difundido entre nosotros– parte de la tesis de que el documento llamado ‘constitución’ es la constitución. De esta forma, resulta que la ‘constitución’ es cierta legislación, votada en forma de ‘constitución’. Esta reducción ha provocado serias inconsistencias en la dogmática constitucional. Al traspasar la ecuación ‘ley=derecho’ a ‘constitución escrita= derecho constitucional’, la dogmática constitucional restringe considerablemente su objeto de estudio. En vez de considerar otros fenómenos jurídicos, tales como: convenciones y prácticas constitucionales, así como costumbres derogatorias, parte de la doctrina cándidamente señala que lo que excede a la constitución ocurre de “hecho”. *Introducción al Estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1989, pp. 233 - 234.

⁹Por el contrario, en la Argentina sí existió la necesidad de que en la Constitución se incluyeran la protección de los intereses mediante el ejercicio de las acciones colectivas, pero derivado de una situación contraria, en donde con anterior a la reforma de 1994 existieron diversas normas de variada jerarquía que consagraban la tutela de los intereses difusos, establecían legitimaciones especiales o realizaban genéricas declaraciones respecto de situaciones supraindividuales, de manera que la sanción al artículo 43 de la Constitución Nacional significó un cambio sustancial respecto de las insuficiencias normativas del derecho provincial. *Cfr.* Meroi Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, Santa Fe, Rubinzal-Cutzone, 2008, p. 269.

o variados en la legalidad de su existencia, puesto que el primer párrafo del artículo 17 constitucional establece puntualmente el mandato al legislador ordinario, para implementar un sistema adecuado de justicia, precisamente ante la prohibición expresa de no poderla obtener por propia mano¹⁰.

Posteriormente, el dictamen elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos destacó los aspectos benéficos de la protección de los derechos colectivos, como un aliciente y modernización en el sistema jurídico mexicano, el cual debe transitar del modelo anacrónico de protección individual, enarbolado por el derecho civil, para dar bienvenida a la tutela de los derechos colectivos, representados en México, principalmente, por los consumidores.

Un aspecto destacable del dictamen es la fijación del papel de los jueces en esta nueva acción procesal:

Es importante recalcar que, como lo menciona la iniciativa de mérito, los juzgadores tendrán un papel fundamental en la efectiva protección de los derechos e intereses colectivos, así como la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Ello implicará necesariamente que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que le auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales individuales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos. En un inicio será necesario que nuestros juzgadores revisen la racionalidad y objetivo de las acciones y procedimientos colectivos a la luz las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones, abstraigan su función esencial y los adapten a las peculiaridades del sistema jurídico mexicano.

Esta situación refleja la preocupación del legislador de que los jueces no entiendan el nuevo sistema procesal, y la fuerza de la inercia de un sistema individualista de justicia conlleve su fracaso, al aplicar instituciones que no son compatibles con los procesos colectivos, en los cuales deben entenderse de distinta forma a las instituciones procesales, lo que parece indicar que los jueces tienen la labor de conocer y diferenciar perfectamente dos sistemas procesales, incompatibles en sus postulados.

Pero también se constituye como un indicador de la confianza en los jueces, aunque no espontáneo, sino forzado por las circunstancias sociales que generaron

¹⁰En la discusión de la Cámara de Senadores, Felipe González González fue el único orador que se refirió a la necesidad de que las acciones colectivas se incluyeran como reforma en la Constitución: "En esta iniciativa del Senador Murillo Karam, estamos frente a un concepto jurídico nuevo. De ahí que el Constituyente debe fijar con claridad la noción del concepto de las acciones colectivas para facilitar la labor del legislador ordinario". Sin embargo, el concepto de acciones colectivas no es nuevo en los sistemas jurídicos, ni el Constituyente, en la redacción final del artículo, definió lo que debe entenderse por ese concepto.

la reforma. La adición en el sentido de que “se hace necesario precisar en el texto constitucional que los jueces federales serán los competentes para conocer de tales procedimientos colectivos en términos que señalen las leyes”, puede considerarse un voto de confianza hacia el Poder Judicial de la Federación, y entrar en el debate relativo a la desconfianza perenne en los sistemas de justicia de las entidades federativas, o bien, puede entenderse como una limitante para la procedencia de las acciones colectivas, en el sentido de que únicamente las acciones establecidas por el Congreso de la Unión, en leyes federales o generales, son materia de tutela especial por jueces de distrito.

La reforma constitucional en materia de acciones colectivas debe entenderse desde el punto de vista de la protección de los llamados derechos de segunda y tercera generación. Nuestros legisladores pretendieron establecer un mecanismo procesal que garantizara la protección de esa clase de derechos, teniendo como modelo al juicio de amparo¹¹. Sin embargo, la reforma constitucional no refleja la intención de esa voluntad, al dejar al libre albedrío del legislador ordinario determinar las materias en que se puede ejercer colectivamente una acción, que son los elementos mínimos para que se pudiera considerar a la reforma constitucional como una garantía para la protección de los derechos de tercera generación, como sucede en con el juicio de amparo, que en la actualidad se conceptúa como una garantía de protección de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de 1917.

B. Reforma legal

La labor del Constituyente Permanente se limitó a adicionar unas líneas al artículo 17 constitucional, con lo cual consideró cumplido el compromiso de otorgar una mejor justicia en México. Dejó a cargo del Congreso de la Unión implementar la logística necesaria para instrumentar las acciones colectivas, sin establecer una mínima inducción en la forma en que debía hacerlo, con excepción del mandato en el sentido de que solamente los jueces de distrito pueden conocer de los litigios correspondientes. Antes bien, le concedió poder absoluto para reglamentar: a) las materias de aplicación; b) los procedimientos judiciales; y c) los mecanismos de reparación del daño.

En la iniciativa de reforma legal, autoría también del senador Murillo Karam, se cambia el discurso de protección de derechos de segunda y tercera generación, para ahora enfocarse en las acciones colectivas como institución del derecho procesal, que permitirá a las masas afectadas la defensa de sus derechos. Ahora, desde el punto de

¹¹La demostración de este enunciado se realiza con la lectura de los documentos que contienen la reforma. Específicamente en el dictamen elaborado por la Cámara de Diputados, se aprecia una antología histórica del juicio de amparo, y su empleo para justificar la necesidad de contar con una garantía procesal de los derechos de tercera generación.

vista procesal, despojada del discurso político de protección de derechos humanos, la acción colectiva es desarrollada dentro del Código Federal de Procedimientos Civiles, con la finalidad de lograr una armonía “con el procedimiento ordinario federal, pero con reglas específicas y particulares atendiendo a las características y requerimientos propios de un procedimiento en donde se ventila una controversia en la cual, una de las partes es una colectividad.”

Una vez más el Código Federal de Procedimientos Civiles aparece como el cajón de sastre, como el ordenamiento residual para ser aplicado ante la deficiente tarea del legislador de proporcionar un sistema normativo eficiente, que permita la aplicación de normas especiales, dictadas para regular procedimientos específicos¹². De esta forma, las normas civiles cobran aplicación en los procedimientos administrativos, para otorgar la pauta sobre las cuales deberán resolverse los conflictos colectivos en las materias más variadas como la civil, los derechos de los consumidores y la materia ambiental.

La iniciativa reitera el papel fundamental de los jueces, como mecanismo para el funcionamiento exitoso de este modelo procesal:

Respecto de las nuevas figuras procesales que se proponen en el nuevo procedimiento colectivo, los jueces federales tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades.

Ello implicará necesariamente que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que le auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de los procedimientos colectivos. En un inicio será necesario que nuestros juzgadores revisen los principios de éstos de acuerdo con las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones. Deberán asimismo abstraer su función esencial y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano.

Es tarea de los jueces aplicar los principios que rigen al proceso colectivo, como la *interpretación informal o flexible*, que evita toda clase de rigor formal que impida una adecuada tutela de los derechos colectivos, el principio de *adaptabilidad*, que consiste en la necesaria adecuación de las normas que se apliquen con carácter supletorio a la estructura de los derechos colectivos¹³.

¹²El ordenamiento procesal civil no solamente es aplicable para dotar de operatividad a las normas sustantivas del Derecho civil. También es empleado como ordenamiento supletorio en leyes que regulan el control constitucional, como la Ley de Amparo (artículo 2) y la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 1), en procesos administrativos federales regidos por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (artículo 2), y en asuntos derivados de la justicia agraria (artículo 2 y 167).

¹³Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 222.

La iniciativa sufrió algunas modificaciones, como la precisión de la clase de derechos tutelados mediante ellas, como lo son: a) los derechos e intereses difusos y colectivos; y b) los derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, redacción que compone el actual artículo 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El dictamen identifica la clase o tipo de acciones establecidas en la norma procesal, señaladas como acción difusa, acción colectiva en sentido estricto y la acción individual homogénea, que componen el actual artículo 581 del ordenamiento indicado.

También establece los aspectos relativos a la legitimación activa a favor de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Federal de Competencia, el representante común de una colectividad de al menos de 30 miembros, las asociaciones civiles no lucrativas que sean para la defensa de los derechos o intereses relacionados con esas materias y el Procurador General de la República, adición que puede verse en el artículo 585¹⁴.

Como puede verse, tratándose de estas acciones grupales se legitimó a las Procuradurías que tienen a su cargo la defensa de esos intereses, lo que las posiciona como actores principales en el nuevo contexto procesal. Sin embargo, atinadamente se les da participación directa a los ciudadanos para gestionar la defensa de sus intereses, acorde con el derecho humano de asociación establecido por el artículo 9º constitucional¹⁵.

Pero para legitimar por completo a una asociación de personas, se estableció la necesidad de que cuente con una “representación adecuada”, la cual es elevada a la calidad de *interés público*, correspondiendo a los jueces *vigilar de oficio* que la representación del grupo cumpla los estándares cualitativos establecidos por el legislador, los cuales componen el actual artículo 586.

En este apartado puede destacarse que las asociaciones requieren constituirse bajo la forma de asociaciones civiles, pues queda estrictamente prohibido que la acción se promueva con fines de lucro, lo que de suyo excluye en automático a cualquier

¹⁴En este aspecto, Fernando García Saís afirma que esta legitimación procesal es disyuntiva y exclusiva. El primer supuesto se da en la medida que cualquiera de los entes co-legitimados puede interponer la acción colectiva, sin necesidad de autorización de los demás entes y sin que sea necesario la formación de un litisconsorcio activo. El segundo supuesto se surte porque el legislador prevé un modelo de *numerus clausus*, conforme el cual únicamente las entidades señaladas tienen legitimación para presentar la demanda. “Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada)”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 32, 2011, pp. 55 - 56.

¹⁵Jaime Cárdenas Gracia, en su participación en la discusión en la Cámara de Diputados, afirma que una debilidad del dictamen es la restricción absurda de la legitimación procesal, que no permite a cualquier grupo o ciudadano la defensa y protección de los intereses difusos. Además, conjuntamente con Enoé Margarita Uranga Muñoz apuntan que la exigencia de que la asociación tenga un año de constitución, como requisito para promover una acción colectiva, es contrario a lo dispuesto por el artículo constitucional señalado.

sociedad mercantil¹⁶. Empero, no se establece restricción para que las sociedades mercantiles puedan formar parte de la clase bajo el esquema de *opt in*, en virtud de las personas jurídicas se encuentran revestidas por los derechos constitucionales que no sean incompatibles¹⁷, *per se*, con su naturaleza, lo cual implica que la restricción tiene su esencia en impedir constituir sociedades que realicen sus negocios con la promoción de esta clase de litigios.

Una restricción más a las asociaciones es que su constitución y actuación debe ser de buena fe, pues no deben promover o no debieron promover reiteradamente acciones frívolas o temerarias. El control de ese aspecto corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, que es la entidad ante la cual están obligadas a registrarse las asociaciones que pretendan la defensa correspondiente, conforme lo establece el artículo 619, de manera que existe la obligación de los tribunales de informar al Consejo de las actividades irregulares de una determinada asociación, con la finalidad de llevar un registro de la conducta de las asociaciones, que permita el rechazo de la pretensión, por no conducirse éticamente.

Pero en el dictamen nada se argumenta en relación a las consecuencias legales para las asociaciones que no funcionen bajo los parámetros de calidad señalados. Es decir, la normatividad no establece una sanción especial, diversa a las causas de improcedencia de la legitimación en el proceso, a las asociaciones que, por ejemplo, promuevan acciones frívolas o improcedentes así determinadas por las correspondientes decisiones judiciales. Se entiende en este aspecto que los tribunales tienen la obligación de informar de esa situación al Consejo, para que se realicen las anotaciones correspondientes en el registro público, de manera que un juez de distrito, ante el cual se promueve por primera vez una acción colectiva pueda cerciorarse que existe una *representación adecuada*.

Además, el registro en ese sentido funciona para que la parte demandada esté en aptitud de interponer la correspondiente excepción de falta de legitimación, precisamente al violar las disposiciones de orden público relativas al especial caso de representación por asociaciones privadas.

¹⁶Para asegurar la representación adecuada y preservar los derechos del grupo, las asociaciones deben tener un programa bien definido. En consecuencia, una asociación debería poder promover una acción colectiva solamente para proteger intereses esencialmente relacionados con los fines institucionales establecidos en sus estatutos. Las asociaciones son consideradas los representantes naturales de los derechos de grupo, no en virtud de sus propias declaraciones en sus estatutos, sino porque existe una correspondencia natural entre el carácter transindividual del derecho que se exige ante el tribunal y la necesidad de un representante transindividual. Más aún, las asociaciones deben estar autorizadas a iniciar acciones colectivas no porque representen los intereses de sus miembros, sino porque ellas a menudo pueden conservar aquellos derechos de grupo más efectivamente que los propios individuos. Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, 2004, pp. 81 - 82.

¹⁷En la actualidad los tribunales colegiados sostienen un debate relativo a la extensión de los derechos humanos a las personas jurídicas, del cual conoce ya el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 360/2013.

El problema también surge en determinar si existe una temporalidad para la sanción, o bien, si esta debe considerarse permanente. En el primer aspecto, en el proceso legislativo no existe una posición al respecto; por el contrario, para el código no existe una representación adecuada cuando se ejercieron acciones frívolas o temerarias de manera reiterada. Esta situación tiene como consecuencia la extinción de la asociación en términos del artículo 2685 del Código Civil Federal, pues se vuelve incapaz de realizar el fin para el que fueron fundadas, que se encuentra determinado por el artículo 585, fracción III, del ordenamiento procesal, el cual vale la pena transcribir:

III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este en este Código; [énfasis añadido].

De esta forma, aunque en el objeto social se incluyan diversas actividades, lo cierto es que la asociación que no ajustó su actuación a las reglas de conducta, establecidas en la norma jurídica, está imposibilitada para ejercer una defensa jurídica de los derechos e intereses, por no poderse estimar que pueda llevar a cabo la representación adecuada que exige la ley, lo que repercute en la carencia de legitimación.

Otra de las novedades que debe resaltarse es la autorización expresa para que los jueces desechen demandas que consideren infundadas, frívolas, temerarias o improcedentes, lo cual se estableció en el último párrafo del artículo 587 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Ciertamente, el sistema legal para los juicios ordinarios no prevé una disposición en tal sentido, pues únicamente prevé en el artículo 325 la posibilidad de que el juez exija que la demanda sea aclarada o completada, como presupuestos para estar en posibilidad de desecharla¹⁸. No obstante, bajo un método de interpretación funcional, los jueces pueden fundamentar el desechamiento de plano de una demanda, en el contenido del artículo 57, que prohíbe a los tribunales admitir, entre otros, “promociones” *notoriamente maliciosas o improcedentes*, género en el cual deben estimarse comprendidas las demandas¹⁹.

En materia de notificaciones, el dictamen del Senado distingue claramente la necesidad de hacer saber a la colectividad o a la parte actora la existencia del procedimiento, debido a las posibles dificultades para notificar a una gran cantidad de miembros, a lo que debe sumarse los problemas derivados de cuestiones geográficas.

¹⁸Artículo 325. Si la demanda es oscura o irregular, el tribunal debe, por una sola vez, prevenir al actor que la aclare, corrija o complete, para lo cual se la devolverá, señalándole, en forma concreta, sus defectos. Presentada nuevamente la demanda, el tribunal le dará curso o la desechará. El auto que admita la demanda no es recurrible, el que la desecha es apelable.

Se plantea la necesidad de que la notificación que admita la demanda se haga con medios idóneos, en los que se considere el tamaño, localización y demás características de la colectividad, notificación que además deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. El resto de las notificaciones se realizarán por estrados.

De esta forma, se distinguieron las siguientes situaciones concretas:

- a) La necesidad de notificar, en forma personal, al representante legal el auto que admite la demanda, que deberá contener relación sucinta de los puntos esenciales del procedimiento colectivo, así como las características que permitan identificar a la colectividad.
- b) El empleo de los estados para notificar el resto de las notificaciones a los miembros de la colectividad o grupo.

La normatividad finalmente aprobada establece las siguientes formas de notificación:

1. El emplazamiento al demandado, el cual se lleva a cabo una vez que se presenta la demanda o se subsanan sus deficiencias (artículo 590).
2. Personalmente el auto admisorio de la demanda al representante legal, quien deberá ratificarla (artículo 591).
3. Notificación de mayor eficiencia, que se realiza a la colectividad para notificarle el inicio del ejercicio de la acción colectiva, con las características señaladas de economía, eficiencia y amplitud del medio empleado (artículo 591).
4. Por estrados el resto de las notificaciones que vayan dirigidas a los miembros de la colectividad o grupo (artículo 593).

¹⁹Tesis I.4o.C.229 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXXI, febrero de 2010, p. 2825: DESECHAMIENTO DE DEMANDAS CIVILES INVIABLES. SUPUESTOS PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 72 Y 257 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. En los artículos 72 y 257 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, existen supuestos para que los Jueces rechacen de plano o se nieguen a dar curso a las demandas, si no se cumple con los requisitos de admisibilidad o procedibilidad contemplados por el segundo precepto, como cuando resulte evidente, notoria, manifiesta e indudable su inviabilidad para alcanzar el objeto del juicio promovido, ya sea por la falta de un presupuesto procesal o de una condición para el dictado de un fallo de fondo, que no sea posible remover durante la secuencia procedimental que se instruyera, independientemente del material probatorio que se allegara y de las circunstancias que acontecieran, o inclusive, cuando el objeto perseguido o pretensión resulten absolutamente inviables, porque la situación fáctica invocada como causa de pedir, no se encuentre amparada en modo alguno por el derecho sustantivo, de modo que la promoción se pueda calificar como frívola o notoriamente improcedente. Esto es, en consideración a la estructura e integración jurídica de un proceso jurisdiccional, los supuestos lógicos y jurídicos que podrían dar pauta para un desechamiento, podrían ser solamente los siguientes: a) Evidencia irremovable de que en el caso no se actualiza algún presupuesto procesal y, por tanto, no es susceptible de prueba posterior, porque con esto quedaría de manifiesto la imposibilidad jurídica y hasta material de integrar válidamente la relación jurídico procesal, que es exigencia sine qua non para dictar una sentencia de fondo en un juicio, como ocurriría, verbigracia, con la demanda presentada por una persona física para dilucidar una cuestión en la que fuera totalmente ajena directa o indirectamente; b) La falta, también insuperable, de algunas de las condiciones necesarias para el dictado de la sentencia de fondo al concluir el procedimiento, como son la legitimación ad causam y el interés jurídico; y c) La absoluta inviabilidad de lo pretendido, por no encontrarse tutelado, o hasta estar prohibido, por el derecho sustantivo, como por ejemplo el cumplimiento de un contrato donde se hubiera pactado la comisión de un delito, el cumplimiento del débito carnal, la imposición de una sanción penal por deudas de carácter puramente civil, etcétera.”

Por otra parte, la integración de la colectividad actora presenta como característica la adopción del sistema conocido como *opt in*, de forma tal que el sistema de acciones colectivas se maneja mediante la solicitud de inclusión expresa de los afectados²⁰, lo cual se consideró conveniente realizar mediante una comunicación expresa dirigida al representante de la colectividad, de manera que en este aspecto la ley deja abierta la posibilidad de emplear los medios electrónicos, que consisten en una herramienta poderosa para poder conformar adecuadamente la clase, si se toma en consideración que sus representantes pueden optimizar el procedimiento de inscripción, mediante el uso de tecnologías de la información, como por ejemplo, contar con un formulario electrónico en internet, mecanismo que facilita la inscripción de las personas, prácticamente en cualquier lugar del planeta y a cualquier hora del día²¹.

En materia probatoria, se reconoce expresamente como innecesario que se rindan pruebas individualizadas por cada uno de los miembros de la colectividad, pero en el caso de las reclamaciones individuales, es necesario que se justifique la relación causal en el incidente de ejecución respectivo, situación que es contraria precisamente a la naturaleza de las acciones colectivas y que rompe con el esquema moderno y el propio discurso que el legislador dirigió a los jueces.

Referente a la sentencia se realizaron modificaciones a la iniciativa. La más importante es la prohibición de enriquecimiento del conglomerado afectado, que no permite la condena a daños punitivos o daños ejemplares (*punitive damages or exemplary damages*)²², de forma tal que se sigue la tradición del derecho de daños del sistema civil, en donde únicamente se puede obtener del adversario la reparación del daño causado, sin la posibilidad de indemnizaciones de otra clase²³. Inclusive,

²⁰Las desventajas de este modelo yacen en la complejidad procesal, en el tiempo y el costo, cuando los perjuicios individuales hubieran propiciado un tratamiento homogéneo, a la par que el desconocimiento real de la existencia del proceso, unido a que la desproporción entre los costos y la cuantía de cada pretensión individual conduce a que en la realidad exista una gran divergencia entre el número de personas que acuden al proceso y las que podrían hacerlo, impide de hecho el efecto disuasorio. Cfr. Armenta Deu, Teresa, *Acciones Colectivas: Reconocimiento, Cosa Juzgada y Ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 85. Por su parte, Antonio Gidi señala que México es el único país en toda Latinoamérica que tiene implementado este sistema, no obstante que en el borrador del Comité se sugirió un sistema de *opt out*, en donde también se alertó de que las clases tuvieran una conformación muy pequeña, lo que minimizaría el poder del instrumento y, por ende, el poder de la gente, y que no obstante ello, el Senado sucumbió al poderoso conglomerado de las mayores corporaciones, para escoger el sistema del *opt in*. "The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America", *Brooklyn Journal of International Law*, núm. 3, vol. 37, 2012, pp. 922 - 923.

²¹En la redacción final del artículo 594 se conserva esta idea e, inclusive, se agrega para disipar cualquier duda, que el consentimiento de los individuos deber ser expreso y *simple*.

²²En el sistema estadounidense, la condena por estos conceptos tiene dos objetivos claramente definidos: a) castigar al demandado, y b) hacer del demandado un ejemplo para disuadir a los demás. Cfr. Garner, Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 1995, p. 718.

²³En la correspondiente discusión en la Cámara de Diputados, Ildefonso Guajardo Villareal señaló que se había logrado posicionar al nuevo sistema en el "punto intermedio", sin llegar al extremo de la legislación norteamericana, en donde las acciones colectivas fueron calificadas como negocios de abogados. En este tema, Francisco Javier Cárdenas Ramírez señala que los Estados Unidos iniciaron los procesos colectivos en 1938, el cual encontró eco en diversos países occidentales, pero con una influencia muy lenta y con demasiadas reservas entre los países europeos en relación al cobro de indemnizaciones, en virtud de que en gran parte de Europa se prohíbe a los abogados el cobro de honorarios sobre la base de la *quota litis*. "Las acciones colectivas frente a las garantías constitucionales en el amparo", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 17, 2004, p. 78.

bajo una falsa protección a la comunidad, se consideró conveniente que los gastos y costas originados con la tramitación del litigio, serán absorbidos por cada parte, lo que implica una disuasión de la justicia, en virtud que el estándar probatorio en esta clase de juicios es de mucha mayor entidad, al tenerse que emplear pruebas científicas cuyo costo es elevado²⁴.

Específicamente, se dispone que el juez sólo podrá 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, si esto fuere posible.

La única excepción que puede considerarse existente respecto de los gastos y costas es la relativa a las acciones colectivas difusas, en la cual se establece un fondo para pagar actos derivados de la tramitación del proceso (notificaciones, pruebas, honorarios), así como su empleo para fomentar la investigación y difusión relacionada con las acciones colectivas y derechos colectivos²⁵. En relación a la investigación y difusión, no se establecieron reglas de ejecución²⁶, pues solamente se indicó, en la redacción final del artículo 626, la obligación del Consejo de la Judicatura de divulgar anualmente su ejercicio.

II. Materias de procedencia de las acciones colectivas

Cuando se plantea la defensa de los intereses en una acción colectiva, el interés que se pretende preservar, aunque localizado con cierta inmediatez en un grupo, debe ser aceptado como digno de protección para todos, precisamente porque, de un modo cuando menos mediato, atañe a la comunidad en general, además de que quienes insinúan una pretensión accionable, en razón de la naturaleza propia de los hechos,

²⁴Este fue el pronunciamiento de la diputada Enoé Margarita Uranga Muñoz, que indica la contrariedad con el sistema de costas establecido por el Código Civil, el cual afecta a todas las víctimas que se verán forzadas a pagar los gastos del juicio, no obstante de que hayan obtenido sentencia favorable, y agrega "... en la pobreza en que están normalmente las comunidades que demandarán, tendrán ellas que pagar a sus defensores así salgan triunfantes, contrario a la lógica del propio derecho y de lo que ya tenemos reconocido, se protege a los empresarios grandes para que no tengan que pagar el juicio". Por el contrario, Gabriel Gil señala que en los procesos colectivos es aconsejable que sean soportadas en el orden causado, salvo que exista una manifiesta malicia o temeridad procesal, con lo cual su imposición implicaría una suerte de sanción ante el quiebre del principio de buena fe. *Op. cit.*, nota 13, p. 227.

²⁵Teresa Armenta Deu estima que la creación de "fondos", si bien plantea dificultades a la hora de regular sus organismos recaudadores o administradores, puede resultar un instrumento de gran utilidad, al menos en el plano teórico, pues su finalidad puede alcanzar desde pagar la recompensa a quien ejerció la acción colectiva, para compensarle por los gastos y resarcir a los interesados que acudieron al proceso, hasta sufragar la investigación y programas educativos, tendientes a evitar la reiteración de las conductas causantes del daño. *Op. cit.*, nota 20, p. 125.

²⁶Artículo 625. Los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones referidas en el párrafo anterior, deberán ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como para el pago de los honorarios de los representantes de la parte actora a que se refiere el artículo 617 de este Código, cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos."

estén actuando en procuración del interés personal y también común²⁷.

Como ha quedado precisado en el apartado anterior, el Constituyente no estableció parámetros o reglas para fijar las materias en que las acciones colectivas pueden ser ejercidas. Por el contrario, dejó a la absoluta discrecionalidad del legislador ordinario establecer: a) las materias de aplicación; b) los procedimientos judiciales; y c) los mecanismos de reparación del daño.

Es en la iniciativa presentada por el senador Murillo Karam que se establecen las materias de procedencia de las acciones colectivas, que acorde con el artículo 578, se agrupan en relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos y privados y medio ambiente. Para clarificar estos dos universos, se debe recurrir al artículo 585, que establece la legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas, así como al decreto de reforma de los diversos ordenamientos, que dan como resultado que sean procedentes para regular el derecho de daños en materia civil, de consumidores, ambiental, financiera y económica.

La lista dejó fuera a las acciones colectivas no solamente en materias importantes como la educacional, la laboral y la electoral, sino también a diversos derechos sociales, económicos y culturales, motor del constituyente para establecer a nivel constitucional a las acciones colectivas.

En la mayoría de los ordenamientos estos derechos son regulados deficientemente, mediante fórmulas abstractas e indeterminadas que dificultan su interpretación²⁸. Su tutela ha surgido para enfrentar el proceso acelerado de socialización que enfrentan los individuos en la actualidad, caracterizado por la mayor interacción entre los grupos sociales y las relaciones de dependencia que lo colocan en una situación de desventaja frente a los detentadores del poder²⁹. Esta situación fáctica exige la implementación de nuevas reglas que les permitan a los individuos en situación de desventaja una mayor protección jurídica y la tutela procesal de sus derechos³⁰.

1. Derecho civil

El derecho de daños encuentra su mayor desarrollo en el derecho civil. Nuestro sistema civil, tanto la Federación como las entidades federativas, tienen implementada una dualidad³¹, pues establecen la responsabilidad derivada de hecho ilícito (aqui-

²⁷ Cfr. Monti, L. José, *Los Intereses Difusos y su Protección Jurisdiccional*, Bs. As., Ad Hoc, 2005, p. 99.

²⁸ Cfr. Armijo, Gilbert, *La Tutela Constitucional del Interés Difuso*, 2ª ed., San José Costa Rica, IJSA, 1999, p. 43.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*.

³¹ Manuel Borja Soriano indica que la teoría de la culpa es la única adoptada por el Código Civil de 1884, que no contiene ningún precepto relativo a la teoría objetiva, mientras que en el Código Civil de 1928, en el artículo 1910 consagra en principio la teoría de la culpa, pero admite ciertas excepciones derivadas de la teoría objetiva. *Teoría General de las Obligaciones*, 19ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 383.

liana) y la responsabilidad del riesgo creado por el empleo de ciertos mecanismos o sustancias (objetiva)³².

No puede haber responsabilidad sin la existencia de un daño, el cual es su presupuesto, que si es de carácter reparativa presupone la necesidad de algo que reparar³³. El daño sufrido puede ser de naturaleza muy diferente, porque puede producirse un perjuicio material, pecuniario o patrimonial, o bien, un perjuicio moral³⁴.

El Código Civil Federal, entiende por daño *la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación*³⁵, mientras que el perjuicio está destinado a normar la privación de una ganancia lícita, que necesariamente se hubiera producido si la obligación hubiere sido cumplida³⁶. En otras palabras, el daño emergente y el lucro cesante dan lugar a la indemnización correspondiente.

Por lo que refiere al daño moral, el Código Civil indica que es la afectación en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Es decir, se trata de aspectos puramente subjetivos que regulan la psique tanto del dañado como de otras personas en relación a éste³⁷, de manera que es un daño que cada persona vive y padece de distinto modo, siendo el dolor multifactorial. Si hay dolor físico, su percepción no sólo dependerá de la naturaleza de la enfermedad, sino de factores fisiopatológicos, características psicosomáticas, variables cognitivas, conductuales, ambientales³⁸. Un mismo estímulo no produce el mismo efecto en todas las personas, en virtud de encontrarse supeditada a los más variados factores subjetivos³⁹.

El artículo 2110 del ordenamiento señalado establece que los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obliga-

³²Rafael Rojina Villegas señala que el artículo 1913 del Código Civil se ha entendido en el sentido de que la cosa se convierte en peligrosa, en tanto y cuanto cumpla una función, que es la que crea el riesgo, o en otras palabras, la peligrosidad de la cosa depende sólo de su naturaleza funcional. Las cosas que están llamadas por su propia naturaleza a desarrollar una función, a cumplir con un fin, son peligrosas porque sólo podrán cumplir su fin en tanto que originen un riesgo. *Derecho Civil Mexicano*, 9ª ed., México, Porrúa, 2003, t. V, vol. II, p. 71. Por su parte, José Luis de la Peza Muñoz Cano dice que el riesgo también puede derivarse del empleo de personas cuya conducta resulta dolosa, imprudente o negligente, y que en estos supuestos, si estas personas causan daños, serán responsables de sus hechos ilícitos, pero el empleador será también responsable como creador del riesgo. *De las Obligaciones*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 82.

³³Mazeaud, Henry *et al*, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., ediciones jurídicas Europa-América, 1961, T. I, vol. I, p. 293.

³⁴*Ibidem*, p. 298.

³⁵Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

³⁶Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

³⁷Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás [...]

³⁸Abrevaya, Alejandra D., *El daño y su cuantificación judicial*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2008, pp. 309 - 310.

³⁹*Ibidem*, p. 310.

ción, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse, a diferencia de otros sistemas jurídicos, que no permiten la indemnización del daño futuro y eventual.

La relación entre la falta de cumplimiento de una obligación y los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento, debe ser de tal manera estrecha que no deba existir alguna otra causa a la que también pueda atribuirse el origen de los daños y perjuicios. Esto es, deben quedar perfectamente identificadas las causas próximas y remotas como generadoras del daño.

La adición al Código Civil Federal del artículo 1934 bis⁴⁰, obliga a indemnizar los daños cometidos a una colectividad o grupo de personas, mediante el mecanismo de acciones colectivas establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, con la problemática que se expondrá en la última parte de esta investigación.

2. Derechos de los consumidores

Uno de los intereses que las acciones colectivas tutelan son los individuales de incidencia colectiva. El artículo 580, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Civiles los define como los que son “de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho”. Este es el interés que presentan los consumidores, quienes individualmente se encuentran en posición de exigir una responsabilidad contractual, por virtud de la liga jurídica que mantienen con el proveedor o prestador del servicio, pero que por cuestiones que pertenecen al campo del análisis económico del derecho, no es conveniente accionar individualmente por los costos.

De esta forma, los consumidores tienen un interés individual que es perfectamente divisible por virtud de la situación contractual que surge en las relaciones comerciales. El grupo es identificable como la colectividad de consumidores de un determinado bien o servicio, los cuales se encuentran unidos por situaciones de derecho derivadas del sistema normativo de protección a los consumidores, así como por cuestiones de hecho correspondientes a los daños que se les causaron.

El antecedente de un litigio colectivo se encuentra en el texto original de la Ley Federal del Consumidor de 1992. El artículo 24 establecía la atribución de la Procuraduría para “representar individualmente o en grupo a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores”. Esta disposi-

⁴⁰Artículo 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.

ción se complementaba con lo establecido en el artículo 26, que expresamente dotaba de la legitimación procesal para accionar ante tribunales judiciales, con la finalidad de obtener el dictado de una sentencia tutitiva de los derechos de los consumidores.

El problema que este sistema presentaba era que la Procuraduría debía contar previamente con mandato de los consumidores perjudicados, además de que esta atribución era discrecional, ejercitable previo análisis de su procedencia, lo que implicó que esta atribución quedara sin empleo por mucho tiempo. Sin embargo, la necesidad de contar con una defensa adecuada de los consumidores propició que en el 2004 se llevara a cabo una reforma, en el sentido de remover la necesidad de contar con un mandato de los consumidores afectado, ante la existencia de la representación legal que no requiere de mandato, así como establecer un límite inferior para la indemnización de los daños y perjuicios, no podía ser menor al veinte por ciento de su monto⁴¹.

Luis Alfredo Brodermann Ferrer señala que la Ley Federal de Protección al Consumidor es un ordenamiento administrativo, no procesal, que requería la necesaria correlatividad procesal en los códigos de procedimientos civiles, con la finalidad de evitar un conflicto de leyes, independientemente de la reforma constitucional que sobreviniera⁴². Esa reforma constitucional, como quedó precisado en esta investigación, tuvo lugar el veintinueve de julio de 2010, mediante la adición al artículo 17 constitucional, y posteriormente tuvo lugar la adecuación a la normatividad procesal en enero de 2011, dentro del paquete de reformas para implementar el sistema de acciones colectivas en México.

En la actualidad, el artículo 26⁴³ de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece no solamente la legitimación de la Procuraduría, sino también la de los sujetos legitimados establecidos por el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que permite a las asociaciones civiles o a grupos la defensa de sus derechos como consumidores. Al desaparecer la acción de grupo y establecer la procedencia de la acción colectiva, el sistema jurídico adquiere coherencia, pues ahora los consumi-

⁴¹José Ovalle Favela indica que esta adición no resultó muy clara, en virtud que si el veinte por ciento se refería a los daños y perjuicios resentidos individualmente pro un consumidor, no se encontraba ninguna justificación para reducirlos a tan bajo porcentaje. Por su parte, si ese porcentaje se calculaba sobre la totalidad de los daños y perjuicios causados a los consumidores, la regla podía ser aplicable al caso de que sólo fueran cinco o menos los consumidores afectados, pero si eran más, no estaba claro la forma en que se llevaría a cabo la repartición del veinte por ciento a cada uno de ellos. *Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Grupo Promovida por la Procuraduría Federal del Consumidor. Efectos de la sentencia declarativa*, México, 2012, serie Decisiones Relevantes de la SCJN, 62, p. 134.

⁴²*Cfr.* “Los efectos de la sentencia en las acciones de grupo en México”, *Alegatos*, México, núm. 63, mayo-agosto 2006, p. 352.

⁴³Artículo 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.

dores afectados cuentan con un mecanismo procesal, que posibilita y hace efectivo su derecho humano de acceso a la tutela jurisdiccional.

3. Derecho ambiental

En el orden internacional, puede decirse que hasta bien entrado el siglo XX no se advierte una preocupación clara y específicamente dirigida a la protección del medio ambiente como tal y en su integridad⁴⁴, como México, que introdujo hasta 1999 el derecho al medio ambiente en la Constitución. En palabras de María del Carmen Carmona Lara:⁴⁵

El derecho al medio ambiente adecuado es la suma de un cúmulo de deberes que pueden ser de tres formas. En primer término, los derechos y deberes imputables a todos los individuos en cuanto titulares del derecho y obligados al respecto de los derechos de los restantes miembros de la colectividad, que podríamos frasear de la siguiente manera: mi derecho de destrucción termina en donde tu derecho a la vida se inicia. En segundo lugar el derecho de los individuos para que todos los grupos respeten sus derechos y su deber de cumplir con las disposiciones que antepone y superponen el interés público en particular. Por último, el derecho al ambiente es un derecho que requiere del Estado, ya que éste es destinatario de muchas de las disposiciones que pueden tener un carácter tanto negativo como positivo.

En el caso del derecho ambiental, el derecho a un “ambiente adecuado” es un derecho difuso que le corresponde a un número indeterminado de personas que no se encuentran organizadas formalmente, pero que están ligadas por una situación de hecho⁴⁶. Sin las acciones colectivas, la única forma que se tenía para defender el derecho a un río limpio era mediante la denuncia popular, lo cual no implicaba un procedimiento judicial sino administrativo, que no culminaba con la condena a la reparación del daño⁴⁷.

El Estado de Morelos estableció las acciones colectivas dentro de su código civil, mucho antes de la reforma a la Constitución de 1917, precisamente como una herramienta de tutela de los sectores más necesitados. El antecedente del uso de la acción corresponde a la demanda interpuesta por la “Asociación de Colonos de Manantiales”, en contra de la gasolinera “Milenium 3000”, con la intervención del Poder Judicial de la Federación, al ordenar en un juicio de amparo que la demanda fuera

⁴⁴Monti, José L., *op. cit.*, nota 27, p. 64.

⁴⁵“El derecho al medio ambiente: defensa de los intereses difusos en el derecho ambiental internacional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003, p. 147.

⁴⁶Ramos Campos, Quezalli, “Esto no es una pipa... es una acción colectiva”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, núm. 47, febrero-marzo 2012, p. 40.

⁴⁷*Idem*.

admitida, derivado de la negativa de los juzgadores del fuero común para estimar su competencia en materia ambiental⁴⁸.

En la actualidad, el artículo 4º constitucional regula el derecho al medio ambiente al establecer no solamente una norma programática, sino la obligación del Estado de garantizar el respeto a ese derecho y el reconocimiento de la responsabilidad para quien lo provoque⁴⁹. Con el paquete de reforma de acciones colectivas, la égida del medio ambiente no solamente corresponde a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, en virtud que el artículo 202 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente establece que los actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, corresponde el ejercicio de la acción a la Procuraduría, “así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles”, lo que asegura la participación de colectividades y asociaciones civiles, inclusive tratándose de la defensa de los derechos ambientales incluidos en las normas de las entidades de los Estados⁵⁰.

El papel determinante de las acciones colectivas en materia ambiental es disuadir el comportamiento abusivo y el daño que provocan las empresas e instituciones gubernamentales a los recursos naturales, lo cual implica que su sanción y castigo no puede reducirse a las multas y a la imposición de medidas de seguridad que nunca son verificadas, sino que se debe evitar, y esto es una de las nuevas funciones de los tribunales, que continúe la conducta arbitraria dañando los ecosistemas, evitando el desarrollo sustentable y afectando a la economía y al bienestar de la población⁵¹.

4. Derecho financiero

En el derecho financiero se produce exactamente el mismo fenómeno que en el derecho de los consumidores, pues los usuarios necesariamente son consumidores de los servicios prestados por las instituciones financieras en México, ligados por contratos de adhesión que no permiten el consenso de las cláusulas.

Una vez más la perspectiva del análisis económico del derecho justifica la

⁴⁸Ojeda Mestre, Ramón, Las Acciones Colectivas en el Sistema Judicial Mexicano, *Lex*, México, núm. 178, abril de 2010, p. VIII.

⁴⁹Toda 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.

⁵⁰Con la reforma, los ciudadanos afectados por el daño ambiental pueden acceder al Poder Judicial, directamente en defensa del derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado, sin intermediaciones de la autoridad administrativa, lo que produce la ruptura del monopolio de las procuradurías ambientales. Cfr. Calvillo Díaz, Gabriel, “Reforma de Acción Colectiva y Diálogo Legislativo para el 2012: La vinculación pendiente entre el proceso y la responsabilidad ambiental”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, núm. 47, febrero-marzo 2012, p. 36.

⁵¹Carmona Lara, María del Carmen, “Breves reflexiones en torno a las acciones colectivas en relación con el derecho al medio ambiente adecuado”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, núm. 38, agosto-septiembre 2010, p. 42.

necesidad de las acciones colectivas. Existen violaciones contractuales por parte de las instituciones financieras que económicamente no son redituables reclamar en un litigio, en virtud que es mayor el costo del juicio para el afectado que el posible resarcimiento patrimonial que pudiera obtener. Sin embargo, ante la posibilidad de poder acceder a una acción colectiva mediante el esquema del *opt in*, económicamente es viable para los usuarios de los servicios financieros la demanda correspondiente, lo que disuade a las instituciones financieras de persistir en su conducta y evitar futuras afectaciones a la colectividad usuaria de los servicios financieros⁵².

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros fue reformada, para establecer la facultad expresa de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros en el ejercicio de acciones colectivas, específicamente cuando *se realicen actos, hechos u omisiones* que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios, ya sea por esa Comisión o por cualquiera de los sujetos a los que el Código Federal de Procedimientos Civiles otorga legitimación⁵³.

El beneficio de conceder legitimación a entidades diversas a la Comisión es evidente, si se toma en cuenta que el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros prevé la existencia del “Comité de Acciones Colectivas”, el cual es el encargado de *aprobar* los asuntos en los que se ejercitarán, obligado a tomar en cuenta factores ajenos a la materia del derecho de daños, pues el ejercicio de la acción es supeditada a la valoración de los alcances “políticos y sociales”, así como al impacto en el desarrollo del sistema financiero mexicano, lo que implica que, en el caso de considerar que la pretensión de los usuarios de la banca puede desequilibrarlo, la acción no será llevada a los tribunales, y constituye el reflejo de la indebida protección de las instituciones financieras, en detrimento de los derechos de los usuarios⁵⁴.

⁵²Alberto Benítez Tiburcio señala que muchos empresarios han convertido la vulneración de derechos colectivos en práctica rutinaria, por ejemplo en el caso de los cobros indebidos o abusivos por los bancos y proveedores de servicios financieros, así como cobros excesivos en prácticamente todos los sectores de la economía han ido moldeando el estándar de la actividad empresarial en México. Cfr. “Acciones Colectivas en México”, *Jurípolis*, México, año 2009, núm. 10, vol. 2, p. 105.

⁵³Artículo 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.

⁵⁴Artículo 39 Bis. El Comité de Acciones Colectivas será un órgano colegiado que analizará la procedencia, determinará la estrategia y aprobará los asuntos en los que se ejercitarán las acciones colectivas de los Usuarios, considerando los alcances jurídicos, políticos y sociales, así como su impacto en el desarrollo del Sistema Financiero Mexicano.

5. Competencia económica

Sócrates en su diálogo con Adimanto, sobre el nacimiento de las ciudades para observar el desarrollo de la justicia e injusticia, señala que establecer una ciudad en donde no sean necesarias las importaciones es casi imposible, tarea que corresponde a los comerciantes, por lo cual la ciudad demanda su existencia⁵⁵. El sistema de económico es el que posibilita el desarrollo de las sociedades, aún en los niveles más elementales como el trueque hasta los más avanzados como las operaciones económicas derivadas de la globalización, de manera que el Derecho debe proveer el andamiaje jurídico para asegurar un desarrollo óptimo, que controle la vorágine lucrativa y trate de propiciar la adecuada repartición de la riqueza que impida colapsar el tejido social. Por ello existen áreas económicas que se consideran estratégicas y demandan la regulación por el Estado, lo cual se constituye como un obstáculo para el ejercicio de la libertad de los contratantes, no solamente para controlar la inflación y la deflación, sino para asegurar la supervivencia del propio Estado a niveles macroeconómicos, mediante el control de ciertas relaciones comerciales.

En México, el régimen estratégico económico se encuentra en los artículos 25 a 29 de la Constitución de 1917, en los cuales se establecen una serie de disposiciones que establecen mecanismos de regulación y protección sobre la economía nacional. Para el Constituyente la idea de controlar la economía nacional quedó muy clara, derivado de los diversos conflictos sociales que demandaron la expedición de una nueva Constitución, lo cual se ve reflejado en la prohibición de los monopolios y estancos, “ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria”, texto que, aunque con algunas modificaciones, subsiste hasta estos días⁵⁶.

La disposición instrumental de esta prohibición se encuentra en el segundo párrafo del artículo 28, que dispone el castigo severo y la eficacia de las autoridades en su imposición, cuyo texto original fue aumentado para prever los acuerdos, procedimientos o combinación que hagan con la finalidad de evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí, negociaciones que evidentemente redundan en perjuicio de los consumidores al obligarlos a pagar precios “exagerados”⁵⁷.

⁵⁵Platón, *La República*, Medi, 2010, edición para Kindle, locación 1028.

⁵⁶El texto vigente del primer párrafo del artículo 28 constitucional agrega que la prohibición apuntada serán en los términos y condiciones que fijan las leyes y que el mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

⁵⁷“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 concurrencia o la competencia entre sí o para 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.”

Para tal efecto, la última reforma a este artículo, realizada el 11 de junio de 2013, estableció a nivel constitucional la existencia de la Comisión Federal de Competencia Económica, la cual es elevada a la categoría de órgano constitucional autónomo, con la finalidad de garantizar la libre competencia y concurrencia, así como para llevar a cabo funciones de prevención y represión para el funcionamiento eficiente de los mercados⁵⁸.

Las acciones colectivas se erigen como el procedimiento adecuado para cumplir el mandato del Constituyente, por lo cual es acertado que se haya reformado el artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica para establecer la defensa de los derechos afectados por una práctica monopólica o concentración prohibida, bien sea de forma individual o colectiva.

Es pertinente apuntar que el recién aprobado Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia⁵⁹ no contempla disposiciones que regulen la actuación de esa Comisión en el ejercicio de las acciones colectivas, por lo que una vez más se demuestra la trascendencia que el código otorgue legitimación activa a la reunión fáctica de los afectados, para la defensa de sus intereses.

III. Competencia de los jueces de distrito

Alberto B. Bianchi⁶⁰ señala que los tribunales en la actualidad están llamados a resolver problemas de naturaleza general, y sus decisiones proyectan naturalmente sus efectos mucho más allá de los intereses de las partes involucradas en el conflicto, pero debe tenerse especial cuidado en el diseño procesal⁶¹:

En el camino hacia los tribunales se ha decidido que participen algunos a quienes antes no se les cursaba invitación, pero no se han creado los medios de transporte capaces de satisfacer las nuevas demandas. Como es lógico, el derecho sustancial ha dado un paso que deberá integrar en sus aspectos operativos el derecho adjetivo.

Ese problema también se presenta en el modelo español, pues mientras el legislador viene prestando una atención progresiva al fenómeno de los intereses supraindividuales desde el punto de vista del derecho sustantivo, no se ha empeñado con los

⁵⁸Miguel Flores Bernés indica que La autonomía se daría frente a los demás poderes primarios, aunque es claro que más bien se trata de darle mayor autonomía frente al Poder Ejecutivo, pues las resoluciones seguirán estando sujetas a revisión del Poder Judicial y se dan al Poder Legislativo nuevas facultades de revisión y control del nuevo organismo. http://kiobit.net/competenciae/docs/Reforma_Constitucional_en_Telecomunicaciones_y_Competencia_Economica.pdf [Consultado el 26 de septiembre de 2013].

⁵⁹Diario Oficial de la Federación de 19 de septiembre de 2013.

⁶⁰*Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Bs. As., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 18.

⁶¹*Ibidem*, p. 20.

mismos esfuerzos para dotar a los sujetos de ese fenómeno de unas normas procesales clara y directamente favorecedoras de sus derechos, lo cual es reconocido por la propia Comisión europea⁶².

Las acciones colectivas son competencia de los jueces federales, conforme lo mandata el artículo 17 constitucional. Ello implicó la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual entregó su conocimiento a los jueces en materia civil⁶³, derivado de la instauración de las normas instrumentales en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Esa situación se traduce en que el legislador ordinario tomó en cuenta la naturaleza del ordenamiento procesal para establecer la competencia de los jueces civiles, no así la naturaleza de la acción ejercida. En principio, no parece surgir ningún problema en las materias financieras y de protección al consumidor, en virtud de que ambas corresponden a la Federación.

Sin embargo, esa situación no acontece en materia ambiental, en donde existe una concurrencia de facultades de la Federación, los Estados y los Municipios⁶⁴, unidas por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente⁶⁵, y las correspondientes normatividades emitidas por las entidades señaladas, cuyas disposiciones son eminentemente de corte administrativo, que no regulan relaciones particulares entre los sujetos, de manera que los jueces federales en materia administrativa se constituyen como la mejor opción para conocer de estos asuntos, pues son quienes conocen y operan con la normatividad ambiental, al resolver, por ejemplo, los juicios de amparo contra las sanciones aplicadas por la violación a su contenido.

Esta situación también se presenta en la materia de competencia económica, en donde los jueces civiles serán obligados a resolver asuntos en los cuales no son especialistas, lo cual rompe el esquema del actual sistema jurídico, que establece juzgados de distrito y tribunales especializados para conocer del juicio ordinario administrativo, en conformidad con el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica.

La influencia de los sistemas internacionales no se dejó sentir al fijar la juris-

⁶²Cfr. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, Aranzandi, 1999, p. 120.

⁶³Artículo 53. Los jueces de distrito civiles federales conocerán: VII. De las acciones colectivas a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁶⁴Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXIX-G Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.

⁶⁵Artículo 40. La Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios ejercerán sus atribuciones en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, de conformidad con la distribución de competencias prevista en esta Ley y en otros ordenamientos legales.- La distribución de competencias en materia de regulación del aprovechamiento sustentable, la protección y la preservación de los recursos forestales y el suelo, estará determinada por la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

dicción y competencia de los jueces, como en el caso colombiano en donde la jurisdicción contenciosa administrativa se pone en movimiento para conocer de los procesos con base en acciones originadas contra actos de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, de las cuales conocen los jueces administrativos, reservando el conocimiento de los demás casos a los jueces civiles⁶⁶.

Por último, la problemática relativa al avance del derecho sustantivo sobre el procesal se presenta claramente en nuestro sistema. En el paquete de reformas a los diversos ordenamientos secundarios se incluyó una adición al Código Civil Federal, en el siguiente sentido:

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.

No obstante, en el producto final de reforma al código de procedimientos, el artículo 578 circunscribe la promoción de acciones colectivas “en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente”, con lo cual parecería que el derecho de daños en materia civil federal queda excluido.

Esta hipótesis es falsa. Ciertamente, la lectura desvinculada del sistema de la norma procesal puede guiar al equívoco de considerar únicamente procedente los daños relativos a las relaciones de consumo de bienes o servicios, así como los daños ambientales, pero debe tomarse en consideración que el principio de las acciones colectivas es el derecho de daños, que encuentra un mayor desarrollo en el derecho civil que en otras áreas de la ciencia jurídica. El derecho civil mantiene una relación inescindible entre las normas sustantivas y adjetivas, que en conjunto conforman su universo ontológico, del cual emanan los derechos subjetivos que las personas están en posibilidad de hacer valer en juicio, universo que se integra al sistema de administración de justicia, como derecho humano, establecido en el primer párrafo del artículo 17 constitucional.

Es axiomático que el artículo 1934 BIS establece una acción⁶⁷ a favor de una colectividad o grupo de personas, para ser indemnizadas por los daños y perjuicios cometidos en su contra, conforme las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, analizados por las teorías subjetiva (aquiliana) u objetiva (de riesgo creado), que constituyen el sistema de responsabilidad civil por los daños causados.

⁶⁶Cfr. Camargo, Pedro Pablo, *Las Acciones Populares y de Grupo*, 4ª ed., Bogotá, Leyer, 2004, pp. 177-178.

⁶⁷Chiovenda define a la acción como el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley. *La Acción en el Sistema de los Derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Themis, 1986, p. 5.

Es decir, se otorga un poder jurídico a una colectividad de personas para presentar su reclamo ante la autoridad judicial⁶⁸, con la finalidad de satisfacer la pretensión concreta de obtener la reparación e indemnización de los daños ocasionados por una conducta ilícita de otro sujeto, y con toda precisión establece el juicio para tal efecto, lo que es acorde con lo establecido en el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Civiles, que contempla la existencia *in genere* de intereses difusos, colectivos o individuales de incidencia colectiva, los cuales deben ejercitarse precisamente en los términos de su libro quinto, como así también lo prevé el propio artículo 1934 BIS.

La interpretación teleológica impide excluir el ejercicio de los daños civiles en acción colectiva, pues no debe soslayarse que su inclusión es obra del mismo legislador que creó el sistema completo y cuya voluntad se encuentra plasmada en el paquete de reformas a toda la pléyade de ordenamientos que se modificaron para cumplir con la obligación impuesta por el Constituyente Permanente, al adicionar el artículo 17 constitucional. Esta materia demanda que sean los jueces civiles quienes se encarguen de la decisión del procedimiento colectivo.

La procedencia de los daños civiles se encuentra limitada al ámbito territorial del Código Civil Federal sea aplicable⁶⁹, lo que implica que solamente en asuntos del orden federal pueda llevarse a cabo una acción colectiva por daños derivados de actos ilícitos. Si a esta situación se suma que los Estados no pueden legislar en materia de acciones colectivas, conforme el artículo 17 constitucional que otorga su conocimiento exclusivo a los jueces de Distrito, se concluye que la reparación de los daños e indemnizaciones colectivas son prácticamente inexistentes en el derecho de daños del sistema civil, pues para su conocimiento es indispensable que el hecho ilícito pueda ser ubicado en algunos de los supuestos establecidos por el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para que los jueces civiles federales estén en aptitud de su conocimiento, acorde a lo señalado con el artículo 19 del Código Federal de Procedimientos Civiles⁷⁰.

Como puede observarse, la reforma constitucional produce más desvaríos que aciertos, pues con la disposición de dotar a los jueces federales competencia exclusiva, produce una vulneración legal en un doble aspecto. En el primero, porque se trata de una indebida restricción y vulneración al principio federalista, en donde los Estados quedaron imposibilitados para legislar sobre acciones colectivas conforme a sus leyes. En el segundo, porque esa restricción produce una violación directa al artículo 17

⁶⁸Eduardo Couture establece que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Argentina, B de F, 2007, p. 47.

⁶⁹Artículo 1º. Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal.

⁷⁰Artículo 19. Los juzgados de Distrito tienen la competencia material que detalladamente les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

constitucional, al mantener el *statu quo* que la reforma trató de superar con la inclusión de las acciones colectivas. México debió seguir el modelo de las *class actions* estadounidenses, en el cual las Cortes de los Estados pueden conocer de acciones colectivas, para resolver las demandas que se basan enteramente en leyes estatales, sobre las cuales las Cortes federales carecen de jurisdicción, y en algunos casos también pueden conocer de asuntos que se basen en leyes federales⁷¹.

IV. Conclusión

Las acciones colectivas son una necesidad para el balance del sistema de administración de justicia. México ha emprendido el camino en este sistema, el cual presenta aciertos y errores. El sistema legal siempre es perfectible, y deberá irse adecuando para responder a las exigencias sociales, con la finalidad de mantener el equilibrio necesario para el desarrollo de la sociedad.

Los jueces tienen una nueva asignación, un nuevo reto que demanda un rol activo como protectores de los derechos humanos. El nuevo paradigma de justicia elimina a los jueces espectadores, con un actuar pasivo esperando que las partes cumplan con las cargas y obligaciones procesales que permitan dar la solución al problema. Las acciones colectivas se suman al cúmulo de reformas en diversos ordenamientos que abandonan la concepción francesa del juez, y lo conducen a tomar el papel activo que la sociedad globalizada exige.

Bibliografía

Abrevaya, Alejandra D., *El daño y su cuantificación judicial*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.

Armenta deu, Teresa, *Acciones Colectivas: Reconocimiento, Cosa Juzgada y Ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Armijo, Gilbert, *La Tutela Constitucional del Interés Difuso*, 2ª ed., San José Costa Rica, IJSA, 1999.

Benitez tiburcio, Alberto, “Acciones Colectivas en México”, *Jurípolis*, México, año 2009, núm. 10, vol. 2.

⁷¹ Cfr. Schuwerk, Robert P., “An overview of class action litigation in the United States of America”, en Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 134. Conforme este autor, todos los Estados, con excepción de Mississippi y Virginia, tienen previstas las acciones de clase, basadas o inspiradas en la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

- Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Bs. As., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 19ª ed., México, Porrúa, 2004.
- Brodermann Ferrer, Luis Alfredo, “Los efectos de la sentencia en las acciones de grupo en México”, *Alegatos*, México, núm. 63, mayo-agosto 2006.
- Calvillo Díaz, Gabriel, “Reforma de Acción Colectiva y Diálogo Legislativo para el 2012: La vinculación pendiente entre el proceso y la responsabilidad ambiental”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 47, febrero-marzo 2012.
- Camargo, Pedro Pablo, *Las Acciones Populares y de Grupo*, 4ª ed., Bogotá, Leyer, 2004.
- Cárdenas Ramírez, Javier, “Las acciones colectivas frente a las garantías constitucionales en el amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 17, 2004.
- Carmona Lara, María del Carmen, “El derecho al medio ambiente: defensa de los intereses difusos en el derecho ambiental internacional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 14, 2003.
- “Breves reflexiones en torno a las acciones colectivas en relación con el derecho al medio ambiente adecuado”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, núm. 38, agosto-septiembre 2010.
- Chiovenda, Giuseppe, *La Acción en el Sistema de los Derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Themis, 1986.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Argentina, B de F, 2007.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2004.

García Saís, Fernando, “Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada)”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 32, 2011.

Garner, Bryan A., *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 1995.

Gidi, Antonio, “El concepto de acción colectiva”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, 2ª ed., México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, 2004.

“The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America”, *Brooklyn Journal of International Law*, núm. 3, vol. 37, 2012.

Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005.

Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, Aranzandi, 1999.

Levinson, Sanford, *Nuestra Constitución antidemocrática*, Juan F. González Bertomeu (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2012.

Mazeud, Henry et al, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., ediciones jurídicas Europa-América, 1961, t. I, vol. I.

Melgar Adalid, Mario, *La Suprema Corte de Estados Unidos*, México, Porrúa-UNAM, 2012.

Meroi, Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, Santa Fe, Rubinزال-Cutzoni, 2008.

Milena, Claudia, “Los Aciertos y Desaciertos de las Reformas Legislativas que Reglamentan las Acciones Colectivas en México”, *Reforma Judicial*, México, 19, enero a junio de 2012.

Monti, L. José, *Los Intereses Difusos y su Protección Jurisdiccional*, Bs. As., Ad Hoc, 2005.

Ojeda Mestre, Ramón, “Las Acciones Colectivas en el Sistema Judicial Mexicano”, *Lex*, México, núm. 178, abril de 2010.

Ovalle Favela, José, “Acciones Populares y Acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003.

“Las acciones colectivas en el derecho mexicano”, *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, año 1, núm. 2, diciembre de 2006.

De La Peza Muñoz Cano, José Luis, *De las Obligaciones*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004.

Platón, *La República*, Medi, 2010, edición para Kindle.

Ramos Campos, Quezalli, “Esto no es una pipa... es una acción colectiva”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, núm. 47, febrero-marzo 2012.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 9ª ed., México, Porrúa, 2003, t. V, vol. II.

Schuwerk, Robert P., “An overview of class action litigation in the United States of America”, en Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL-ESCUELA JUDICIAL

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de Grupo Promovida por la Procuraduría Federal del Consumidor. Efectos de la sentencia declarativa*, México, 2012, serie Decisiones Relevantes de la SCJN.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1989.

Principio de interpretación de la ley procesal

Leonardo González Martínez*

*Para el incansable esfuerzo del
doctor Antonio Gidi por mejorar
el acceso a la Justicia.*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Un mecano circular unitario (principio de integralidad)*. III. *Acotamiento al principio de estricto derecho procesal*. IV. *El concepto de interpretación compatible*. V. *Los principios, objetivos y finalidades del proceso colectivo*. VI. *La construcción de la seguridad jurídica en los procesos colectivos*. VII. *Conclusiones*.

I. Introducción

Las acciones e instituciones procesales colectivas sólo pueden ser comprendidas bajo un principio de integralidad, donde los conceptos no son independientes, sino que guardan una vinculación. En este artículo, se examinan los numerales 578 y 584 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Sobre el primero, se discute cómo debe acotarse el principio de estricto derecho en el trámite procesal, a las “modalidades” y no extensivamente a todo el proceso colectivo. El numeral 584, establece el concepto de interpretación compatible, se trata de una condición interpretativa en relación con las finalidades, objetivos y principios del proceso colectivo; sobre estos últimos, se deducen tres principios y dos subprincipios. Se expone, que el paradigma de interpretación en la iniciativa de ley es el derecho comparado; y finalmente, a partir del concepto de seguridad jurídica se concluye con una propuesta de interpretación funcional de los trámites primarios del procedimiento colectivo civil, y se presentan las conclusiones de este trabajo.

* Juez Tercero de Distrito en el Estado de Guanajuato (León).

II. Un mecano circular unitario (principio de integralidad)

En el estudio de las acciones colectivas cada tema es un mecano circular unitario donde cada tópico implica la comprensión de la estructura y lógica de un todo, no existe independencia conceptual, cada tema, bajo una simbiosis absoluta depende de los otros conceptos.

La legitimación y la representación adecuada no pueden entenderse sin el concepto de cosa juzgada, y viceversa; la forma de notificación sólo tiene sentido por el tipo de pretensiones y derechos en juicio; las medidas cautelares sólo se justifican por el objeto tutelar colectivo. No pueden justificarse ni menos comprenderse las características particulares de la cosa juzgada sin explicar la naturaleza determinada o indeterminada de los colectivos, lo que a su vez involucra la naturaleza de sus derechos, los requisitos de procedibilidad y características particulares del proceso.

De este modo, los temas se pertenecen a tal grado que conforman un todo unitario epistemológico, por lo cual, priva una integralidad como principio de comprensión¹.

Esto es muy diferente en otras ramas procesales donde los conceptos presentan rasgos y características comunes, pero son independientes en su comprensión; por ejemplo, aquel sujeto que comprenda la legitimación activa en materia civil, podría asimilarlo para cualquier otra área procesal, verbigracia, las condiciones generales de legitimación aplicarían *mutatis mutandis* para la querella en materia penal, o para cualquier demanda laboral o administrativa.

Pero véase que en realidad, en los procesos individuales los conceptos comunes son entidades independientes, y es bastante difícil sostener que la comprensión del concepto de legitimación activa explique o tenga relación con el concepto de legitimación *ad causam*, cosa juzgada, notificaciones; comprender lo primero es independiente no vincula a los diversos conceptos².

Por el contrario, las acciones colectivas implican un alto grado de complejidad, no sólo porque todos los temas guardan una relación semejante a un rompecabezas donde las piezas independientes no tienen sentido, sino porque generalmente los

¹Véase por ejemplo el concepto doctrinal de acción colectiva, cómo involucra varios elementos: Kazuo Watanabe afirma que la "naturaleza verdaderamente colectiva de la demanda depende no solamente de la legitimación activa para demandar la acción y de la naturaleza de los intereses o derechos de los vinculados, sino también de la causa de pedir y del tipo de proveimiento jurisdiccional postulado (...)". Abi está en breves líneas, el bosquejo de nuestra definición de la acción colectiva. Consideramos elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva, la legitimidad para demandar, el objeto del proceso y la cosa juzgada. Gidi, Antonio, "Concepto de acción colectiva", en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Editorial Porrúa, México, Porrúa, 2003, p. 15.

²Esto conduce a cuestionar el papel de nuestra materia frente a la teoría general del proceso, ya que su unidad epistemológica y óptica, difiere del diseño teórico, producido bajo los parámetros del proceso individual. Al diferir el derecho colectivo en los presupuestos esenciales y lógicos, debe repensarse el aspecto unitario que propone esta teoría.

hechos materia de interpretación tienen como base la prueba estadística y científica, y su comprensión requiere por igual comprender la dependencia de sus piezas o datos que aislados no tienen sentido, son incomprensibles, pero unidos generan conocimiento³.

La interrelación conceptual en las acciones colectivas da lugar a un principio de integralidad epistémica, perfilándose como adecuada la interpretación sistémica y funcional. La primera proporcionaría la congruencia hermenéutica que exige el rigor analítico de nuestra tradición normativista; y la funcional que es la prevista en nuestro ordenamiento, mantendría su efectividad.

III. Acotamiento al principio de estricto derecho procesal

El libro quinto de nuestro ordenamiento procesal civil federal, desde el primer numeral reclama exclusión y clausura procesal sobre la tramitación, bajo estricto derecho de las modalidades que impone; pero esta directriz debe acotarse a un margen razonable y congruente de aplicación.

Se trata del artículo 578, el cual sólo aplica para las *modalidades* que rigen a las acciones colectivas. Por modalidades sólo pueden interpretarse las dispuestas en el artículo 581, relativas a la acción difusa, colectiva en estricto sentido e individual homogénea; éstas son sobre las que pesa la sanción del precepto de exclusividad procesal, que bajo una lectura acorde con la histórica superación del derecho formulario, debe entenderse que la tramitación bajo estricta modalidad, lo que está ordenando es un ajustamiento o reconducción general de pretensiones a alguna de las acciones tuteladas⁴.

La exigencia del estricto derecho no se extiende a las disposiciones generales, a la admisión, desahogo, instrucción probatoria, trámites, medios de impugnación y demás tópicos.

Aun cuando podría hacerse una interpretación extensiva del término *modalidades*, por el cual se considerara un estricto derecho generalizado que excluyera toda norma distinta a la contenida en el libro de las acciones colectivas, ésta interpretación

³Bajo una consideración de lenguaje, los sujetos, tiempo, espacio y circunstancias del derecho colectivo civil definen las reglas o proposiciones ónticas necesarias, distintas a las deónticas, como por ejemplo, la acumulación de acciones no es definitiva de las acciones colectivas, el trámite de una apelación, tampoco. Véase, Robles, Gregorio, "Las reglas de derecho y las reglas de los juegos", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp.121 - 138.

⁴Art. 10. Objeto y fundamento. En los procesos colectivos, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente. Par.1o. Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la demanda inicial para alterar o ampliar su objeto o la causa de pedir. Par. 2o. El juez permitirá la alteración del objeto de proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, siempre que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado el 28 de octubre de 2004, en Caracas, Argentina, consultado en el sitio <http://sncedj.ijf.cjf.gob.mx/Doctos/AccionesColectivas/Docs/LecturaSesion4.pdf>.

no podría sostenerse, porque la casuística procesal y la directriz teleológica de la materia se verían frustradas en la mayoría de los casos ante la imposibilidad de cubrir lagunas y armonizar el derecho.

Por simple y pacífica norma tradicional, sabemos que a los procedimientos especiales les aplican las normas del proceso general⁵ en tanto no se opongan las últimas a las primeras. Pero además, las normas especiales contenidas en otros ordenamientos, pueden ampliar los objetos de tutela y representación. Así entonces, el único precepto que prefigura las modalidades es el citado 581, y los demás preceptos procesales si bien establecen modos o formas de trámite, lo cierto es que parten del presupuesto del tipo de acción, que es la modalidad estricta del ordenamiento.

Puede constatarse esto, en la expresión legal de que las causas de improcedencia están abiertas a diversos ordenamientos especiales (588, fracción VII). Confirman también esta idea, el artículo 1º del ordenamiento procesal civil federal, donde se establece la distinción de la acción colectiva y la individual, la regla competencial de domicilio del demandado está en la parte general del código (artículo 24, fracción IV), la apelación de las acciones colectivas dispuesta en el numeral 609 no indica qué tribunal será el de alzada, y ello, sólo puede deducirse de la parte general (artículo 20); las formalidades de los actos procesales, conflictos competenciales, impedimentos y trámites en general sólo pueden aplicarse si aceptamos que necesariamente el apartado del procedimiento especial de acciones colectivas no está aislado sino integrado, *sedes materiae*, al ordenamiento general civil donde se encuentra.

El estricto derecho no excluye la aplicación de diversos ordenamientos que tutelen cargas probatorias especiales, o abran la legitimación activa a diversos entes, como por ejemplo, la Procuraduría Agraria, del Menor, Instituto de la Mujer o bien, a fiscalías especiales, Comités intergubernamentales o parlamentarios.

La idea legislativa fue configurar un proceso especial colectivo dentro de un ordenamiento general⁶ para matizar la subsidiariedad atendiendo a la idea de compatibilidad que excluye la solución de lagunas por mera adaptación.

⁵La solución del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, proponía precisamente esta solución: "(...) Se aplicarán complementariamente al proceso colectivo las normas, principios y garantías procesales civiles individuales que no sean incompatibles con el espíritu del proceso colectivo (...)". *Idem*.

⁶"(...) Se propone la creación de un Título Tercero denominado "De las acciones colectivas y el procedimiento judicial colectivo" (...) se pretende que el "procedimiento colectivo" sea armónico, en las generalidades, con el procedimiento ordinario federal, pero con las reglas específicas y particulares atendiendo a las características y requerimientos propios de un procedimiento donde se ventila (...) En el procedimiento especial que se propone (...)", Véase, Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*, pp. 4-5, consultado en el sitio [http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=1298&nIdRef=11&nIdPL=1&cTitulo=CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES&cFechaPub=30/08/2011&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION DE MOTIVOS](http://www2.scjn.gob.mx/leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=1298&nIdRef=11&nIdPL=1&cTitulo=CODIGO%20FEDERAL%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20CIVILES&cFechaPub=30/08/2011&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS).

IV. El concepto de interpretación compatible

Nuestro ordenamiento contiene un único precepto de interpretación general, que es el numeral 583, donde encontramos la idea de *interpretación compatible*. No se trata de un método sino de una condición de viabilidad intersistémica; el término *compatible* tiene uso y aplicación práctica en la informática, -de algún modo es un concepto cibernético- que trata el aspecto de intercomunicabilidad de productos o aparatos, *los cuales son compatibles en la medida en que ante otros aparatos, sistemas o condiciones, sus funciones se desempeñan plenamente y sin obstáculos*⁷.

El término *compatible* se usa para describir algo o alguien que puede subsistir, funcionar, coexistir sin impedimento frente a otro; no existe compatibilidad más que por asociación con otra cosa (*intercomunicabilidad*). Se dice que es compatible un programa o aparato (*es viable, es posible*) cuando no se entorpece su función al estar conectado, relacionado, o bien, ante un entorno distinto. Si el aparato o cosa *no es compatible, pierde alguna función*, y por mínima que sea, ya no es compatible.

El término compatible es extraño a la tradición jurídica mexicana⁸, proviene del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que propone en su artículo 39, que las normas procesales sean interpretadas de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata⁹.

El legislador mexicano retiró del texto legal las cualidades de la interpretación abierta y flexible, cuando en su iniciativa sí expresó esto como preocupación esencial de la puesta en práctica del proceso colectivo; estas cualidades son indiscutibles para la efectividad del proceso colectivo.

En los anteproyectos del Código Modelo, comenta el doctor Gidi, esta fue una de las cuestiones más importantes para el funcionamiento del sistema, incluso señala

⁷"Compatibilidad. Capacidad de un periférico, un programa o un adaptador para funcionar con o sustituir a un modelo determinado de computadora. Asimismo, capacidad de una computadora para correr el software de otra marca de computadora. Para ser realmente compatible, un programa o dispositivo debe operar en un sistema particular sin modificación; esto es, todas las características deben funcionar como se idearon, por lo que una computadora que afirme ser compatible con otra debe correr el software de la otra sin modificación" Véase, Pfaffenberger, Bryan, "Diccionario para usuarios de computadoras", 3a. ed., Víctor Hugo Ibarra Mercado (trad.), México, Prentice Hall, 1993, p. 68. También puede consultarse: Real Academia Española, 22a. ed. Consultado en el sitio http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=compatible <http://es.wikipedia.org/wiki/Compatibilidad>.

⁸El legislador mexicano sólo ha ocupado este término en el caso del artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, donde condiciona la fuerza normativa de los fallos privados a que el sujeto resolutor tenga competencia conforme a las reglas internacionales y éstas sean compatibles a las del Código. Una lectura general de los principales ordenamientos procesales en materia penal, laboral, agraria, administrativa, e incluso penal y civil local, nos hace concluir que este término es nuevo y sin antecedentes.

⁹Haciendo énfasis en la cualidad "flexible", el doctor Antonio Gidi, explica "(...) se trata de un instrumento importante para evitar interpretaciones retrógradas, influenciadas por concepciones conservadoras del derecho, que podrían destruir el sistema y la práctica de las acciones colectivas. Este mandamiento legal genera una situación contradictoria para los jueces más rígidos, tradicionales y legalistas, en la medida en la que les obliga a ser flexibles, bajo pena de no estar cumpliendo rigidamente con la ley. Para ser rígido, es preciso ser flexible", Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 1, p. 411.

que este modelo serviría también a Brasil, donde también se experimentó la rigidez de criterio por parte de la magistratura judicial¹⁰.

Sólo en apariencia, existe diferencia con la propuesta del Código Modelo y la directriz de compatibilidad en México, ya que la compatibilidad debe entenderse como un tipo especial de la subsidiariedad, limitada a la lógica de las acciones colectivas.

Cuando nuestro ordenamiento sanciona como obligación la interpretación compatible de hechos y normas, inmediatamente indica qué o cuál *es esa otra cosa u objeto que debe funcionar o coexistir siempre*, son: I. Los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, y II. La finalidad de proteger, tutelar el interés general y a la colectividad (estos puntos, se explicarán más adelante).

El numeral 583, es una norma procesal transversal que rige sustantivamente todo el proceso. Es una directriz legislativa dirigida expresamente a los jueces, se puede traducir en un mandato por el que los operadores jurídicos no deberán frustrar, entorpecer o dificultar los casos por interpretaciones contrarias a la lógica y naturaleza de las acciones colectivas.

La compatibilidad no excluye a ningún método de interpretación, sólo se trata de una condición de intelección y exclusión en la selección del derecho, las normas y hechos (cuyo sentido dará la interpretación) tendrán dos vertientes: compatibles o incompatibles, las primeras son conformes a la heurística de las acciones colectivas, las segundas están excluidas.

Es entonces que todo hecho, criterio o norma adjetiva o sustantiva que se aplique o ingrese al imperio del proceso colectivo deberá ser ponderado bajo la condición de compatibilidad, pero esto no quiere decir que deban ajustarse a un formato colectivo, esto no es la compatibilidad, porque ajustar algo es forzarlo a una función que no le corresponde, y la compatibilidad es viabilidad sin entorpecimiento o dificultad.

Quizá el concepto *compatible* se comprenda mejor por disociación de ideas, 1. No es un método de interpretación, 2. No es una directriz práctica, 3. No es sinónimo de adaptabilidad, ajustamiento o estricta subsidiariedad del derecho, ya que, como se ha comentado, la compatibilidad si bien implica estos conceptos, opera más bien como límite o condición lógica de aplicación del derecho.

En sentido muy amplio, se trata de cierta conciencia legislativa y ahora judicial, de que muchas normas, criterios y tradiciones, históricamente fueron pensados y diseñados para los procesos individuales y no podrán ser aplicados al proceso colectivo.

Comenta el doctor Gidi, que los sistemas de derecho civil presentan obstáculos sustanciales a la protección legal de los derechos de grupo. Estos obstáculos incluyen un tradicional conservadurismo judicial, una filosofía individualista profundamente

¹⁰Gidi, Antonio, *Rumo a un código de processo civil coletivo*, Brasil, Forense, 2008, p. 163.

enraizada, y un enfoque científico y legalista del derecho con tendencia judicial de reverenciar el *statu quo*¹¹.

En sentido estricto, interpretación compatible es funcionalidad, viabilidad, y hasta cierto punto, exclusividad en la operación y lógica de las acciones colectivas.

V. Los principios, objetivos y finalidades del proceso colectivo¹²

Los principios en el derecho bajo un esquema reductivo, han sido vistos desde dos perspectivas, a) Como analógicos generales de coherencia deducidos de las normas positivas¹³, y b) Como normas nucleares esenciales que imperan al margen del derecho positivo¹⁴.

Partiendo de la perspectiva interna o de analogado general, y que nuestro objeto de referencia difiere de las normas de mera operación (reglas), podemos proponer tres principios, básicos e inobjectables.

1. Superioridad del bienestar colectivo frente al individual

La especialidad de la materia, sus objetos de protección, definiciones, mixtura pública y privada de sus legitimados, la amplitud interpretativa con intención clara de excluir patrones de interpretación individualista, la presencia procuradora del Juez, el tipo de notificaciones, el tipo pruebas y cargas, los efectos de la cosa juzgada, el tipo de sanciones o apremios costosos, el registro de asociaciones.

Todos estos datos, hacen evidente que internamente el proceso colectivo se justifica bajo este principio; además este analogado implica que el área colectiva excluye los problemas inidóneos, es decir, aquellos que deben ser tratados por procesos individuales.

2. La seguridad jurídica se basa en la pureza y honestidad del colectivo

¹¹Véase, Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, 2004, p.120.

¹²Principio, objetivo y finalidad son por definición distintos, en este trabajo equiparamos los objetivos y finalidades a los principios, la razón estriba en que el legislador no expuso un solo principio claro ni en la ley ni en la iniciativa, sin embargo habla además de objetivos y finalidades, cuya racionalidad en este momento inicial de estudio, sólo puede abordarse desde su fuente histórica comparativa que ha sido tratada en este libro y por diversos publicistas.

¹³(...) son los juicios estructurales del sistema jurídico-positivo, que encierran contenidos básicos, sus directrices y sus metas fundamentales plasmadas en las normas jurídicas, en forma tácita o expresa, sirviendo a este de criterios de ordenación, estructuración, valoración y enjuiciamiento (...)", Véase, Blanco Fornieles, Víctor José, *Los principios generales del derecho. Metodología de obtención y formulación*, México, UNAM, 1974, p. 51.

¹⁴(...) como axiomas y como verdades jurídicas universales, es decir, como algo con existencia propia y con total independencia de la función legislativa (...), Véase, Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la federación*, México, Porrúa, 2004, p. 81.

Las clasificaciones de los derechos, acciones, requisitos de demanda, de representación, la forma de notificación, inclusión y exclusión del grupo, la exigencia de idoneidad y adecuación de la acción, el tipo de representación, la intervención pública de entes, el marcado activismo del juez y la reiteración oficiosa de revisar presupuestos, la obligación de informar, la imposición de cargas probatorias, el control general de costas y el fondo.

Todo ello, es una muestra de que lo único que autoriza este tipo de procedimientos y donde la ley impone un límite a la colectividad está en su honestidad o rectitud. El esquema es inflexible en este aspecto, porque es la piedra angular que sostiene esta forma de acceder y procesar casos, y es la receta contra la acción colectiva espuria, que tanto preocupa social y políticamente.

3. El proceso se autodefine en cada caso mediante adecuación, armonización y equidad

Casi todas las reglas procesales de términos son flexibles, y las cargas de la prueba obedecen a contextos particulares de la colectividad, la posibilidad de auxilio con peritos y *amicus curie*, la prueba estadística, las medidas cautelares y su proporcionalidad, los plazos prudentes para el cumplimiento del fallo; son características del proceso colectivo, que demuestran su adaptabilidad mediante una configuración procesal especial para cada caso, sin que pueda servir un modelo general, sino muchos modelos, nunca iguales.

Existirían por lo menos dos subprincipios, a) Desincentivación económica del proceso, en tanto privilegia implícitamente formas restaurativas de justicia al sancionar convenios acordes a los derechos e intereses de la colectividad, limita y controla las costas a casos específicos, administra los beneficios económicos en forma estricta; y b) Proactividad del juez, ya que este tutela a la colectividad cuando oficiosamente cuida la representación adecuada, ampara convenios, impone cargas probatorias y actúa en aras de la protección del bienestar colectivo.

Los principios son absolutos, los subprincipios son atemperados por la casuística; en realidad lo que importa de este tipo de analogados, es la extracción inductiva de pautas prácticas de aplicación y armonización del derecho.

La iniciativa de ley no propone claramente las metas teleológicas del proceso colectivo¹⁵, más bien señala en mayor medida su aspecto novedoso; sobre la cuestión

¹⁵Resumiendo la iniciativa en su orden, ésta destaca la complejidad actual, la necesidad de acceso y protección colectiva, la insuficiencia institucional, la experiencia internacional en la materia, las facultades parlamentarias y el cumplimiento constitucional de fomentar la organización social en la cuestión de consumo; los aspectos de interpretación compatible, para finalmente hacer una recapitulación de la ley, que poco o nada agrega a los principios, objetivos y finalidades de los procesos colectivos.

interpretativa, centra su construcción en la actividad jurisdiccional, señalando que se trata de una tarea en cero, o en punto de inicio, considera que los juzgadores deberán elaborar estándares y guías para su trabajo, reconociendo que el paradigma actual es insuficiente y puede ser contrario a los procesos colectivos.

La propuesta es que los juzgadores comiencen su labor a través de ejercicios comparativos, donde encuentren las respuestas esenciales y las adapten al orden jurídico mexicano¹⁶.

La iniciativa muestra a un legislador consciente de la necesidad de un cambio, pero quizá más consciente de su limitación frente a la tarea jurisdiccional; lo que en la iniciativa podría parecer un consejo parlamentario, cuando señala la elaboración de estándares, guías y el recurso comparativo, en realidad, nos comunica que no hay referente jurídico en esta área, y que es el sistema individual histórico general el que se debe superar.

La única opción para dar sentido al derecho (interpretar) es la experiencia de otros sistemas jurídicos¹⁷. Esto parece extraño a la hermenéutica tradicional mexicana e incluso al paradigma constitucional del artículo 14, ya que la única fuente normativa tradicional a la que se podría acudir, serían los tratados internacionales, pero no existe una declaración o tratado del tema procesal colectivo civil.

La indicación legislativa es sumamente trascendente, porque aun cuando nos remite a la experiencia procesal en el extranjero, en realidad es la doctrina la que asume un lugar preponderante en el derecho positivo colectivo¹⁸, fenómeno que demuestra la plasticidad de fuentes del derecho moderno y cómo recobran uso fuentes que se estimaban superadas.

Explicaré esta trasfencia de fuentes -prácticas forenses extranjeras a doctrina. En realidad no es posible comprender un fallo judicial de otro país, o bien una institución procesal extranjera, sin recurrir a la doctrina, porque la viabilidad de un

¹⁶(...) nuestro país tiene en sus manos la gran oportunidad de contar con una legislación que, atendiendo las particularidades, circunstancias y necesidades que prevalecen en nuestra cultura jurídica, adopte lo mejor de cada una de las legislaciones de los países que han sido mencionados, a fin de contar un (sic) procedimiento de tutela judicial de derechos accesible y eficaz (...) En un inicio será necesario que nuestros juzgadores revisen los principios de estos de acuerdo con las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones..., Véase, Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, *op.cit.*, nota 6, pp. 3 - 4.

¹⁷En la iniciativa de ley, se citan profusamente a los sistemas de Norteamérica, Colombia, Brasil, España, Costa Rica, Uruguay, Argentina, Chile, Venezuela, y sin especificar, se dice de diversos países de la Unión Europea; en una línea, el legislador nos remite sin contemplación a estos sistemas para solucionar los problemas interpretativos de su ley, dejando a la judicatura resolver el misterio legislativo de cual país es por el que debemos empezar; lo cierto, es que se trata de tradiciones jurídica disímiles y no existe expresión clara de qué sistema fue el que siguió México; lo único aparente es que estamos ante un híbrido de dos sistemas, ya que existe similitud en las ideas originales Norteamericanas de adhesión, notificación y representación adecuada, y la configuración legal brasileña.

¹⁸El derecho comparado no es una materia legal sino una actividad o disciplina académica, Véase, Tamayo y Salmorán, Rolando, "Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 177-193, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/757/11.pdf>.

método comparado de evaluación, parte primero del conocimiento del sistema o tradición jurídica en que se inserta la institución, requiere un dominio del lenguaje jurídico, usos originarios y forenses de la institución, de la forma de recepción mexicana y, por supuesto, un dominio aceptable de una teoría jurídica aplicable universalmente¹⁹.

Es entonces, que el consejo parlamentario en la iniciativa, no equivale a una mera recepción de derecho extranjero sino de doctrina extranjera, porque son los doctrinarios, los únicos que pueden explicar y conceptuar las instituciones desde su conformación de origen y desarrollo. Los fallos y prácticas judiciales son sólo aplicadores de norma, pero no pueden simplemente extrapolarse a nuestro país, deben reflexionarse a partir de los métodos elaborados por el derecho comparado, que son precisamente aquellos que la doctrina domina.

Podemos extraer de la iniciativa, que los principios, objetivos y finalidades deben evaluarse cuidadosamente con el único referente posible: la actividad jurídica comparativa²⁰ y tener en cuenta que esta disciplina está dentro de la jurisprudencia dogmática, que representa el *arts iuris universalis*, por eso, se insiste que no se trata de verificar normas de otros países, sino de constatar la experiencia histórica y dogmática que se reúnen en torno de una institución; el objetivo comparatista no es trasladar instituciones, sino comprenderlas bajo una experiencia universal de contraste.

VI. La construcción de la seguridad jurídica en los procesos colectivos

La viabilidad de las acciones colectivas depende de la noción de seguridad jurídica y del papel que desempeñe en la construcción de procesos y sentencias.

Por seguridad jurídica, se ha interpretado la autocontrolabilidad jurídica de actos, que se traduce en un irrestricto apego al marco legal de atribuciones. *Prima facie*, se trata del sometimiento del Estado y los gobernados al orden jurídico, pero si observamos con detalle, la seguridad jurídica responde más a una expectativa de comportamiento general de igualdad, de manera que al estar controlado por la ley, hechos y actos sean controlables por conocimiento público de la norma, y puedan ser reconducidos a su aplicación igual, que es la idealmente correcta. La conclusión

¹⁹En este sentido, seguimos los razonamientos y apuntes de Tamayo y Salmorán, que no discrepan de los de Rene David en su magna obra "Los grandes sistemas jurídicos comparados", *Idem*.

²⁰(...) ocupamos un esquema comparativo porque el derecho como Jurisprudencia (i.e. ciencia del derecho), es una experiencia humana con pretensiones heurísticas universales. No podría y no ha sido de otra manera en Occidente. Si esto no es así, ¿Cómo explicar esta forma de estudio, esta actividad "comparativa" desde Teofrasto, Aristóteles, Polibio, Tácito, la escuela de Bolonia, posglosadores, Savigny, Ihering, Montesquieu, Toqueville, hasta Rene David, Haberle, Capeletti, Tamayo y Salmorán?, Véase, González Martínez, Leonardo, "El amparo. Una historia en común: México y España", tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, pendiente de publicación, México, 2008, p. 2.

lógica es que la seguridad jurídica se traduce en la exigibilidad y expectativa legal que someta por igual a personas y casos²¹.

Si estas conclusiones son correctas, con independencia del valor que la seguridad jurídica proteja, su esencialidad radica en el concepto de igualdad que deviene implícito en toda norma²². Intentamos explicar esto con un ejemplo: El juez que cumple sin distinguos una norma procesal, lo hace en apego a la seguridad jurídica, porque la expectativa del gobernado es su trato igual, porque la ley bajo hipótesis abstractas y generales, prevé perjuicio y beneficio a todos. Se justifica soportar de algún modo las ventajas y desventajas de una ley, porque son generales y el mismo juez se somete al orden jurídico, porque de algún modo, no es él, sino el orden jurídico el que nos trata igual. Bajo esa circularidad: *juez se sujeta a derecho, derecho nos trata iguales*, por esa razón, la seguridad jurídica ha respondido más al concepto ideal donde se generó la antigua exégesis²³.

La igualdad procesal, más allá del contexto contencioso particular de las partes, es sin duda la razón última y fundamental por la que la seguridad jurídica se implementa con tal rigorismo en los procesos individuales, ya que por razones de igualdad se aplica el derecho uniformemente y se busca una hermenéutica de reglas procesales sin distinción ni consideración especial, y se tramitan y resuelven en forma igual todos los casos (el ideal de la justicia ciega). Esto es, que la adaptabilidad del individuo al proceso se justifica, porque importa frente a los demás (personas y casos) la misma consideración.

El caso de la materia colectiva es totalmente distinto, porque el concepto de igualdad está implícito cuando se trata de una colectividad de iguales en su calidad y circunstancia. Su tratamiento *per se* está garantizado como materialmente igual, por asumir el individuo un carácter colectivo; por ello, no existe razón o justificación para continuar salvaguardando bajo el ideal de la seguridad jurídica, criterios o parámetros de aplicación estricta, porque la seguridad jurídica (vista en su dimensión esencial de igualdad) sólo diferirá de un ente colectivo a otro, y difícilmente se equiparan.

Con base en estas reflexiones y con el principio de adaptabilidad funcional procesal que ha sido comentado, los trámites procesales deben desarrollarse bajo una lógica distinta a la individual; principalmente, tenemos que apreciar que no debe distraerse, interrumpirse o dilatarse el proceso colectivo, ni garantizar mayor con-

²¹García Manrique, Ricardo, "El valor de la seguridad jurídica", México, Fontamara, 2007, p.162.

²²La seguridad jurídica es el mantenimiento de un tipo de orden normativo; esto equivale a un tipo de tratamiento de los individuos frente al derecho, esa es la relación grave entre igualdad y seguridad jurídica, *Ibid.*, pp. 108- 112.

²³Fuentes López, Carlos, "El racionalismo jurídico", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 219-251, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/996/8.pdf>.

tradición que la directamente sustantiva. Aquello que -por razones de seguridad jurídica- para los procesos individuales ha representado un obstáculo dilatorio, en el caso colectivo deberá reconducirse en aras de la protección y seguridad jurídica de la colectividad.

Bajo el principio de la superioridad del bienestar colectivo y ante la verificación de la *pureza* de la colectividad, el operador jurídico deberá planear la efectividad del proceso, privilegiar los tiempos y plazos legales, porque el juicio no responde a la seguridad jurídica o intereses de un individuo, sino de una colectividad, y la igualdad no es ya el ingrediente a salvaguardar, sino directamente los valores de las normas.

El clásico tratamiento imparcial que garantizaba la seguridad jurídica en los casos individuales, es modificado en esta materia, porque debe existir cierta finalidad homogénea entre los operadores jurídicos y la colectividad, en cuanto al cumplimiento de términos y la obtención de la verdad procesal²⁴. El juez colectivo no es un ente pasivo o espectador del proceso, sino un agente jurisdiccional de la verdad, ya que la reconducción al orden jurídico no está salvaguardada por fiscalías o instituciones gubernamentales, sino que todos están sometidos a la jurisdicción colectiva, por eso, el juicio colectivo representa un tipo de justicia con competencia material universal y atractiva, al ser la única instancia real de acceso a la Justicia.

Una vez certificada la acción colectiva debe simbolizarse claramente que existen las condiciones para procesar un asunto de carácter colectivo, y sólo esto justifica un tratamiento de los procesos colectivos con clara diferenciación del letargo que caracteriza a los procesos individuales.

El principio de armonización procesal a cada caso específico, implica que desde un inicio exista una estrategia clara del juez para asumir la jurisdicción del asunto. Si bien, no pueden preverse todas las hipótesis de trámite, de acuerdo a la naturaleza del caso, el juez deberá implementar un plan de trabajo que haga efectivos los plazos y términos legales, de cuyo cumplimiento depende la reivindicación colectiva.

Los retos a superar son graves, la emergencia del derecho colectivo es un reconocimiento a la ineptitud para procesar y tutelar demandas sociales, por parte de los poderes constituidos; por otra parte, sin antecedentes prácticos, con una formación jurídica histórica individualista y nacionalista, y un ordenamiento que optó por un sistema híbrido cuya definición se deja a la actividad jurídica comparativa; nuestra única opción es presentar nuestras mejores herramientas jurídicas e ideológicas y los mejores cuadros de abogados, jueces y magistrados, para construir los esquemas jurídicos que hagan posibles las acciones colectivas.

²⁴En este sentido, la parte demandada también está sujeta a evidenciar la verdad, porque la cosa juzgada dependerá de un juzgamiento de fondo, por lo que no existen en realidad escenarios totalmente contradictorios en los objetivos procesales colectivos, y por lo mismo, la igualdad procesal no es reflejo de posiciones sino de hechos controvertidos.

VII. Conclusiones

1. La comprensión de la materia colectiva implica la integralidad conceptual por la cual, todos los conceptos confluyen en cada institución procesal, que en forma aislada no tienen sentido. Los métodos interpretativos más idóneos son el sistemático y el funcional, este último es el propuesto en nuestro ordenamiento.

2. Los procesos colectivos civiles se configuran como procesos especiales integrados al ordenamiento procesal civil federal, las modalidades son el tipo de acciones que exclusivamente pueden actualizarse; la relación interna de la materia colectiva y lo dispuesto en las normas procesales civiles, así como los hechos, está condicionado a su compatibilidad con los principios, objetivos y finalidades colectivas.

3. La interpretación compatible de hechos y normas, es un mandato dirigido a los operadores jurídicos que implica hacer efectivo y viable el proceso, así como su continua diferenciación y construcción frente a los tradicionales procesos individuales; la definición de los principios, objetivos y finalidades, debe realizarse por el momento, mediante deducción, y mediante labor comparativa.

4. De nuestra legislación positiva podemos extraer como principios básicos, la superioridad de la colectividad frente al derecho individual, la honestidad de la colectividad y la adaptabilidad del proceso, y como subprincipios, el control judicial general de los aspectos económicos y la actividad tutelar judicial autorizada por el legislador.

5. La iniciativa que dio lugar a las acciones colectivas civiles, reconoce la ausencia de experiencia y tradición en esta materia, y propone un desarrollo judicial a partir del estudio comparativo de los procesos en otras latitudes, por lo que existe un resurgimiento de la doctrina como fuente del derecho.

6. La noción de seguridad jurídica en el proceso y sobre todo, en sus primeros trámites, requiere priorizar los tiempos y librar los obstáculos que han trastornado a los procesos individuales; el concepto de igualdad es distinto en la materia colectiva y ello, justifica una nueva conformación de mayor adaptabilidad procesal al caso específico.

7. Ante la falta de tradición judicial en esta área existe una oportunidad histórica de implementar un trámite asertivo y más especializado; para conquistar esta oportunidad se requiere ocupar a los mejores recursos humanos para hacer viables las acciones colectivas en nuestro país.

Referencias

- Blanco Fornieles, Víctor José, *Los principios generales del derecho. Metodología de obtención y formulación*, México, UNAM, 1974.
- Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado el 28 de octubre de 2004, en Caracas, Argentina, consultado en el sitio <http://sncedj.ijf.cjf.gob.mx/Doctos/AccionesColectivas/Docs/LecturaSesion4.pdf>.
- Fuentes López, Carlos, *El racionalismo jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 219-251, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/996/8.pdf>.
- García Manrique, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007.
- Gidi, Antonio, “Concepto de acción colectiva”, en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Editorial Porrúa, México, Porrúa, 2003.
- Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, 2004.
- Rumo a un código de processo civil coletivo*, Brasil, Forense, 2008.
- González Martínez, Leonardo, “El amparo. Una historia en común: México y España”, tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, pendiente de publicación, México, 2008.
- Ibarra, Víctor Hugo, *Diccionario para usuarios de computadoras*, 3a. ed., Mercado (trad.), México, Prentice Hall, 1993.
- Robles, Gregorio, *Las reglas de derecho y las reglas de los juegos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

Sánchez Vázquez, Rafael, *Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la federación*, México, Porrúa, 2004.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 177-193, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/757/11.pdf>.

Medidas precautorias

Leonardo González Martínez*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Necesidad y adecuación*. III. *Caracterización procesal general*. IV. *Comentarios generales sobre el trámite*. V. *Justificaciones que debe contener la medida precautoria*. VI. *Conclusiones*.

I. Introducción

Las medidas precautorias se configuran y rigen en torno a los conceptos de necesidad y adecuación, su efectividad radica en su especialización en relación a los bienes, derechos, e intereses colectivos a los que se dirija. Este ensayo reelabora el esquema legal establecido en los artículos 610 y 611 del Código Federal de Procedimientos Civiles, bajo un marco integral que explica las condiciones de trámite, admisibilidad, resultado y efectividad. Estos tópicos se desarrollan también con relación a diversos aspectos prácticos de su tramitación, y además, se estudian los elementos que debe contener y justificar una medida precautoria. Por último, se comentan las conclusiones generales de este trabajo.

II. Necesidad y adecuación

Las medidas precautorias son fuente de preocupación social y legislativa, ya que pueden tener un grave impacto social y económico; por otro lado, su falta de dictado puede hacer inútil un proceso colectivo, ante la consumación o continuación de hechos o actos que no fueron atendidos preventivamente.

Las normas procesales que rigen las medidas precautorias pueden comprenderse mejor, si ocupamos los referentes conceptuales de necesidad y adecuación, estos referentes son los objetivos que se deducen y desarrollan en la legislación procesal civil.

El concepto de necesidad comprende las justificaciones para la intervención ju-

* Juez Tercero de Distrito en el Estado de Guanajuato (León).

dicial eficaz ante hechos o actos irremediables, que son aquellos que implican riesgo, daño o amenaza a un bien colectivo, y *necesitan* atención jurisdiccional inmediata.

El segundo aspecto general llamado adecuación, está contenido en el *nomen iuris* de la institución, es una “*medida*”, una proporción fáctica y lógica con relación al objeto que cautela¹.

La adecuación de las medidas remite a aspectos lógicos y prácticos de su implementación. Por adecuación debemos entender algo más que la tradicional subsunción normativa, se trata de implementar estrategias para lograr su efectividad.

Por estrategia se comprende un tipo especial de inteligencia que planifica, evalúa tiempos, variables, costos, potencialidades, es una cuestión directamente involucrada con la efectividad de la medida precautoria.

Para adecuar estratégicamente las medidas precautorias se requiere una mayor especialización en su implementación frente al bien, derecho o interés colectivo al que se dirigen² para que respondan a una lógica directa de necesidad sustantiva y no simplemente adjetiva.

La materia de las medidas cautelares son los servicios, daños ambientales, bienes de consumo y su objeto de protección son los bienes, derechos e intereses colectivos y difusos. El trámite y consideración de las medidas debe corresponder a una experiencia judicial basada en reflexiones casuísticas de las características especiales de la materia y objetos cautelados, y no así a un abstracto general procesal.

Esta idea se acerca a lo que los norteamericanos llaman “*remedies*” que son procesos cautelares especiales, cuya eficacia radica en su concentración procesal y cautelar en relación con un tipo específico de protección jurisdiccional. Su eficacia es tal que se traducen en mandatos judiciales de apremio³.

Un ejemplo de adecuación mediante especialización, puede verse en el principio de precaución ambiental establecido en el artículo 3º, principio 3, de la Convención Marco de Naciones Unidas Sobre El Cambio Climático⁴, donde se determina la necesidad de emitir medidas precautorias en casos de amenaza para la salud humana o el ambiente, aun cuando no exista acreditación científica de causa y efecto.

Este principio de precaución ambiental reduce el estándar probatorio con rela-

¹Existen normas procesales que prevén tasadamente una medida cautelar (llamadas determinadas), como sería el secuestro en los juicios sumarios mercantiles. La adecuación corresponde al tipo de medida que el legislador considera pertinente para la protección de un bien. En el caso de la medida precautoria colectiva, se trata de medidas indeterminadas; es decir, no limitadas exprofeso por el legislador.

²Por ejemplo, un primer grado de especialización sería: Proceso Especial Colectivo por Bienes de Consumo; un segundo grado sería especificar el daño concreto: Proceso Especial Colectivo por Bienes de Consumo por Publicidad Engañosa; y, el mayor grado sería el que corresponda al bien exacto de tutela: Proceso Especial Colectivo por Bienes de Consumo, por Publicidad Engañosa a través de medios masivos audiovisuales.

³González de Cossío, Francisco, “Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje”, González de Cossío Abogados S.C., páginas 8-10. Consultado en el sitio <http://www.gdca.com.mx/pdf>.

⁴Consultado en el sitio <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion>.

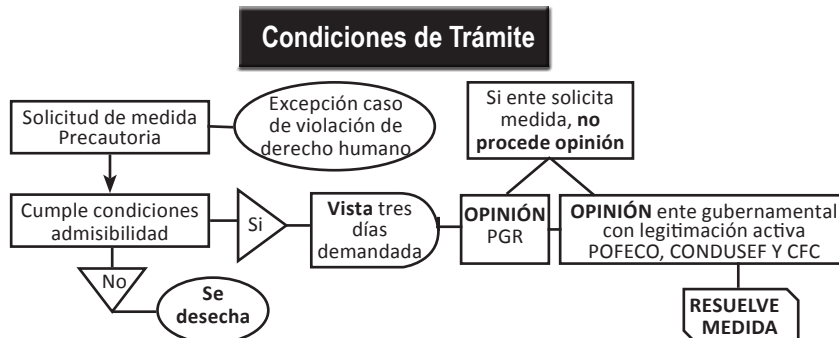
ción a la causalidad del daño, y obedece a la naturaleza de la materia y objeto cautelado. El deterioro ambiental es lento, cualquier daño refleja un gran perjuicio, la indemnización es imposible en muchos casos, y los grados de incertidumbre en esta área son altos⁵.

La materia ambiental cuenta con un principio propio, razonado y expreso, de aplicación especial en relación con las medidas cautelares colectivas, pero esto no es excepcional. Cada tipo de bien, derecho o interés colectivo requiere una reflexión especializada frente a la materia, daño o amenaza. No puede generalizarse un tipo de medida común, ni una estrategia única para alcanzar su efectividad, tendrán que ser los casos prácticos los que nos enseñen los estándares judiciales de implementación. Aquí sólo se pueden plantear los aspectos generales que involucra el tema.

III. Caracterización procesal general

Los artículos 610 y 611 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) disponen las condiciones de trámite, admisibilidad, resultado y efectividad de una medida precautoria colectiva.

El trámite de la medida precautoria tiene esta secuencia: a) Se solicita la medida por alguna de las partes, b) En caso de cumplir con las condiciones de admisibilidad, se continúa el trámite; caso contrario, se desecha la solicitud, c) Se concede vista por tres días a la demandada para que defienda sus intereses, d) En caso de que no sea el mismo peticionario, se solicita opinión al Procurador General de la República y al ente gubernamental con legitimación activa (Procuraduría Federal del Consumidor, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, o Comisión Federal de Competencia Económica), e) Transcurrida la vista y oída la opinión de los entes gubernamentales se resuelve la medida precautoria.



⁵Arcila Salazar, Beatriz, "El principio de precaución y su aplicación judicial", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009, pp. 283 a 291. Consultado en el sitio <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/>.

Las condiciones o requisitos de admisibilidad son: 1. Proceso activo en alguna de sus etapas, 2. Solicitud expresa por alguna de las partes, 3. Precisión del origen o causa del objeto en que recaerá la medida: un acto, hecho o abstención, 4. Existencia de urgencia y riesgo, y 5. Se demuestre que los daños o amenazas son inminentes e irreparables frente al bien o derecho colectivo.

Como condiciones de resultado, existen tres tipos de órdenes cautelares con resultados determinados y una cuarta, cuyo resultado es indeterminado. Las primeras tres, pueden comprenderse atendiendo a la idea de actos positivos y negativos.

Ante conductas positivas, 1) El resultado será la orden de cesar actos o actividades; ante actos negativos o de omisión, 2) El resultado será la orden de realizar actos o acciones; y, ante actos positivos o negativos indistintamente, que sería el caso de bienes o productos relacionados con la causación de daño o amenaza, 3) El resultado será restrictivo de circulación, y puede decretarse también su aseguramiento civil.

El cuarto tipo de orden es abierto y flexible, condicionado al objetivo de protección de los derechos e intereses de la colectividad (4).

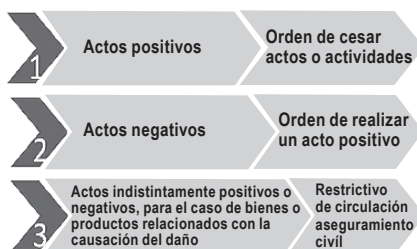
Sobre las condiciones de efectividad, se disponen tres cuestiones: 1) La medida debe ser proporcional y no causar más daños que los mismos actos o hechos a las que se dirige, 2) No debe causar una afectación ruinosa al demandado, 3) En el caso de que cause un daño al demandado y este

Condiciones de Admisibilidad

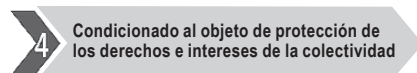


Condiciones de Resultados

I. Resultados determinados:



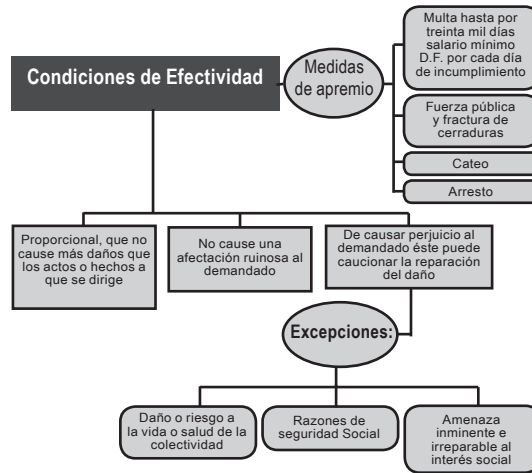
II. Resultados indeterminados:



caucione la reparación de daños que sufrirá la colectividad, quedará sin efectos la medida.

La hipótesis de caución no aplica cuando existe: i) amenaza inminente e irreparable al interés social, ii) daño o riesgo a la vida y salud de la colectividad, y iii) por razones de seguridad nacional.

También debe observarse que las condiciones de efectividad se tutelan con medidas de apremio, que podrán ser: I) Multa hasta por treinta mil días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, por cada día de incumplimiento, II) Fuerza pública y fractura de cerraduras, III) Cateo, y IV) Arresto (artículo 612).



IV. Comentarios generales sobre el trámite

La legitimación para solicitar la medida precautoria no está restringida a los directamente afectados o promoventes de la acción, sino que puede solicitarse por cualquiera de los entes gubernamentales⁶, por lo que la opinión previa puede obviarse cuando sea solicitada por el mismo ente.

Las condiciones básicas para la tramitación de la medida es que se solicite y existan suficientes datos y pruebas del daño inminente, irreparable y urgente. En forma negativa, son también condiciones, la ausencia de desproporciones que la medida debe guardar frente al demandado (más adelante se tratará este aspecto).

No está previsto el trámite oficioso de la medida, aun en los casos de hechos o actos contrarios al interés social, la vida, salud y seguridad nacional; pero en casos donde esté presente una amenaza o lesión vinculada con los derechos fundamentales de los miembros de un colectivo, el operador jurídico deberá, con fundamento en el artículo primero constitucional, tramitar de oficio y en su caso decretar medidas precautorias colectivas⁷. Para ello, deberá justificar la interpretación conforme o convencional que supere la lectura literal del artículo 610 del CFPC, ya que en estos casos

⁶Legitimados conforme a la fracción I del artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁷Pero además, bajo el principio de superioridad de la colectividad (ver mi artículo sobre interpretación en esta publicación) no puede sostenerse más un estricto derecho por encima de los principios, objetivos y finalidades del proceso, cuya indicación legal expresa es actuar en aras de la protección y tutela colectiva (artículo 583 CFPC).

su aplicación está desautorizada por el actual artículo 1º constitucional, que ordena actuar en prevención de las lesiones a los derechos fundamentales⁸.

Otra cuestión importante, en relación al trámite, sería precisar si las condiciones de admisibilidad deben estar cumplidas previamente a la vista de la demandada y solicitud de opinión a la procuraduría y ente gubernamental; o bien, si una vez solicitada la medida y sin que se cumplan las condiciones de admisibilidad, procede la vista y opinión, para que en forma conjunta se resuelva la solicitud, lo expuesto en la vista por el demandado, y las opiniones de entes gubernamentales.

El mejor derecho es aquella interpretación que desarrolla asertivamente el trámite de vista y opiniones, éstas sólo deben tener lugar cuando además de estar solicitada la medida, existan las condiciones de admisibilidad. La verdadera concreción del trámite y debido proceso, sólo pueden ocurrir cuando la participación de las partes sea sustantiva.⁹

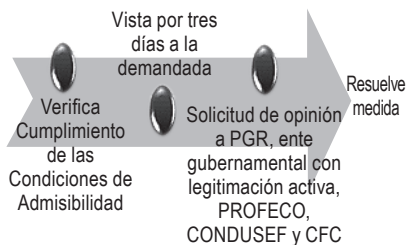
Si el proceso colectivo debe diferenciarse de los patrones que justificaban la seguridad jurídica en los procesos individuales, es imprescindible que se realicen trámites asertivos dotados de una seguridad jurídica sustantiva.

Lo óptimo será prevenir o rechazar de inmediato la solicitud si el solicitante no ha precisado el acto o hecho productor de la amenaza o daño, también si no existe un

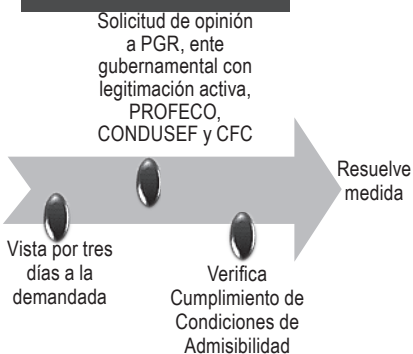
principio de prueba sobre las características de inminencia, irreparabilidad, necesidad y urgencia, o es imposible dar proporcionalidad a la medida.

Otro tema relevante es el relativo al principio de prueba. Nuestro ordenamiento no lo dispone como condición para solicitar las medidas, pero esto es lógico e indiscutible, porque no puede justificarse el rechazo ni la emisión de una medida precautoria, cuando no existe una base fáctica

Trámite que se recomienda



Trámite que no se recomienda



⁸Véase la tesis aislada P. LXVII/2011(9a.) del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10ª Época, registro IUS: 160589, de rubro: *Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad*.

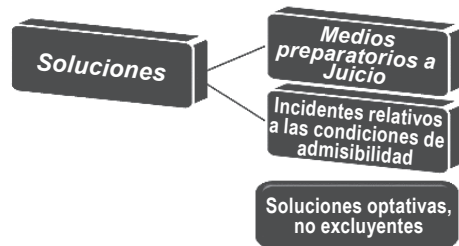
⁹En los procesos individuales, se suelen dar vistas interminables que llevan a las partes a contradecirse, y luego a posteriores requerimientos con sus relativos desahogos, y así, hasta que finalmente se agota el promotor, cae en algún error, olvido, o bien, se niega por cuestiones que se observaban desde un inicio.

que permita concluir su necesidad y adecuación.

El principio de prueba o prueba *prima facie*¹⁰ se basa en la idea de que las pruebas tienen funciones y grados de rigor justificativo distintos de acuerdo a la etapa y acto procesal en que se utilicen¹¹. No se trata de que las afirmaciones y los litigios queden probados plenamente desde un inicio, sino que exista una adecuación razonable entre la tutela judicial efectiva y la eficiencia probatoria.

Para hacer viable la condición del principio de prueba y la posibilidad de que en todo proceso colectivo activo se pueda obtener una medida precautoria soportada en pruebas, existen tres soluciones: a) Configurar medios preparatorios colectivos para que las partes puedan solicitarlas desde el inicio del proceso, b) Ya admitida la demanda, se tramiten incidentes para descubrir objetos probatorios relativos a los elementos que condicionan la admisibilidad de la medida, y c) Las soluciones anteriores no se excluyen, son optativas.

Efectividad del Principio de Prueba



La solución tradicional en nuestro país ha sido la descrita en el inciso c) ya que, generalmente, es indistinto el tratamiento de un juicio y un procedimiento preparatorio¹².

Las medidas precautorias implican el acceso a trámites instructivos, fuera y dentro de juicio, para que sea viable que desde el inicio del proceso, las partes puedan obtener una medida.

Otra inquietud del trámite de la medida precautoria es, si se debe conceder un periodo de instrucción al demandado y al ente gubernamental. La respuesta es negativa. Las condiciones de necesidad y adecuación no deben obtenerse por contradicción. Esto desvirtúa la naturaleza concreta y breve de este trámite.

Límites Actividad Probatoria



¹⁰Devis Echandía Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2006, t. I, pp. 309 - 311.

¹¹Sobre este tema puede consultarse la tesis la tesis de la 1ª Sala, Semanario Judicial de la Federación, Libro 111, 9ª Época, Tomo II, p. 912, registro IUS: 160621, de rubro *Acreditación del cuerpo del delito y del delito en sí, sus diferencias*.

¹²Véase la tesis 287, 1a./J. 23/96, 1ª Sala, Semanario Judicial de la Federación, 9ª Época, Tomo IV, materia civil, p. 241, registro IUS: 913229 de rubro *Medios preparatorios a juicio, es procedente el amparo indirecto de conformidad con la fracción III del artículo 114 de la ley de la materia cuando se reclama la falta de emplazamiento a los mismos*.

Además, tratándose de una resolución temporal y modificable no existe necesidad de garantizar mayor audiencia que la vista y opinión que nuestro código ordena.

De esto surge otro cuestionamiento. ¿Significa entonces que la defensa que se autoriza a la demandada es nula o que la opinión gubernamental es intrascendente¹³? La defensa y opinión pueden contradecir la solicitud y ofertar pruebas que por su naturaleza no requieran instrucción material. El límite de la actividad procesal de las partes, es lógica, su intervención no debe interferir con la intelección de que la medida es una respuesta jurisdiccional inmediata del estado.

La demandada y los entes gubernamentales deben partir de que existiendo las condiciones legales para una medida, la mejor posición es la coherencia, por lo que deberán enfocar su participación a la exhibición de elementos informativos y argumentos que sirvan para proponer o matizar el examen de adecuación, que es donde existe un mayor margen de apreciación en relación con sus intereses.

De exigir el dictado de la medida, mayores certezas o pruebas debe rechazarse inmediatamente, sin que precluya el derecho a solicitarla nuevamente. El proceso debe privilegiar la solución final frente a la medida precautoria transitoria y modificable. La certidumbre de que los procesos colectivos sean rápidos y efectivos, mejora su implementación y aceptación social.

En relación con el trámite de la medida y en ciertos casos cuya naturaleza lo permita, podría presentarse la hipótesis de un convenio que total o parcialmente diera solución temporal a algún daño real o inminente. Esta hipótesis es viable de acuerdo al artículo 591 del ordenamiento federal de procedimientos civiles, pero estará condicionada a que el convenio no sea contrario a los intereses de la colectividad.

V. Justificación que debe contener la medida precautoria

El fallo que contenga una medida debe justificar la necesidad y adecuación; para lograrlo, debe plantearse un objetivo y un método que ordene y sistematice los elementos que la sostienen.

El objetivo de las medidas es la protección de bienes, derechos e intereses colectivos, y la materia en la que recae, son los riesgos, daños y amenazas vinculadas con las materias de servicios, consumo y ambiental. Su finalidad es evitar la continuación dañosa o de amenaza a la colectividad hasta la solución final del proceso.

¹³Es necesario decir que existe sospecha de inconstitucionalidad en el presupuesto relativo a la solicitud de una opinión gubernamental; ya que existe cierta subordinación judicial a no resolver hasta que entes gubernamentales legitimados emitan una opinión, esto puede constituir un atentado a la independencia judicial. Una interpretación conforme – y que era la que proponía la iniciativa – es que la discrecionalidad judicial justifique esta solicitud, no así que la ley condicione abiertamente el dictado de una resolución judicial. Más aún, este trámite es contrario a la lógica de urgencia de este tipo de actos e innecesario, porque los entes son parte en juicio, y escuchar su opinión es garantía de proceso.

Una medida precautoria es una norma individualizada temporal de protección colectiva. El supuesto o hipótesis normativo es la necesidad, y la sanción o consecuencia, es la situación jurídica a la que se sujetará el objeto a proteger, mediante la adecuación del caso.

Los supuestos que debe contener su dictado, como mínimo, son: 1. Perímetro del derecho o interés colectivo, 2. Causalidad, inminencia e irreparabilidad del daño, y 3. Urgencia.

La consecuencia se constituye con: 1. Resultado directo e indirecto de la medida, 2. Proporcionalidad de la medida, 3. Ausencia de garantía o caución, y 4. Medidas de Apremio.

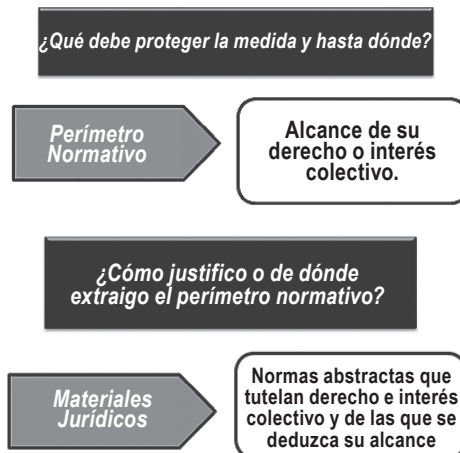
Los puntos 2 y 3 de la consecuencia, no necesariamente se deben plasmar, pueden obviarse dependiendo de las actuaciones y naturaleza del caso.

1. Perímetro del derecho o interés colectivo

Debe distinguirse entre la legitimación del colectivo y el contorno del derecho o interés colectivo que es objeto de tutela judicial. Lo primero no es objeto de estudio en la medida y por lo mismo no puede cuestionarse por el demandado ni por la autoridad. El contorno del derecho, parte de la configuración y límite legal del bien, derecho o

interés colectivo frente al daño potencial o actual que protegerá la medida.

Si hipotéticamente, la cuestión reclamada fuera la deficiente prestación de un servicio de educación, no podría cuestionarse en la medida cautelar que el colectivo se integre por padres de menores; en cambio, el perímetro, significa delimitar el contenido que se atribuye al derecho o interés de los padres de familia. Para justificar y considerar los alcances del perímetro, el fallo tendría que motivarse con los materiales jurídicos que



no deben de ser todos, sino aquéllos que en forma suficiente y completa aplican en relación al servicio¹⁴, en tanto bien colectivo, derecho o interés.

¹⁴Las fuentes podrían ser el artículo 3º constitucional, la Ley General de Educación, los contratos privados, reglamentos o circulares de regulación interna del centro educativo, así como los instrumentos infranormativos como reglamentos y normas oficiales.

Los intereses colectivos se configuran a través de normas objetivas, por lo que los materiales jurídicos tienen que visualizarse en su dimensión colectiva, es decir, aquella que es compatible con la expectativa colectiva de tutela judicial.

En principio todas las normas implican aspectos colectivos en tanto están plasmadas para una generalidad de individuos, su dimensión colectiva es aquella que no puede reducirse exactamente a lo individual, porque cuando el operador jurídico encuentra una norma que sólo tiene lógica y sentido para la persona individualmente considerada, esta no será compatible con la tutela colectiva.

Un ejemplo hipotético podría ser un reglamento relativo al ejercicio de la objeción de conciencia de médicos. Este tipo de norma difícilmente tendrá una dimensión colectiva, se trata de un derecho totalmente individual. En cambio, un reglamento, acuerdo o circular que establece los trámites individuales para obtener un servicio médico, tiene una dimensión colectiva, en tanto que se proyecta para una generalidad determinada o indeterminada de sujetos, aun cuando su tratamiento legal aparezca como individual, es claro que puede visibilizarse su perfil colectivo.

La expectativa jurídica colectiva no es en particular beneficio o interés de alguien; si bien, una gran cantidad de normas (sino es que todas) fueron pensadas y diseñadas para una dimensión sustantiva y adjetiva individual, la compatibilidad que se requiere observar para el perímetro normativo, es la sustantiva.

2. Causalidad, inminencia e irreparabilidad del daño

Existen cuatro cuestiones asociadas al daño: causalidad (1), inminencia (2), irreparabilidad (3) y urgencia (4). Aquí trataré las primeras tres, y en el apartado siguiente la cuarta.

La causalidad del daño es indispensable y de exigencia lógica, ya que es injustificada la medida precautoria que no precise un principio de prueba sobre este punto.

La causalidad fáctica puede ser el tema principal de contradicción en el proceso, pero en la medida cautelar, su trato es bajo un estándar de prueba mínimo pero suficiente. El dictado de la medida debe mostrar elementos verosímiles que identifiquen el daño y su origen para efectos exclusivos de una medida precautoria, por lo que

Presupuestos Prueba Causalidad del Daño

Pruebas de origen fáctico

¿De dónde proviene?

Prueba de imputación del daño

¿De quién proviene?

Estándar de prueba mínimo y exclusivo

deben evitarse pronunciamientos definitivos que correspondan a la sentencia.

De acuerdo a nuestro ordenamiento, no cualquier tipo de daño es cautelable, sólo será aquél que sea inminente e irreparable.

La inminencia es un juicio de probabilidad ligado a justificaciones lógicas y necesarias¹⁵, y la irreparabilidad indica que un daño no podrá ser subsanado eficazmente por el fallo colectivo.

Inminencia:

• Consecuencia lógica y necesaria

Irreparabilidad:

• No podrá ser subsanado en el fallo colectivo

Se dice que algo es inminente, cuando causalmente podemos afirmar que existen datos formales o materiales que soportan una conclusión formal de predicción, por la cual un evento debe suceder o tendrá lugar. Por ejemplo, si fuera materia de la medida un bien de consumo que bajo ciertas condiciones es dañino para la integridad humana, no se requeriría probar que las condiciones se han dado, simplemente sería inminente que si ocurren estas condiciones se causará un daño.

La nimiedad del daño no es motivo para negar o conceder la medida, ya que nuestro ordenamiento dispone la medida judicial ante cualquier daño con las características de inminente, irreparable y urgente, no así por la estimación de su trascendencia o impacto.

Otra cuestión discutible es si ciertos tipos de daños son reparables en tanto pueden ser indemnizados al dictarse la sentencia.

3. Urgencia

Es una característica ligada a la irreparabilidad del daño, que hace énfasis en la irreversibilidad temporal del fenómeno dañino. Aquello que es urgente, no puede ni debe esperar al fallo definitivo. Por el contrario, no serán urgentes los daños que ante su consumación, su tratamiento sea indistinto en la medida precautoria que en la sentencia.

El tema de la urgencia, se vincula mejor con la justificación del trámite, ya que la urgencia es la que amerita la tramitación ágil y asertiva de la medida; mientras que como cualidad del daño es difícil encontrar un concepto objetivo que permita matizar aquello que no puede esperar para el dictado de la sentencia, porque prácticamente todo daño inminente e irreparable podría clasificarse de urgente en tanto que la amenaza y afectación son actuales.

¹⁵No es un juicio de probabilidad sino una consecución obligada de causalidad en un contexto normal; son hechos o actos que aun cuando no existen se tiene plena certeza que ocurrirán, porque su antecedente probado actualice una cadena lógica y material de la que se deduzcan como consecuencias forzosas e ineludibles.

Continuando la exposición de la justificación del fallo de una medida precautoria, recordemos que se ha comentado que la adecuación se justifica con los siguientes elementos: el tipo de resultado directo e indirecto (i), la proporcionalidad (ii), la ausencia de garantía o caución (iii) y las medidas de apremio (iv). Enseguida se explican estos tópicos.

A) El tipo de resultado directo e indirecto de la medida

Debe motivarse qué tipo de acto, hecho o actividad son las productoras causales del daño, y a partir de este dato, especificar la situación jurídica que se mantendrá, y definir las obligaciones que el demandado deberá observar para cumplir la protección cautelar.

Los resultados directos son obligaciones que se traducen en conductas positivas de hacer, o negativas de no hacer, o tolerar. Estas obligaciones directas son el presupuesto de las que se deducen los resultados indirectos que se deben expresar en forma específica o de traducción de las directas.



Por ejemplo, si una empresa causa un problema vial porque todos sus materiales salen a la misma hora en que las familias llevan y recogen a sus hijos de una escuela, el juzgador podrá ordenar como obligación directa de no hacer, que no se realicen maniobras viales de materiales por parte de la demandada. Las obligaciones indirectas son más precisas, involucran a sujetos como choferes, proveedores, las horas y días de la semana en que no debe realizar la conducta.

La claridad en los resultados u objetos indirectos hacen posible la intelección y cumplimiento de la medida, así como su control y verificación.

B) Proporcionalidad

Una proporción es una igualdad de razones, una correspondencia entre objetos; son desproporcionadas las comparaciones que no guardan algún grado de similitud.

Urgencia: • Calidad de trámite ágil y asertivo

Nuestro ordenamiento hace énfasis en dos situaciones a las que no se deben aplicar las medidas; es decir, situaciones desproporcionadas a las que no se les debe aplicar la norma general, y son: 1) Que la medida cause mayor daño del que causarían los actos, hechos u omisiones objeto de la medida, y 2) Que la medida afecte en forma ruinosa al demandado.

I. Desproporción $\equiv$ Daño mayor en comparación con el cautelado

Las situaciones desproporcionadas que no pueden ser cautelables no son del todo claras, deben ser interpretadas restrictivamente y bajo prueba suficiente de causalidad, porque generalmente no es evidente para un juez que una medida pueda tener la trascendencia que exige considerar el legislador¹⁶.

Si bien, la causación de un daño mayor podría ser de sentido común, esta regla originalmente refiere a no causar un daño mayor de aquél que se intenta evitar (estado de necesidad), no así a la causación de cualquier daño independiente del que se quiere evitar. Por eso, esta regla de desproporción implica una causalidad directa entre la medida y la producción de daños o amenazas mayores.

Debemos partir de que no se puede inferir o presumir la causalidad directa que menciona nuestro ordenamiento, debe haber prueba o dato que indique esta desproporción, ya que por principio, toda medida precautoria tiene efectos desfavorables a la parte demandada, los efectos desproporcionados son difíciles de evaluar ante la complejidad de factores que puede desencadenar este tipo de normas temporales.

II. Desproporción $\equiv$ Medida destruye o extingue patrimonio demandado

En la segunda desproporción, se ocupa la palabra “ruinoso” para describir el efecto de una medida y considerarla improcedente. La ruina es la destrucción de algo, también es aquello que amenaza con destruirlo todo. El término ruinoso sólo puede relacionarse con aspectos patrimoniales de la demandada y la causalidad prohibida por desproporcionada, es aquélla que provoca la desaparición permanente de la actividad del demandado.

Es difícil encontrar un caso donde la medida deba rechazarse porque pueda causar la ruina, por esa razón, parece que esta desproporción, sólo podría estudiarse bajo modificación de la medida, ya que la posible ruina del demandado sólo podría ponderarse ante la efectividad de las medidas, y no como un factor inicial de rechazo. La gravedad del término ruinoso, será difícil de probar pero muy fácil de invocar.

¹⁶Existen casos, donde las relaciones no son de causalidad sino paradojas, donde una misma cuestión puede ser intrascendente o fundamental. Así por ejemplo, una fábrica que carece de una etiqueta, por no poder resurtirla y sin que haya en ese preciso momento en el mercado, puede que cierre, pierda sus recursos, sus compromisos caigan en mora; todo ante una simple cuestión nimia. La actual integración mundial genera una interrelación de factores que no son commensurables ni se explican bajo la lógica causal. En el caso, una simple etiqueta no justificaría la pérdida de empleos, deudas, etc. Serían la multiplicidad de causas las que provoquen realmente un evento ruinoso, pero puede ubicarse el origen en un sólo detalle.

Sobre las desproporciones de la medida cautelar, debe comprenderse que el legislador intenta mantener la naturaleza provisional de la medida precautoria, haciendo expresión de que la afectación grave o ruina del responsable no deben resolverse en una medida cautelar, y esto parece tener sentido, no así como lo pretendió legislar a través de expresiones graves¹⁷.

C) Ausencia de garantía o caución

Hasta en tanto no esté autorizada y exhibida la caución para la reparación del daño colectivo, la solicitud y tramitación de la caución no constituyen obstáculo alguno para el dictado y efectividad de la medida precautoria.

Se debe tener presente que la garantía no procede en casos donde exista amenaza inminente e irreparabilidad al interés social, a la vida, salud o la seguridad nacional.

Sobre el interés social, el concepto jurisprudencial ha sido desarrollado desde un punto de vista de conveniencia, por el cual, el juzgador puede estimar que existen notorias ventajas que la sociedad perdería en caso de caucionar una medida cautelar (es conveniente mantener la medida). Se habla de interés social como aquello en que la sociedad está interesada y que la sensibilidad del juzgador así lo reconoce.

El caso del interés social es importante porque es un concepto dúctil donde el juzgador puede rechazar una garantía cuando existan casos donde, con independencia del colectivo, la medida precautoria sea de mayor beneficio social. Estos casos, tradicionalmente se han considerado como indudables desde el sentido común, porque representan una aspiración jurídica fácil de identificar.

Sobre las otras causas para negar la caución, es decir, los casos de amenaza inminente e irreparabilidad a la vida, salud y seguridad nacional, deberá estudiarse si son de interpretación estricta o si permiten extensividad. Por ejemplo, muchos casos ambientales reflejan una amenaza inminente a la vida y la salud de los individuos, pero en la realidad se presentan bajo meros deterioros patrimoniales o desarmonía de la acción y omisión frente al orden jurídico.

Parecería innecesario comentar el tema de la garantía como condición de efectividad de la medida, pero si se toma en consideración que el trámite de la medida implica la vista al demandado, se comprenderá que existen condiciones procesales

¹⁷Esta condición también nos indica que la medida no debe coaccionar al demandado, y que bajo un esquema extremo las medidas no deben aplicarse o bien, deben matizarse.



para caucionar el daño y evitar la efectividad de las medidas precautorias.

Pongamos un ejemplo para advertir la trascendencia del tema. Una empresa que produce vajillas de talavera, es demandada por una asociación de consumidores alegando que sus productos contienen plomo y producen daños materiales al ser expuestos a las microondas de sus hornos. La medida se solicita para que se retiren del mercado sus productos y se suspenda su venta.

Al dar vista a la demandada con la solicitud de la medida, la empresa estaría en posibilidad de solicitar la caución, considerando los graves daños patrimoniales que sufriría y además porque —hipotéticamente— le conviene cumplir un contrato de grandes proporciones económicas.

La caución tendría que establecerse con base en la venta y producción de vajillas, junto con la cantidad actual y potencial de consumidores relativos al contrato de gran valía que se comentó. Si multiplicamos las vajillas frente a los daños, puede resultar una caución muy alta.

Lo trascendente de la garantía es que la magnitud de los asuntos colectivos puede implicar cauciones muy elevadas, así que la demandada deberá estudiar la conveniencia entre caucionar o sujetarse a la medida precautoria, lo que puede dar lugar a convenios parciales entre las partes, y evitar el dictado de la medida. Deberán entonces, tenerse muy presente las excepciones para conceder garantía, y cuidado con los juegos de conveniencias económicas que pueden desvirtuar la esencialidad social para la que fue pensada la medida precautoria.

Para la fijación de la caución deberá atenderse al caso concreto, porque habrá asuntos que debido a su complejidad y magnitud, requieran tramitación incidental, para permitir a las partes probar y contradecir, sobre todo, el monto económico.

Nuestro ordenamiento no prevé la contragarantía. De acuerdo a la lógica y principios colectivos, esto es correcto, ya que la contragarantía responde más a un interés personal de ejecución que a una salvaguarda colectiva resarcitoria.

**Fijación de
Caución**



Trámite Incidental

**Innovación en las
Medidas de Efectividad**



D) Medidas de apremio

Toda medida precautoria tiene que robustecerse del tercer elemento de la causalidad jurídica, el castigo o punción en caso de desobediencia. Mientras más específica sea,

mayor penetración y motivación provocará.

Idealmente, las medidas de apremio deben implementarse desde un inicio del juicio, no sólo en la medida precautoria. Si recordamos el ejemplo de la empresa de vajillas, esta tenía un contrato, el cual puede ocultar por conveniencia. Por eso, desde un inicio del proceso deben implementarse las medidas de apremio, para dejar en claro que cualquier cuestión relevante vinculada con la materia y objeto del juicio debe ponerse en conocimiento del juzgador.

El operador jurídico debe hacer uso eficiente e inteligente de las medidas de apremio, haciendo innovaciones, tales como informes, demostraciones periódicas de cumplimiento, inspecciones sorpresivas con expresión de multa, arresto, o cateo, según proceda.

El apremio en la medida precautoria colectiva es muy distinto a su uso en el proceso individual, porque su objeto protector es trascendente a una pluralidad determinada o indeterminada de sujetos, y los bienes y derechos colectivos se insertan dentro de lógicas económicas, políticas y sociales que pueden ser inconmensurables para su control procesal.

Son complejas las situaciones jurídicas que producen las medidas colectivas, de difícil control, esto es, los servicios bancarios, telefónicos, hospitalarios, bienes de consumo o lesiones al medio ambiente, se desenvuelven dentro de actividades económicas encadenadas a infinidad de actos y personas, tienen amplia configuración legal, son dependientes de recursos y factores globales; por eso se requiere un tratamiento estratégico, superior y de mayor eficacia.

La pertinencia de la medida de apremio está en las obligaciones específicas que incentiva. Los medios de apremio no deben emplearse en forma global sino atendiendo a un marco específico de vigilancia para su efectividad. Tampoco deben aplicarse hasta el incumplimiento, sino que deben anticipar o presuponer su incumplimiento.

Deben establecerse los apremios a través de esquemas que tiendan a la constante animación de la efectividad, por eso, los apremios deben dosificarse en forma estratégica para lograr desalentar no sólo la desobediencia sino el decaimiento natural por razón del tiempo y de las circunstancias complejas que inciden en la medida.

El verdadero control de las medidas, debe generar su modificación durante el proceso, para adaptarlas al caso concreto, pero esto ocurrirá cuando se pretenda mayormente que mantengan su eficacia.

Uso Eficiente

Anticipado

Estratégico

Obligación específica

VI. Conclusiones

1. Los conceptos de necesidad y adecuación sirven para explicar las medidas precautorias descritas en los artículos 610 y 611 del Código Federal de Procedimientos Civiles.
2. La efectividad de las medidas precautorias depende de su grado de especialización; acercar el proceso al tipo de daño, acto, hecho o actividad, producirá una sustantividad radical parecida a los *remedies* norteamericanos. El ejemplo del principio de precaución en materia ambiental muestra claramente que cada materia y tipo de daño deben tener un tratamiento específico.
3. Las medidas precautorias colectivas requieren implementar estrategias para su efectividad, y estas se traducen en una inteligencia judicial particular para lograr su adecuación constante.
4. El trámite de la medida precautoria puede caracterizarse dentro de un esquema básico de condiciones de trámite, de admisibilidad, resultado y efectividad.
5. Nuestro ordenamiento no permite tramitar oficiosamente las medidas precautorias, pero en el caso de que los actos, hechos, omisiones o actividades amenacen o lesionen derechos fundamentales de los miembros del colectivo, podrá emplearse el control convencional para tramitarlas y dictarlas en aplicación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
6. En el trámite de una medida precautoria, la vista a la demandada y la opinión gubernamental deberán darse cuando existan las condiciones de admisibilidad de la medida, a efecto de realizar un trámite sustantivo y efectivo, que haga evidente la diferenciación del tratamiento colectivo asertivo, frente a las tradicionales vistas de los procesos individuales.
7. Las medidas precautorias requieren un principio de prueba en relación al daño, inminencia, causalidad, irreparabilidad y urgencia, por lo que, cuando así se requiera, deben configurarse medios preparatorios a juicio colectivo y también la tramitación incidental para demostrar condiciones de admisibilidad dentro de juicio.
8. El trámite de la medida precautoria no debe reflejar un contradictorio ni puede dar lugar a una dilación probatoria. La demandada y los entes gubernativos sólo pueden ofrecer pruebas que no interfieran con la respuesta inmediata de la medida cautelar.
9. La solicitud y trámite de la caución no debe interferir con el dictado y efectividad de la medida. Deben tenerse presentes las excepciones para otorgar caución y tener cuidado con los juegos de conveniencias económicas de las partes. La cuan-

- tificación de la garantía debe establecerse en algunos casos, mediante trámite incidental.
10. Al resolver una medida cautelar, puede realizarse un esquema de una norma individualizada colectiva de protección temporal, que exponga los elementos que constituyen la necesidad y adecuación, que a su vez se traducen la demostración de la causalidad que verifique el origen del daño y su imputación. La medida precautoria debe especificar entre otras cosas, el perímetro del derecho o interés colectivo, las obligaciones directas e indirectas de la demandada así como los medios de apremio estratégicos para lograr su cumplimiento, esquematizando estos últimos en forma tal que preventivamente se controle su efectividad en forma permanente.

Referencias

- Alpa, Guido, “El derecho de los consumidores y el ‘Código del Consumo’ en la experiencia italiana”, en *Revista de Derecho privado*, núm. 11, 2006, pp. 5-31. Consultado en el sitio <http://foros.uexternado.edu.co>
- Cabrera Acevedo, Lucio, “El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos”, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.
- Cabrera Acevedo, Lucio, “La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, tomo XXXIII, enero-junio de 1983, núm. 127-129, pp. 113-135. Consultado en el sitio <http://www.bibliojuridica.org>
- Cappelletti, Mauro, “La protección de los intereses colectivos o difusos, en XIII Iberoamericanas de Derecho procesal”, México, UNAM, 1993. Consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 31-32, enero-agosto 1978. Consultado en el sitio <http://www.juridicas.unam.mx>
- “El acceso a la justicia de los consumidores”, en Obras: *La Justicia Constitucional y dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, pp. 439-461.

- Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005.
- Carmona Lara, María del Carmen, “Derechos Humanos y Medio Ambiente”, Universidad Autónoma de México, consultado en el sitio www.juridicas.unam.mx
- Devis Echandía, Hernando, “Nociones generales de derecho procesal civil”, 2a. ed., Bogotá Colombia, Temis, 2009.
- “Teoría general del proceso”, 3a. ed., Buenos Aires Argentina, Universidad, 2002.
- “Teoría general de la prueba”, 5a. ed., Bogotá Colombia, Temis, 2006.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos”, comentario de José Ovalle Favela, 2ª ed., México, Porrúa, 2004.
- Gascón Inchausti, Fernando, “La Protección de los Consumidores en el Proceso Civil Español”, Universidad Complutense de Madrid.
- Gidi, Antonio, Ferrer Mac- Gregor, Eduardo, “La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos”, ed. Porrúa, México, 2004.
- “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Gaxiola Moraila, F. Jorge, “Panorama del Régimen Jurídico del Sistema Financiero Mexicano”.
- Lenza, Pedro, “Efectividad del Proceso Colectivo: El código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y el Derecho Brasileño”.
- Londoño Toro, Beatriz, “Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos”, 1a. ed., Bogotá Colombia, Universidad del Rosario, 2003.
- Monti, José L., “Los Intereses Difusos y su Protección Jurisdiccional”, ed. Ad-Hoc.

Ovalle Favela, José “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, mayo-agosto de 2003. Consultado en el sitio <http://www.ejournal.unam.mx>

“Introducción, en las Acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos y de Grupo”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. pp. VII-XV.

Pérez Gil, *Julio*, “El Conocimiento Científico en el Proceso Civil, Conocimiento Científico y Actividad Probatoria.”

Robles, Gregorio, “Las reglas del derecho y las reglas de los juegos”, 1a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

Rodríguez Wambier Luiz, “Consideración sobre la liquidación de Sentencia Colectiva en la Propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”.

Taruffo, Michele, “La Prueba Científica”, Ed. Marcial Pons.

Viguri Perea, Agustín, “La responsabilidad civil en el marco de derecho de consumo”, 1a. ed., España, Comares, 1997.

Wróblewski, Jerzy, “Sentido y hecho en el derecho”, 1a. ed., México, Fontamara, 2001.

Cuestiones de legitimación y representación

Ramiro Rodríguez Pérez*

SUMARIO: I. *Legitimación*. II. *Interés que tutelan las acciones colectivas*. III. *Legitimación procesal activa en las acciones colectivas*. IV. *Legitimación procesal ad causam*. V. *Legitimación ad procesum*. VI. *La legitimación en las acciones colectivas puede considerarse concurrente, disyuntiva y exclusiva*. VII. *Facultad de adherirse a la acción colectiva intentada*. VIII. *Presupuestos procesales*. IX. *Certificación de la demanda*. X. *Identificación del interés o derecho que se demanda*. XI. *Consecuencias de la certificación*.

I. Legitimación

Seguramente, uno de los problemas fundamentales para el acceso a la tutela de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, se relaciona con el tema relativo a legitimación, en tanto que, en nuestra cultura jurídica, hasta ahora, prácticamente ha estado presente la idea tradicional de protección de derechos de tipo individualista.

En la tutela de derechos a que nos referimos en el presente, se rompe con los esquemas tradicionales de legitimación activa. Como lo señala Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹, no se trata de la legitimación común u ordinaria, donde se demanda por ser titular de un derecho subjetivo propio; tampoco bajo la legitimación extraordinaria, en que se ejercita un derecho de otro en nombre de otro y en beneficio propio. En acciones colectivas estamos ante una legitimación *sui generis*, como también lo refiere Antonio Gidi².

* Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Décimo Sexto Circuito (Guanajuato).

¹Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, "El acceso a la Justicia de los intereses del grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)", en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*. 2ª. Ed., México, Porrúa, 2001, p.p. 220-221.

²Gidi Antonio "Legitimidad para demandar en las acciones colectivas", en Gidi, Antonio y Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003, pp. 110 y 112.

El criterio utilizado para otorgar legitimación para promover acciones colectivas, no se apoya necesariamente, en la titularidad del derecho sustantivo invocado, sino en la necesidad de que un ente colectivo pueda transformarse en el adecuado portavoz de los derechos e intereses de la colectividad. Esto se procurará explicar en párrafos subsecuentes, de acuerdo a la manera en que han sido reguladas recientemente tales acciones en nuestro país.

II. Interés que tutelan las acciones colectivas

Tomando en cuenta que en anterior apartado se analiza el tema relacionado con los tipos de intereses tutelados, en el presente, únicamente se hace referencia de manera breve al que es objeto de protección en las acciones colectivas que regula el Código Federal de Procedimientos Civiles, pues de ese modo se podrá comprender mejor lo atinente a la legitimación activa en las referidas acciones, como lo hace ver Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes³.

Así, del libro Quinto, capítulo I, denominado “Previsiones Generales”, del citado ordenamiento jurídico, se advierte que el interés que se tutela es el legítimo, tratándose de las acciones difusa y colectiva en sentido estricto, como las clasifica el artículo 581, fracciones I y II, del Código mencionado, ya que, en el caso de intereses difusos o colectivos, existe un titular del derecho sustantivo, que puede ser una colectividad indeterminada (difusos); determinada o determinable (colectivos en sentido estricto). De este modo, si el interés legítimo proviene de la afectación a la esfera jurídica de la persona, ya sea directa o derivada de su situación particular con respecto a una colectividad indeterminada o determinada, ello significa que se trata de un interés cualificado, lo que implica que merece ser respetado, aun sin tener un titular directo, lo que constituye una característica del interés legítimo.

El interés legítimo, en palabras del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea⁴, consiste en una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple, ya que el presupuesto de dicho interés es la existencia de normas que imponen una conducta obligatoria de la administración pública, pero que no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares, a pesar de que sí les afecta en su esfera jurídica.

En cambio, en la acción individual homogénea, el interés que se tutela es el jurídico, pues según la fracción III, del referido artículo, es aquélla que se ejerce

³Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Pablo, *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos* en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª. Ed., México, Porrúa, 2001, p. 1135.

⁴Zaldívar, Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002, p. 57.

para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyo objeto es reclamar, judicialmente, de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con las consecuencias y efectos según la legislación aplicable. Así, en este tipo de acción, los legitimados son los individuos parte en un contrato, que deciden agruparse ante circunstancias comunes, para demandar el cumplimiento o rescisión del contrato que habían celebrado, lo que implica que existe una afectación a un derecho subjetivo de los contratantes.

En cuanto a la diferencia entre interés legítimo y jurídico, la Segunda Sala del Máximo Tribunal de Justicia en el país, en la Jurisprudencia de epígrafe INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO⁵. En esencia ha señalado, que mientras en el interés jurídico se requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, en el legítimo, únicamente, se exige la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados. Este interés proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

III. Legitimación procesal activa en las acciones colectivas

Dada la finalidad del presente trabajo, resulta impráctico y poco útil estudiar con detenimiento la institución de la legitimación activa a partir de sus clasificaciones, pues además de lo complejo de tal tema, lo que al presente interesa, es tratar de entender a quiénes y bajo qué circunstancias, la legislación en análisis autoriza a demandar la tutela de derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos. Más aún, cuando como lo hace notar Devis Echandía⁶, la opinión en torno a la legitimación sigue generando discrepancia entre los estudiosos del mismo.

Así, tenemos que, del Código Federal de Procedimientos Civiles, aparece que con respecto a la legitimación activa, prevé tanto la *ad causam*, como la *ad procesum*; sin embargo, antes de adentrarnos en ello, es conveniente precisar que dicho ordenamiento en su artículo 585 comprende tres distintos entes con legitimación para promover acciones colectivas, que como lo refiere Carlos Alberto De Salles⁷ pueden entenderse:

⁵Tesis Aislada, I.4º.A.299 A, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta IX, Abril de 1999, Novena Época, materia administrativa, p. 555.

⁶Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, 2ª. Ed. Buenos Aires, Universidad, 1997, pp. 253-254.

⁷De Salles, Carlos Alberto, "Políticas públicas y legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003, p. 128.

- a) Gubernamental o Estatal, por conducto de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia (fracción I); además del Procurador General de la República (fracción IV);
- b) Privada, referida básicamente a los particulares, por conducto del representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros (fracción II); y
- c) Asociativa, atinente a organizaciones no gubernamentales, a través de asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas, al menos un año previo al momento de presentar la acción cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de derechos o intereses de la materia de que se trate y que cumpla con los requisitos establecidos en dicho código (fracción III).

Como puede advertirse, el Código Federal de Procedimientos Civiles amplía de forma considerable la legitimación activa tratándose de acciones colectivas, siendo éste uno de los rasgos más significativos respecto de la tutela de derechos individuales que de manera tradicional regula nuestra legislación, lo que me parece entendible, pues las acciones colectivas se orientan a una mayor expansión en el acceso a la justicia.

Ahora, en cuanto a la legitimación a instituciones gubernamentales, parece acertada tal determinación del legislador, partiendo de que es de interés general de la sociedad, el que se vigile que en las relaciones de consumo se evite el abuso en los precios, se cuide la calidad y atención en los bienes o servicios, tanto públicos como privados, así como la conservación del medio ambiente; más aún, cuando en nuestro país las asociaciones privadas en la actualidad pudieran no tener la fuerza y experiencia necesaria para demandar mediante acciones colectivas la tutela de los derechos a que se refiere el artículo 578 del citado Código, e incluso no existir legalmente constituidas con los requisitos que el mismo establece.

Pudiera llamar la atención que, entre los entes públicos legitimados para promover acciones colectivas, no figure la Defensoría Pública Federal; no obstante, si se tiene en cuenta que una de sus funciones es procurar el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica, según se establece en los artículos 1 y 4 fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, tal institución puede jugar un papel importante, en todos aquellos casos en que las asociaciones civiles que sí cuentan con legitimación, para promover acciones colectivas o en el caso de colectivos conformados por al menos treinta miembros, puedan ser representados, jurídicamente, en los procesos respectivos, por el asesor o asesores jurídicos que dicha

institución asigne cuando así sea solicitado.

La legitimación privada a que se hace referencia, podría en principio generar inquietud, dada la denominación de “acciones colectivas”, motivando, la creencia de que los particulares no están en aptitud de defender derechos o intereses colectivos, por considerar que ello corresponde exclusivamente, a las asociaciones no gubernamentales, o instituciones del Gobierno, es decir, a entes colectivos. No obstante, como lo destaca Pablo Gutiérrez de Cabiedes⁸, tal determinación del legislador, igualmente, debe entenderse de manera positiva, en tanto que tratándose de intereses supraindividuales, la totalidad de los miembros de un grupo o colectividad se ven afectados por la violación que impugnan, o sea que cada uno de ellos, en caso de existir la vulneración al derecho que reclaman, se ve perjudicado en lo individual, aunque junto con los demás integrantes de esa colectividad.

Además, de esa manera, como bien lo indica Elton Venturi⁹, al otorgarse legitimación activa a los particulares en las acciones colectivas, se flexibiliza y se reduce la burocratización del acceso a la justicia en este tipo de acciones.

En relación con la legitimación otorgada a las asociaciones civiles sin fines de lucro que menciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, debemos partir de que son los grupos organizados, como lo menciona Antonio Gidi¹⁰, el principal ente legitimado para promover la acción colectiva; sin embargo, en virtud de que en nuestro país dichas acciones, reconocidas como tales, se encuentran en ciernes, seguramente será con el transcurso del tiempo que tales asociaciones cobren fuerza y se convertirán en su principal promotor. Lo anterior porque parece claro que es más complicado que los ciudadanos en lo individual logren ver satisfechos intereses o derechos vulnerados; en cambio se pueden obtener mediante asociaciones civiles, ya que de esa manera será más simple librar obstáculos económicos, de tiempo, culturales, organizativos, etcétera, como por ejemplo para lograr el desahogo de pruebas técnicas o científicas de elevado costo económico.

Teniendo presente lo anterior, se conviene, con Alberto Baumeister Toledo¹¹, en el sentido de que, la legitimación se puede manifestar en dos dimensiones no necesariamente concurrentes.

⁸Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Pablo, “La legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva” (comentario al artículo 3), en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, UNAM, 2008, p. 62.

⁹Venturi, Elton, “Legitimación activa concurrente, disyuntiva y autónoma”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, UNAM, 2008, p. 52.

¹⁰Gidi, Antonio, *op. cit.* nota 2, p. 109.

¹¹Baumeister, Toledo, Alberto, “Algunas anotaciones en torno al concepto de “legitimación”, en el nuevo derecho Procesal Constitucional Venezolano”, en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*. 2ª. Ed., México, Porrúa, 2001, p. 914.

Bien, para proceder a referir qué sujetos conforme a la legislación en análisis, tienen legitimación *ad causam* y cuáles *ad procesum*, se parte de lo que en ese sentido se ha establecido mediante Jurisprudencia, pues sobre el particular la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado de manera concreta y clara tanto lo que se entiende por legitimación *ad procesum*, como *ad causam*¹², que es la distinción que principalmente interesa para fines prácticos del presente.

IV. Legitimación procesal *ad causam*

Así, se puede entender que conforme a nuestra legislación tienen legitimación *ad causam*, las organizaciones no gubernamentales y los particulares integrantes o miembros de una colectividad, acorde con lo previsto por las fracciones II y III, del artículo 585 del referido ordenamiento Procesal Civil Federal, para demandar judicialmente la tutela de derechos o intereses difusos, colectivos en sentido estricto o individuales homogéneos, en tanto titulares directos o indirectos del derecho que se reclame.

En relación con las organizaciones no gubernamentales, es conveniente precisar que dichas asociaciones civiles, únicamente podrán promover acciones colectivas, cuando el interés o derecho que demanden, pertenezca a la materia comprendida en su objeto social, pues así se entiende precisamente de la fracción III, del artículo 585 del citado cuerpo normativo; entonces, la sola circunstancia de estar debidamente constituida no es suficiente para promover en cualesquiera de las materias que de manera expresa señala el artículo 578 del citado Código, esto es, tratándose de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente. Así, una asociación civil, cuyo objeto social, exclusivamente, sea la defensa de derechos vinculados con relaciones de consumo, no estará legitimada para demandar la tutela de derechos correspondientes al medio ambiente o viceversa.

De igual manera resulta interesante advertir que, del Título Único, Libro Quinto del Código en análisis, no aparece que el Juez que deba conocer del proceso pueda dispensar el requisito de tiempo de constituidas las asociaciones civiles, esto es, que al momento de presentar la demanda no tengan cuando menos un año de haberse constituido; por el contrario, el numeral 589, fracción VII, prevé como causa de

¹²Jurisprudencia, 2ª./J.75/97, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Enero de 1998, Novena Época, materia común, p. 351 que a la letra señala: *LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de ad procesum y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación ad causam que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación ad procesum es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la ad causam, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.*

improcedencia de la legitimación en el proceso, que las asociaciones no cumplan con los requisitos establecidos en el citado Título, con la única excepción contemplada en el artículo Quinto de los transitorios.

V. Legitimación *ad procesum*

Cuentan con legitimación *ad procesum*, además de las asociaciones civiles y los particulares ya referidos, los entes gubernamentales que mencionan las fracciones I y IV del propio numeral 585, pues en el caso de estos últimos, a pesar de no ser titulares del derecho o interés colectivo reclamado, la ley los faculta para demandar ante los tribunales judiciales competentes, lo que se reitera, se estima adecuado, porque en su calidad de instituciones de gobierno, es entendible que representen intereses de la colectividad.

Ahora, en cuanto a la postura que se sostiene, en el sentido de que los organismos gubernamentales cuentan con legitimación *ad procesum* y no *ad causam*, obedece a que dichos entes, si bien son creados para tutelar el interés público y social conforme a las leyes que los rigen y que establecen su competencia, en realidad no son los titulares del derecho difuso o interés colectivo, sino organismos concebidos para su preservación o defensa, de ahí que éstos no podrían obtener la tutela de un derecho propio, sino en favor de aquéllos que sí poseen la titularidad del derecho o interés controvertido.

Lo anterior lo podemos apreciar, a manera de ejemplo, en el artículo 20 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que establece en lo que interesa, que la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, estando facultada, expresamente, en el artículo 24, para representar individualmente o en grupo, a los consumidores ante autoridades jurisdiccionales y administrativas, y ante los proveedores; de ahí que, como órgano de la administración pública, defiende derechos e intereses de los gobernados, y no propios.

Consideración semejante podría sostenerse respecto de los demás organismos previstos en la fracción I del artículo 585 del Código Procesal.

VI. La legitimación en las acciones colectivas puede considerarse concurrente, disyuntiva y exclusiva

A partir de la manera o términos en que el Código Federal de Procedimientos Civiles, regula la legitimación, se puede entender, que es concurrente como lo expresa Antonio Gidi¹³, ya que del ordenamiento procesal civil en análisis, no se obtiene que la legitimación de uno de los distintos entes que legitima el artículo 585, excluya a los otros; por el contrario, me parece que todos de manera independiente están legitimados para demandar, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establece dicho ordenamiento legal, entre ellos, como ya se señaló antes, que corresponda a la materia de su objeto social.

Más aún, puede suceder que con motivo de esa legitimación concurrente, en virtud de los mismos hechos, por separado, distintas asociaciones civiles legalmente constituidas, o diferentes entes legitimados, como pudiera ser una institución de gobierno y una asociación civil promovieran su respectiva demanda, e incluso, que una intentara una acción difusa y otra una colectiva; en tal caso, procede la acumulación, como se advierte del artículo 606 del tan mencionado Código. Así, la figura de la acumulación corrobora que tratándose de acciones colectivas, existe legitimación concurrente.

Lo anterior tampoco implica que la legitimación no se deba considerar disyuntiva, en virtud de que, cualquiera de los legitimados puede intentar la correspondiente acción colectiva, sin la autorización de los diversos igualmente autorizados para ello.

En cambio, la legitimación procesal activa sí debe considerarse exclusiva, habida cuenta que la relación que hace el Código en el precepto 585, no se entiende enunciativa, sino limitativa, a las instituciones gubernamentales que específicamente indica, al representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros y a las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas, cuando menos un año previo al momento de presentar la acción. Así pues, fuera de dichos entes, ningún otro tiene legitimación para promover acciones colectivas.

VII. Facultad de adherirse a la acción colectiva intentada

En otro aspecto, en la legislación que se analiza específicamente en el artículo 588, se prevén los requisitos de procedencia de la legitimación en la causa, esto es, aquéllos necesarios para la defensa del derecho de que se es titular; mientras que en el diverso 589 se establecen las causas de improcedencia de la legitimación en el proceso; empero, en el numeral 594, se contempla el derecho de los miembros de la colectividad

¹³Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 2, p. 110.

para adherirse a la acción colectiva de que se trate, lo que puede ocurrir durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada; adhesión que debe realizarse haciendo llegar su consentimiento expreso y simple al representante quien lo presentará al Juez para que provea sobre la misma.

Ahora, la posibilidad de adhesión durante la tramitación del proceso, resulta cabalmente adecuada, sobre todo cuando la colectividad se integre por un número muy elevado de personas, ya que pudiera suceder que, al inicio del litigio no todos tuvieran conocimiento del mismo; sin embargo, lo que llama la atención es el derecho a incorporarse cuando ya existe sentencia de condena a la reparación del daño o convenio con calidad de cosa juzgada.

Esa posibilidad no se considera inconveniente en sí misma, pues lo lógico es que todo aquél que se haya visto perjudicado por alguna relación de consumo de bienes o servicios, o con respecto al medio ambiente, sea resarcido.

No obstante lo que parece preocupante es que muchos e incluso la mayoría de los afectados, no estén dispuestos o no les interese integrarse al litigio durante su tramitación, a fin de evitar pérdidas económicas, de tiempo o de alguna otra naturaleza.

Ello es factible que ocurra, al estar conscientes de que en caso de que la colectividad demandante obtenga fallo favorable, podrán adherirse sin mayor riesgo y lograr se les repare el daño una vez que en el incidente acrediten la afectación que sufrieron. Así, ante tal potestad, se pudiera ver disminuido el interés en la participación activa para el inicio y tramitación de la acción colectiva, lo que eventualmente generaría menos presión e impacto para la solución de ese litigio, ya sea mediante la tramitación del proceso, en el desahogo de pruebas, pero fundamentalmente para motivar la posibilidad de concluir mediante convenio.

En el caso que se comenta, se pudiera incentivar el fenómeno que Carlos Alberto de Salles¹⁴ identifica como efecto aventón, al evitar los distintos inconvenientes de participar en el proceso y ante la posibilidad de adherirse una vez que exista sentencia de condena.

1. Representación

Al igual que respecto a la legitimación, hemos de partir de que en las acciones colectivas reguladas en nuestro país, al hablar de representación, debemos despojarnos de la idea tradicional que sobre este tema se tiene en el derecho procesal civil en general, esto es, que una persona que no es a quien corresponden los intereses jurídicos que

¹⁴De Salles, Carlos Alberto, *op. cit.* nota 2, pp. 122-124.

se discuten, acepta poner su propia actividad al servicio de esos intereses ajenos, para lo cual ejecuta actos jurídicos a nombre de la persona o personas a quien pertenecen.

Lo anterior, en virtud de que, en las acciones colectivas, como lo refiere Antonio Gidi¹⁵, por representante es factible entenderlo como sinónimo de “portavoz”, de los intereses del grupo, de modo que en muchos casos, al inicio del litigio, es decir, al presentar la demanda o durante la tramitación del mismo, el representante de ese grupo o colectividad, no cuenta con la autorización o manifestación de voluntad de todas las personas titulares del derecho que se defiende, para ser representadas, como se advierte del Código Federal de Procedimientos Civiles; sin embargo, la sentencia que se dicte puede vincular a todos los titulares de la pretensión transindividual intentada.

2. Diferencia entre legitimación y representación

A efecto de mayor claridad, es conveniente desde ahora, distinguir entre legitimación y representación, en las acciones colectivas; distinción que se puede entender de una manera muy simple, como lo indica Gutiérrez de Cabiedes¹⁶, a partir de establecer que la legitimación tiene que ver con la afectación jurídica a los derechos o intereses que tutela la ley; mientras que la representación comprende o se refiere a la idoneidad del concreto actor para demandar y continuar el litigio. En otras palabras, tanto para deducir la acción como para conducir el proceso colectivo. La distinción que se comenta se hace evidente en el Código Federal de Procedimientos Civiles, pues en lo concerniente a la legitimación, el artículo 585 de manera taxativa refiere los entes que cuentan con legitimación para promover acciones colectivas; mientras que en el numeral 586, se prevén los criterios para considerar una representación adecuada.

3. A cuáles de los legitimados se exige representación adecuada

Del primer párrafo del diverso 586, en análisis, se aprecia que la representación adecuada que se exige, es respecto de los entes legitimados a que se refieren las fracciones II y III del precepto 585 de la citada normatividad, o sea, al representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; así como cuando quienes promuevan sean asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas. Lo

¹⁵Gidi, Antonio, “La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo”, en Gidi, Antonio y Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003, pp. 142-143.

¹⁶Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Pablo, “Comentario al artículo 2”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, UNAM, 2008, p. 38.

anterior resulta comprensible, si tomamos en cuenta que los diversos sujetos legitimados, comprendidos en la fracción I, del numeral referido en último término, son instituciones del gobierno cuya creación y existencia se justifica, precisamente, en la protección del consumidor; protección al ambiente; protección y defensa de los usuarios de servicios financieros y la vigilancia de la competencia económica. Luego, al ser instituciones especializadas en tales áreas o ámbitos, se entiende que cuentan con los expertos en la materia que a cada una de dichas instituciones compete.

Por lo que ve al Procurador General de la República, a que se refiere la fracción IV, del mismo precepto, como ente legitimado para promover acciones colectivas, al ser el representante social, se entiende que cuenta con los abogados preparados para intentar y tramitar de manera adecuada acciones como las que se comentan, además de ser considerada institución de buena fe.

No obstante, el juez deberá analizar que los funcionarios que promuevan en nombre de las instituciones de gobierno mencionados en las fracciones I y IV, efectivamente cuenten con las facultades que para su representación, exijan las respectivas leyes orgánicas o reglamentos.

4. El papel del juez en la representación adecuada

En principio, debemos tener presente que, esa exigencia que el Código otorga al juez competente para conocer de las acciones colectivas, de verificar la representación adecuada, sin duda, implica en nuestro derecho, una novedad, pues ello, en todo caso, parece ser propio del *common law* y no del *civil law*. Este nuevo reto para los juzgadores nacionales en el tema que se analiza no debe verse con mayor preocupación, pues no significa que nuestros juzgadores sean incapaces de asumir de manera efectiva la función de control de la representación adecuada, sobre todo si se toma en cuenta que el Código establece criterios para ello.

El verificar por parte del juez que existe adecuada representación en las acciones colectivas, no significa que se debe partir de la presunción de que el representante de la colectividad conformada cuando menos por treinta miembros o el de las asociaciones civiles sin fines de lucro, no cuenta con ella o que se dude *a priori* de su ética, capacidad o conocimientos jurídicos, antes bien, debemos partir de que una vez cubiertos los requisitos que el legislador previó en la ley, el representante goza de la presunción de adecuada representación.

No obstante, debe tenerse presente que lo que está en juego no es el interés individual de una persona, sino de una colectividad indeterminable en algunos casos y determinada o determinable en otros, aunque como ya se comentó, en muchas oca-

siones los afectados no han expresado su voluntad de ser representados en el proceso por quien ejerza la acción; de ahí que se deba procurar reducir el riesgo de fraudes, colusiones procesales, falta de experiencia en el tema, de manera que visto así, es comprensible que se tomen tales precauciones.

En relación con el mismo tópico, el Código Federal de Procedimientos Civiles, indica que la representación adecuada que debe vigilar el Juez es únicamente respecto del representante común de la colectividad conformada por al menos treinta personas, y del representante legal de la asociación civil legalmente constituida, mas no del abogado que como perito de derecho se contrate para asesorar, jurídicamente, al grupo o colectividad titular del derecho, en la demanda y tramitación de la acción respectiva. Así se deduce de los artículos 586, 587, fracción IV, y 589, fracción III. No obstante, creo que en ciertos casos, el Juez también puede analizar que la asesoría del abogado sea adecuada, sobre todo en relación con requisitos como los previstos en las fracciones II, III y V esto es, cuando pudiera advertirse conflicto de intereses con los integrantes del grupo o colectividad, cuando se aprecie que han promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas, frívolas o temerarias; cuando se haya conducido con negligencia o mala fe en acciones previas, o en algún otro supuesto que de manera objetiva pueda reflejar inadecuada representación del abogado.

Lo anterior, teniendo siempre presente el interés general en disputa, pero además, partiendo de que el artículo 583 establece que el Juez deberá interpretar las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos.

A este respecto, Antonio Gidi opina que debe analizarse la adecuada representación del abogado o representante legal, y no solamente la adecuación del representante del grupo, ya que sostiene que es el abogado quien está en la línea de combate para defender los intereses del grupo, por lo que debe ser adecuado¹⁷. Refiere que de este modo ocurre en las *class action* norteamericanas¹⁸, donde el escrutinio de la adecuación del abogado es un factor importante en la evaluación del requisito de representación adecuada, pues en la práctica se considera que el abogado es el verdadero *dominus litis*.

Ahora, las notas distintivas de la actuación del abogado o representante legal en el caso norteamericano, no son idénticas a las de nuestro país, principalmente, de-

¹⁷Gidi, Antonio, "Notas críticas al anteproyecto de código modelo de procesos colectivos del instituto iberoamericano de derecho procesal", en Gidi, Antonio y Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003, p. 414.

¹⁸Gidi, Antonio, "Las acciones colectivas en Estados Unidos", en Gidi, Antonio y Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003, p. 8.

bido a la forma de integración de la colectividad, pues en el caso norteamericano, al prever la opción de salir (*opt out*) el tamaño del grupo puede ser muy grande, en tanto que en México, con la opción de ingresar (*opt in*) no se dará fácilmente esa dimensión tan amplia y, por lo mismo, los intereses financieros del representante legal tampoco podrían tener tal magnitud. No obstante, su actuación sí será la que en gran medida impacte en el resultado de la sentencia, de ahí que la adecuación del abogado o del representante sí debe ser materia de control por parte del juez.

5. Criterios para valorar la adecuada representación

En principio, se puede mencionar que el artículo 586, enuncia en cinco fracciones los criterios que se deben tomar en cuenta para concluir que existe representación adecuada, sin dejar al prudente criterio del juzgador ponderar algún otro requisito o criterio, lo que implica que se establece una tipología cerrada de exigencias para examinar el aspecto que se comenta, en tanto que el precepto en estudio enlista los criterios o requisitos, sin que se advierta de su redacción algún enunciado o fórmula que autorice al Juez a revisar algunos otros, como sí lo hace el Código Modelo de Procesos Colectivos, al disponer en el artículo 2º, “*Par. 2º. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como*”; lo que implica que los que enuncia mediante incisos, son algunos de los que debe considerar, mientras que el numeral del Código Federal de Procedimientos Civiles que aquí se aborda, utiliza la fórmula: “Se considera representación adecuada”, y enseguida en cinco fracciones indica los requisitos o criterios.

Los requisitos o criterios a que se refieren las fracciones III y V, del citado numeral, se pueden denominar “de trayectoria previa”, como lo indica Gutiérrez de Cabiedes¹⁹; habida cuenta que tiene que ver con haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas, frívolas o temerarias; o con haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones previas; sin embargo, las exigencias contenidas en las fracciones en comento, no serán de observancia en las primeras acciones que se promuevan, precisamente por no existir esos antecedentes, ni tampoco en aquellos casos en que la asociación civil recientemente haya obtenido su registro. Es pertinente aclarar que el requisito consistente en que las asociaciones civiles tengan al menos un año de haberse constituido y acreditar que han realizado actividades inherentes al cumplimiento de su objeto social, no será exigible sino hasta después del primer año de la entrada en vigor del decreto que implementó dichas acciones, como se dispone en el transitorio Quinto.

¹⁹Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *op. cit.*, nota 8, pp. 41-42.

En lo atinente al requisito de la fracción I, consistente en actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad, su constatación resulta mayormente factible durante la tramitación del juicio, en la medida que se advierte esa falta de diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses en litigio.

Con respecto a que el representante no se encuentre en situaciones de conflicto de intereses, (fracción II), éste puede entenderse sobre todo de tipo objetivo que subjetivo, que puede ser informado por algún miembro del grupo o colectividad que se representa e incluso por la parte demandada.

Finalmente, en lo relativo a no promover acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea, con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativa, entiendo que es primordialmente de índole subjetivo.

6. Oportunidad para analizar o evaluar la representación adecuada

La representación adecuada, puede y debe verificarse al presentar la demanda, como aparece en el artículo 587, fracciones II y IV, del Código referido, o durante la tramitación del proceso, en términos del diverso precepto 586, en este último caso, con la suspensión del juicio y de manera incidental para proceder a la remoción y sustitución; en ambos casos, con el mayor cuidado y esmero, puesto que la representación de la colectividad es de interés público, ya que así lo señala expresamente dicho artículo.

Lo afirmado se patentiza, en tanto que, cuando no existe interesado alguno de ese grupo o colectividad demandante, que reúna los requisitos de adecuada representación, el numeral en análisis prevé que se dé vista al organismo legitimado, previsto en la fracción I del precepto 585, según la materia del litigio, para que asuma la representación de la colectividad.

7. Cómo se acredita la representación

Para acreditar la representación, el numeral 587, del Código en comento, en las fracciones II y IV, establece que es mediante documentos, de modo que cuando se trate del representante común de la colectividad conformada con al menos treinta miembros, deberá ser con el escrito en que esos integrantes nombren a dicho representante común; mientras que tratándose de asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas, ello tendrá que ser con los documentos relativos a su constitución en que conste la designación de representante o su posterior designación.

VIII Presupuestos procesales

Al parecer existe coincidencia en la doctrina, en que fue Oskar Von Bülow quien elaboró la teoría de los presupuestos procesales, en el libro traducido al español con el título “La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales”. No obstante, cabe mencionar que no existe uniformidad sobre dicho tema, algunos autores los relacionan con la necesidad de su existencia para el desenvolvimiento eficaz del proceso, otros, como elementos necesarios para que pueda darse una decisión de fondo sobre la pretensión, incluso Héctor Fix Zamudio²⁰ refiere que ese tópico es uno de los más complejos en la ciencia procesal, pero que sin embargo, la corriente más generalizada considera que los presupuestos en sentido estricto son los relativos a la validez del proceso, es decir, aquéllos que deban cumplirse para que pueda dictarse sentencia de fondo, y entre los más importantes se encuentran los relativos a la competencia del juzgador; a la capacidad procesal; a la representación o personería; a la legitimación y al interés jurídico. Más aún, nuestro más alto tribunal ha sostenido que son los requisitos sin los cuales no puede iniciarse, tramitarse, ni resolverse con eficacia jurídica un procedimiento²¹.

Así, ante la falta de un criterio uniforme en cuanto a qué requisitos deben entenderse como presupuestos procesales, se debe atender a lo que señale la ley que sea objeto de análisis, pues como lo refiere el Ministro Gudiño Pelayo²² es la ley la que otorga a determinados requisitos el carácter de presupuesto procesal, al conceder al juez la facultad de examinarlo de oficio y que dicho requisito sea exigido como condición de validez del proceso, bajo pena de nulidad del mismo. Es por ello que refiere el citado autor, siguiendo a Couture, que el hecho de que en un sistema jurídico la falta de emplazamiento sea un presupuesto procesal y en otro no, se justifica en que la ley faculte o no, al Juez para examinarlo de oficio.

Podemos sostener que, como presupuestos procesales encontramos en el código en análisis la competencia, la vía para ejercer las acciones colectivas (*lato sensu*), la personería de los litigantes, la legitimación y el interés.

1. Órgano jurisdiccional competente

El artículo 17 de la Constitución Federal establece la competencia de los jueces

²⁰Fix Zamudio, Héctor, “Presupuestos Procesales”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo VIII, México, Porrúa y UNAM, 2006, p. 579.

²¹Jurisprudencia, 4ª./J.18/93, Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 65, Mayo de 1993, Octava Época, materia laboral, p. 17 de rubro: PERSONALIDAD EN EL JUICIO LABORAL. LAS JUNTAS PUEDEN VÁLIDAMENTE EXAMINARLA DE OFICIO.

²²Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, 2ª. Ed. México, Noriega Editores, 1999, p. 156.

de distrito para conocer de este tipo de acciones; a su vez, el numeral 24, fracción IV, del Código Adjetivo Civil Federal, estipula la regla de competencia territorial, al prever que será competente para conocer el juez del domicilio del demandado.

De una primer lectura pudiera considerarse que la citada regla restringe el acceso efectivo a la justicia colectiva, en tanto que por lo que respecta a las relaciones de consumo, un número considerable de las grandes empresas tienen su domicilio en el Distrito Federal, por estar asentada en este lugar su administración, lo que pudiera dar lugar a que la parte actora tuviera que promover la acción en un lugar diverso a aquél en que se concretó la afectación a sus derechos o intereses. No obstante, consideramos que será la Jurisprudencia la que precise los alcances de dicha exigencia, al emitir pronunciamientos sobre a qué clase de domicilio se refiere la citada disposición, pues el artículo 33 del Código Civil Federal, prevé como tal para las personas morales, además del lugar donde se halle establecida su administración, el Distrito Federal si ejecutan actos jurídicos dentro de su circunscripción, por lo que hace a estos actos, además de considerar también que las sucursales que operen en sitios distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.

En cuanto a la competencia por materia, el legislador determinó en el artículo 53, fracción VII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que serán competentes los jueces de distrito civiles federales; empero, en aquellos lugares en que no existan jueces de distrito federales especializados en materia civil, será competente el juez de distrito de competencia mixta o que no tengan competencia especial, y si son varios en dicho lugar, aquél al que por razón de turno se remita la demanda, en términos del diverso artículo 49 de la referida ley orgánica.

2. Vía e idoneidad del procedimiento

En cuanto a la vía, al regular el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, un procedimiento especial en tratándose de acciones colectivas lato sensu, es válido sostener que nos encontramos no ante una vía ordinaria, sino especial, de manera que la demanda deberá sujetarse a las disposiciones ahí previstas, y no a las relativas a los juicios ordinarios, o de otra clase. Se entiende que la vía es un presupuesto procesal en tanto que el artículo 589, fracciones IV y V, del Código Federal de Procedimientos Civiles, dispone como causa de improcedencia de la legitimación en el proceso, el que su desahogo mediante el procedimiento colectivo no sea idóneo.

3. Representación

Entre las cuestiones de mérito, encontramos también que la representación constituye un presupuesto procesal, pues así se infiere del contenido de la fracción III, del precepto legal 589, de manera que cuando la representación no reúne los requisitos contemplados en el Título Único del Libro Quinto, ello impide la continuación del procedimiento colectivo, debiendo entenderse que alude tanto al representante de la colectividad, como al representante de las asociaciones civiles que pretendan defender los derechos o intereses que contemplan en su objeto social, tópico que ha sido ya abordado en párrafos precedentes.

4. Legitimación

En términos del Código Adjetivo Civil constituye un presupuesto procesal, tratándose de asociaciones civiles, pues el numeral 589 en comento, en la fracción VII, exige que el juez analice de oficio que cuando dichos entes intenten acción colectiva, cumplan con los requisitos establecidos, esto es, que sean asociaciones civiles sin fines de lucro; constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción; que el derecho o interés que demanden corresponda a la materia de su objeto social, entre otros.

5. Interés tutelado

Del análisis de la fracción I, del numeral 589, se desprende que es causa de improcedencia de la legitimación en el proceso, la falta de consentimiento de los miembros promoventes de la colectividad, tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, lo que implica que no es válido intentar una acción como las comentadas sin la anuencia de quien es titular del interés tutelado.

Finalmente, cabe señalar que el numeral que se analiza, también prevé como improcedencia de la legitimación en el proceso, la litispendencia, cuya acreditación da lugar a decretar la acumulación.

En todos los casos mencionados, el último párrafo del artículo 589 del Código en mención, establece que el Juez de oficio o a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de dichos requisitos durante el procedimiento.

IX Certificación de la demanda

Qué debemos entender por certificación en las acciones colectivas.

El artículo 590 del Código Federal de Procedimientos Civiles prevé la realización de una certificación que debe efectuar el juzgador acerca de los requisitos que debe colmar la acción colectiva.

La certificación que debe realizar el juez de distrito, será previo emplazamiento del demandado, a quien se dará oportunidad de que en el plazo de cinco días siguientes al en que surta efectos el emplazamiento, manifieste lo que a su derecho convenga respecto del cumplimiento de los requisitos legales para dar entrada a la acción colectiva.

Esta vista es muy importante para el demandado, ya que sus manifestaciones podrían dar lugar a que el juzgador advierta falta o deficiencia en los requisitos que se deben cumplir para dar trámite a un procedimiento colectivo.

En este aspecto, consideramos que el legislador previó un plazo restringido para el demandado, tomando en consideración que el emplazamiento será la primer noticia que tenga de las pretensiones de la colectividad, aunque sus manifestaciones no constituyen una contestación de demanda, ya que para ello se le otorgará un plazo de 15 días, con posibilidad de ampliarse hasta por otros 15, a petición expresa del demandado. No obstante, creemos que las manifestaciones que exponga éste en ese periodo de 5 días, resultan trascendentes porque en la etapa en que se realizan, aún no se habrá admitido la demanda, pues, precisamente, la certificación constituye el punto de partida para determinar si la demanda se admite o desecha.

Así, será ésta una oportunidad inicial para que el demandado oponga objeciones para dar entrada a la demanda colectiva, pues sobre esto, en el caso del derecho norteamericano, Antonio Gidi²³ expone cómo la disputa entre las partes sobre la certificación de la acción colectiva, en general, es una de las más áridas batallas en una *class action*, con lo cual coincide Garry Watson²⁴, al describir las acciones colectivas en Canadá, dado que se refiere a la certificación como el principal campo de batalla.

Como ejemplos de la complejidad que el proceso de certificación tiene en el derecho norteamericano, podemos mencionar la demanda colectiva propuesta en contra del restaurant *Brinker* por diversas violaciones a la legislación laboral, entre ellas, la relativa a no proporcionar a los empleados los lapsos de descanso relaciona-

²³Gidi, Antonio, "Las acciones colectivas en Estados Unidos", en Gidi Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coordinadores) *Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, p. 17.

²⁴Watson Q.C., Garry D., "Las acciones colectivas en Canadá", en Gidi Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo (coordinadores) *Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, pp. 35-38.

dos con los períodos de comida²⁵. En este litigio, el tribunal de primera instancia certificó la demanda como colectiva, con lo cual se inconformó *Brinker* mediante el recurso de apelación, obteniendo así la revocación de la certificación, pues el tribunal correspondiente determinó que las cuestiones comunes no predominaban como un punto de derecho, y que por tanto, el tribunal de primera instancia erró al certificar las solicitudes como idóneas para darle el tratamiento de una acción de clase.

El caso llegó a la Corte Suprema de California, quien al revisar la determinación de la certificación, estableció que el tribunal de primera instancia había actuado conforme a derecho, en parte, cuando certificó como colectiva la demanda, pero desestimó otro de los reclamos que pretendía llevarse a través de la acción colectiva.

Otro caso emblemático, fue el relativo a la demanda colectiva propuesta en contra de Wal-mart²⁶ donde, tanto el tribunal de primera instancia como el de apelación, otorgaron la certificación de la demanda colectiva más grande en la historia de reclamaciones por discriminación sexual (1.5 millones de mujeres empleadas actuales y anteriores). En dicha demanda se imputaba a la empleadora discriminación sistemática contra las mujeres, en los aspectos de remuneración y promoción, pretendiendo no sólo el desagravio por mandato judicial, sino también obtener reparación de daño mediante el pago de salarios atrasados. Al llegar el caso a la Corte Suprema de Justicia, anuló la certificación por considerar, entre otras cosas, que no se actualizaba el requisito relativo a que las cuestiones de hecho o de derecho fueran comunes a la clase.

Respecto al derecho canadiense, Watson²⁷ menciona dos casos analizados al mismo tiempo por la Corte Suprema, el primero *Hollick v. The City of Toronto*, en el cual rechazó certificar una acción por un grupo de 30,000 personas viviendo en las cercanías de un reciclaje de basuras, alegando incomodidad causada por el ruido y la contaminación física de los peticionarios. En cambio, en el diverso *Rumley v. British Columbia*, confirmó la certificación de una acción presentada en nombre de estudiantes de una escuela residencial para sordomudos y ciegos, que reclamaban haber sufrido daños como consecuencia de conductas sexuales abusivas dentro de la escuela, por un período aproximado de 10 años, originada por la continuada negligencia y ausencia de procedimientos para prevenir dicho abuso sexual.

El autor menciona que, en esos casos se dio relevancia al requisito consistente en que la acción colectiva sea el procedimiento preferente, a pesar de no estar incluido

²⁵Caso: *Brinker Restaurant Corp. v. Superior Court*. Consultado en el sitio http://classactiondefense.jbmb.com/2012/04/class_action_defense_casesbrin_2.html

²⁶Caso: *Rumley v. British Columbia*, Consultado en el sitio http://classactiondefense.jbmb.com/2011/06/class_action_defense_caseswalm.html

²⁷Watson Q.C., Garry D. *op. cit.*, nota 22 p. 35.

como criterio legal en aquel país.

Como vemos, la cuestión a dilucidar en la etapa de certificación no es algo sencillo, con lo que las diversas instancias puedan fácilmente coincidir, sino que constituye un verdadero litigio que es el punto de partida para el tratamiento de una demanda como colectiva, con todo lo que ello implica.

En nuestro país, el Código Federal de Procedimientos Civiles prevé que una vez desahogada la vista por parte del demandado, o transcurrido el plazo respectivo sin que la hubiere desahogado, el juez de distrito cuenta con un plazo de 10 días para analizar el cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en los artículos 587 y 588 del Código Federal de Procedimientos Civiles, plazo que podrá ser prorrogado por el juez hasta por otro igual, en caso de que a su juicio la complejidad de la demanda lo amerite.

La resolución que emita respecto al cumplimiento de los requisitos de procedencia, constituye propiamente la certificación que determinará si procede admitir o no la demanda colectiva.

A partir de lo anterior, se puede considerar, que la certificación es una especie de evaluación preliminar del órgano jurisdiccional competente de que se encuentran satisfechas, *prima facie*, las exigencias o condiciones de la acción colectiva que se intenta, lo que justifica por supuesto el interés de la demandada de que no se otorgue dicha certificación, en tanto que ello presume la viabilidad a la pretensión. Dicho en otras palabras y toda proporción guardada, la certificación es de algún modo como la ponderación de la apariencia del buen derecho, que prevé el artículo 107 constitucional para efectos de resolver acerca de la suspensión del acto reclamado, en tanto que se presume que existen los méritos suficientes para tramitar un proceso colectivo y obtener fallo favorable.

1. Materia de la certificación

En la certificación, que consideramos debe emitirse en forma de resolución, de manera fundada y motivada, el juez debe analizar, con base en los datos de la demanda, en su caso de la aclaración, y la contestación que a la vista dé el demandado en el plazo de 5 días que para ese efecto se otorga, si se reúnen cada uno de los siguientes elementos:

2. El tribunal ante el que se promueve

En este requisito, previsto en la primera fracción del artículo 587, en relación a la quinta del mismo numeral, la cual alude al nombre y domicilio del demandado,

de una primera lectura permitiría inferir que en la certificación deberá analizarse la competencia del tribunal ante el que se promueve, el cual conforme al precepto 24, fracción IV, del código procesal, será el del domicilio del demandado; lo anterior, toda vez que este dato constituye un elemento que define la regla de competencia territorial.

Sin embargo, no se debe dejar de lado que conforme al diverso numeral 23, la competencia territorial es prorrogable por mutuo consentimiento de las partes, ya sea expreso o tácito, de manera que pudiendo configurarse este último, de parte del actor, por el hecho de ocurrir al tribunal entablando su demanda; de parte del demandado, por contestar la demanda y por reconvenir al actor; o de parte de cualquiera de los interesados, por desistir de una competencia. Es claro entonces que, en la certificación, no podría emitirse aún un pronunciamiento sobre competencia del tribunal, pues aun no existiría contestación de demanda, quedando abierta la posibilidad de que haya prórroga tácita por razón de territorio.

3. Documentos que acrediten la representación

El segundo requisito que debe contener la demanda y que será materia de pronunciamiento en la certificación, es el nombre del representante legal y los documentos con los que acredite tal carácter.

En cuanto al representante legal, como se señaló al analizar el papel del juez en la representación adecuada, en esta resolución podría el juez analizar su idoneidad, ya que si bien es cierto que el artículo 586 del Código dispone que el representante común del grupo y las asociaciones civiles a las que se confiere legitimación activa deben tener una representación adecuada, lo cierto es que, generalmente, actúan a través de abogado, por lo que al ser éste uno de los requisitos que deben analizarse en la certificación, cabría la posibilidad de verificar que dicha representación legal sea también adecuada.

4. Nombre de los miembros de la colectividad

Otro de los datos que debe analizarse en la certificación, en tratándose de las acciones colectivas en sentido estricto y las individuales homogéneas, es el relativo a los nombres de los miembros de la colectividad promoventes de la demanda.

En el caso mexicano se contempló por el legislador como mínimo la existencia de treinta miembros de la colectividad, por lo que en la certificación se verificará el cumplimiento puntual a ese requisito. Aquí cabría preguntarse si en este análisis pre-

eliminar, podría exigirse algún requisito extra, aparte del nombre propiamente dicho, es decir, algún elemento que sirviera para corroborar la existencia real de los citados miembros de la colectividad, como pudiera ser su domicilio, algún dato personal como el registro federal de contribuyentes, la clave única de registro de población o algún elemento similar que pudiera generar en el juzgador la certeza de su existencia. Lo anterior puesto que al no tener que litigar en lo individual, podría darse el caso de que, previendo la posibilidad de que luego de la notificación amplia a la colectividad se integren más miembros a la acción, a fin de obtener la certificación de mérito se proporcionaran nombres ficticios o de personas existentes pero no miembros de la colectividad propiamente dichos.

X. Identificación del interés o derecho que se demanda

Otro aspecto importante a certificar, es que la demanda contenga la precisión del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado, con la restricción de que pueden promoverse exclusivamente en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente, según lo dispone el artículo 578 del Código, por lo que si en este punto el juzgador considerara que el derecho que se estima afectado no se adecua a estas materias, sería motivo para negar la certificación.

Muy ligado a lo anterior, debe analizarse en la certificación el tipo de acción que se promueve, así como las pretensiones correspondientes a la acción, que podrán ser declarativas, constitutivas o de condena, de acuerdo a lo dispuesto en el precepto 582 del código procesal.

1. Hechos en que se funde la pretensión

Respecto al requisito de los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente, consideramos que este es uno de los puntos torales de la certificación, pues como se verá, también se tomó en cuenta dentro de los requisitos de legitimación en la causa, en la fracción II del numeral 588.

Este requisito de las circunstancias comunes que comparta la colectividad, lo contempla también el derecho norteamericano. Para las *class action*, expone Gidi²⁸, es necesario que la situación del caso concreto permita la decisión unitaria de la controversia, por lo que es imperativo que existan cuestiones de hecho o de derecho

²⁸Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 4.

comunes a los miembros del grupo (*common questions of law or fact*) situando a todos en condición semejante (*similarly situated*).

También reseña el citado autor²⁹, mediante un análisis de varias decisiones que han confrontado el tema que le permite concluir, que habrá cuestión común todas las veces que las circunstancias del caso concreto permitan una decisión unitaria de la controversia colectiva, y que la peculiaridad de las acciones colectivas es el hecho de que un gran número de personas, en algún aspecto de sus situaciones jurídicas, sean indistinguibles entre sí y por tanto puedan ser tratadas en juicio como una sola persona, esto porque en ese aspecto fueron tratadas por la contraparte como si constituyeran una única persona, así, la individualidad de cada miembro se pierde en el anonimato del grupo.

Ahora bien, en el caso mexicano, aunque la fracción IX del artículo 587 sólo alude como requisito de la demanda, que contenga los hechos en que la parte actora funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente, lo cierto es que el numeral 588, al contemplar en su fracción II, como requisito de procedencia de la legitimación en la causa, “*que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate*”, trae implícita la posibilidad de que las cuestiones comunes sean de hecho o de derecho, es decir, no exige que se cumplan ambos supuestos, sino basta con que se actualice alguno de ellos.

2. Fundamentos de derecho

También deberá analizar el juez que la demanda contenga los fundamentos de derecho, y en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, las consideraciones y los hechos que sustenten la conveniencia de la substanciación por la vía colectiva en lugar de la acción individual.

Este último requisito, consideramos que se asemeja a la exigencia de impracticabilidad del litisconsorcio, contemplada en las *class action* norteamericanas. A este respecto, Antonio Gidi³⁰ explica que la regla 23 exige que el litisconsorcio o la intervención de todos los miembros en un proceso sea impracticable (*joinder impracticability o numerosity*) pero explica que impracticable no significa imposible, pues basta que en la práctica no fuera viable que todos los miembros del grupo se unieran para proponer un litigio en litisconsorcio.

Cabe mencionar que los requisitos formales antes descritos, al momento de la

²⁹Ídem.

³⁰Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 3.

certificación ya deberán estar aclarados en caso de que al presentarse la demanda fueran planteados de manera oscura o irregular, pues a este efecto, previo al emplazamiento del demandado se prevé el otorgamiento de un plazo de 5 días para su esclarecimiento.

Hemos apuntado hasta aquí los requisitos del artículo 587, pero la certificación incluye también los previstos en el siguiente. Aunque el precepto 588 del Código Federal de Procedimientos Civiles hace referencia a requisitos de legitimación en la causa, los que podemos entender como aquéllos necesarios para obtener una sentencia favorable, los mismos igualmente serán materia de certificación para dar trámite a la demanda de acción difusa, colectiva o individual homogénea, por lo que constituye un pronunciamiento preliminar sobre la mera posibilidad de obtener una sentencia favorable, lo cual se definirá atendiendo al cúmulo probatorio allegado en el proceso.

XI. Consecuencias de la certificación

Cabe hacer mención que, a diferencia de las consecuencias que la falta de certificación o su denegación que opera en el derecho norteamericano, en el Código de Procedimientos Civiles no se estableció expresamente cuál sería la consecuencia en esa hipótesis.

Como expone Antonio Gidi³¹ al explicar las *class action*, en caso de que el juez niegue la solicitud de certificación de la acción colectiva, ésta no será extinta, sino que proseguirá como una acción individual entre el actor y el demandado, lo cual no se prevé expresamente en el Código Procesal Mexicano.

Como anticipamos, en el Código Federal de Procedimientos Civiles de nuestro país, no se contempla expresamente la consecuencia de la no certificación. No obstante, por la oportunidad con que se exige la certificación de mérito, es decir, de manera previa a la admisión o desechamiento de la demanda, parecería que en el supuesto de que el juez niegue la certificación por considerar que no se cumple alguno o varios de los requisitos de procedencia previstos en los artículos 587 y 588 del código procesal, la consecuencia sería el desechamiento de la demanda, ya que el precepto 594 dispone que concluida la certificación, el juez proveerá sobre la admisión o desechamiento de la demanda.

1. Modificación de la certificación

El artículo 590 del código procesal, en su último párrafo contempla la posibilidad de

³¹Gidi, Antonio, *op. cit.*, nota 18, p. 16.

que la resolución que otorgue la certificación, pueda ser modificada en cualquier etapa del procedimiento cuando existieren razones justificadas para ello. Cabría entonces cuestionar, cuándo se considera que las razones son justificadas para ese efecto.

En primer término, podríamos encontrar que una causa que parece posible de presentarse durante el transcurso del procedimiento, sería la relativa al acreditamiento de la cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones colectivas, caso en el cual la modificación de la certificación podrá dar lugar a decretar el sobreseimiento.

También pudiera aparecer durante el procedimiento que se actualiza la prescripción, en el caso de que se probara que el daño se ocasionó en fecha anterior a la señalada por la parte actora, de manera que al presentar la demanda hubieran transcurrido más de tres años y seis meses.

Éstas, consideramos son algunas de las causas que podrán calificarse razones justificadas para modificar la certificación.

Referencias

Bibliográficas

Baumeister, Toledo, Alberto, “Algunas anotaciones en torno al concepto de *legitimación*, en el nuevo derecho Procesal Constitucional Venezolano”, en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*. 2ª. Ed., México, Porrúa, 2001.

Devis Echandia, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 2ª. Ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.

De Salles, Carlos Alberto, “Políticas públicas y legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, México-Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003.

Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, “El acceso a la Justicia de los intereses del grupo (hacia un juicio de amparo colectivo en México)”, en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*. 2ª. Ed., México, Porrúa, 2001.

Fix-Zamudio, Héctor, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Instituto de Investiga-

ciones Jurídicas, tomo VIII, México, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Gidi Antonio “Legitimidad para demandar en las acciones colectivas”, en Gidi, Antonio y Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003.

“Notas críticas al anteproyecto de código modelo de procesos colectivos del instituto iberoamericano de derecho procesal”, en Gidi, Antonio y Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa e Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2003.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, México, Noriega Editorial, 1999.

Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Pablo, “Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos” en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*. 2ª. Ed., México, Porrúa, 2001.

“La legitimación activa para el ejercicio de la acción colectiva” (comentario al artículo 3), en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, UNAM, 2008.

Venturi, Elton, “Legitimación activa concurrente, disyuntiva y autónoma”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.), *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, UNAM, 2008.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Federal de Defensoría Pública.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Análisis sistemático del nuevo juicio de amparo y las acciones colectivas

Sergio Ibarra Valencia*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos*. III. *La reforma constitucional en materia de amparo*. IV. *El nuevo juicio de amparo y su incidencia en las acciones colectivas*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

Las acciones colectivas se incorporaron al sistema jurídico mexicano a partir de la reforma al artículo 17 de la Constitución Federal, publicada el veintinueve de julio de dos mil diez¹.

Los cambios en el orden constitucional continuaron con las reformas en materia de derechos humanos de diez de junio de dos mil once, y en materia de amparo, de seis de junio de ese mismo año, con las que se buscó modernizar y ampliar el ámbito de tutela de los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución, además de incorporar los contenidos en los tratados internacionales signados por México.

Los derechos humanos comprenden los colectivos, por lo que es importante analizar los aspectos más relevantes de estas reformas constitucionales, al estar íntimamente vinculadas. En primer término, se destacarán los rasgos esenciales de la reforma en materia de derechos humanos: la inclusión de los tratados internacionales que versen sobre ellos, la *interpretación conforme*, el principio *pro persona*, así como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En segundo término, se examinará la reforma en materia de amparo como un instrumento para el control constitucional de los actos dictados en el procedimiento de acciones colectivas, sea dentro de juicio, la sentencia o después de concluido. Esto

* Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región (Saltillo) con jurisdicción en toda la República.

¹Artículo 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 en forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

con el propósito de establecer de qué forma contribuyen las últimas reformas constitucionales en la tutela de los intereses y derechos colectivos.

II. La reforma constitucional en materia de derechos humanos

La reforma al artículo 1º de la Constitución Federal, publicada el diez de junio de dos mil once, da una nueva dimensión a la tutela de los derechos de las personas. En primer término, porque cambia la denominación tradicional de *garantías individuales* por la de *derechos humanos*, más acorde a la doctrina moderna y al marco jurídico internacional.

Además, la reforma amplía el contenido material de esos derechos al reconocer no sólo los previstos en la Constitución, sino también los establecidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así, los derechos humanos recogidos en esos tratados adquieren rango constitucional, lo que en palabras de Ferrer Mac-Gregor, representa una constitucionalización del derecho internacional².

Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución, se incorporan dos principios sustanciales en la protección de los derechos humanos: el principio de *interpretación conforme* y el principio *pro persona*. El primero consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizadas con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y protección³. Por su parte, el principio *pro persona* tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario aplicar la norma o interpretación más restringida al establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos humanos⁴.

Finalmente, se establece en el párrafo tercero del artículo reformado, que 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 progresividad⁵.

²Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 2, 2011, pp. 546-547, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>

³*Ibid.*, p. 549.

⁴Castilla Juárez, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", consultado en el sitio <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/20/ard/ard2.htm>

⁵Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf>

En este contexto, existen bases para afirmar que la incorporación de los derechos humanos a la Constitución Mexicana hace mucho más que modificar el lenguaje normativo, pues trae consigo el reconocimiento de un abundante cuerpo jurídico de origen internacional y, principalmente, una forma de concebir la relación entre el Estado y las personas y grupos, orientada a ampliar su ámbito de protección⁶. Por ende, como los derechos humanos tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de las personas, las acciones colectivas abonan a ello al permitir el acceso a la justicia a un mayor número de individuos.

III. La reforma constitucional en materia de amparo

El juicio de amparo constituye la garantía constitucional por antonomasia y la institución procesal más importante del ordenamiento mexicano⁷. De acuerdo con sus finalidades originales, el amparo sirvió de inspiración para numerosos ordenamientos latinoamericanos, al igual que para España, y ha trascendido en varios instrumentos internacionales, sin embargo, no había logrado perfeccionarse de manera suficiente frente a los adelantos obtenidos en los últimos años en esos ordenamientos de Latinoamérica⁸ ante la existencia de tecnicismos y formalismos extremos que dificultaban su acceso.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juicio de amparo es el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención, en términos del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹.

Por ello, a fin de impulsar la actualización del amparo mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por conducto de su presidente, el 17 de noviembre de 1999, invitó a la comunidad jurídica y a la sociedad civil en general a la formulación de propuestas para una nueva ley de amparo, las cuales fueron recibidas por una Comisión, presentadas en foros y recogidas en un primer anteproyecto discutido en un Congreso Nacional de Juristas. Se elaboró un segundo anteproyecto que se convirtió en definitivo al ser aprobado por el Pleno del Máximo Tribunal en mayo de 2001. Posteriormente, en 2004, un grupo de senadores federales hicieron suyo el proyecto

⁶*Ibid.*, p. 135.

⁷Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 295.

⁸Fix Zamudio, Héctor, *Hacia una nueva ley de amparo, estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 287-338.

⁹Silva García, Fernando, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*, México, Ed. Dirección de Difusión de la Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal, 2011, p. 493.

y lo presentaron como iniciativa legislativa al Senado de la República¹⁰.

Los aspectos más relevantes del proyecto de nueva ley de amparo fueron los siguientes:

- a) ampliación de la esfera protectora de nuestro juicio de amparo para comprender la protección de los derechos fundamentales de fuente internacional, es decir, aquellos que han sido ratificados y aprobados por nuestro país;
- b) la extensión de la legitimación para interponer el juicio de amparo a los intereses colectivos de carácter difuso por conducto del interés legítimo;
- c) la modernización del concepto de la autoridad demandada en el juicio de amparo para comprender a las personas jurídicas que pueden afectar la esfera jurídica de los particulares aun cuando no tengan el carácter de entidades de carácter público pero que forman parte de lo que actualmente se han calificado como poderes privados;
- d) la incorporación del desarrollo jurisprudencial en cuanto a las medidas cautelares comprendidas en la suspensión del acto reclamado, incluyendo la apariencia del buen derecho, y,
- e) la modificación de la llamada fórmula Otero, para introducir la declaración general y la interpretación conforme, en nuestro juicio de amparo¹¹.

Después de más de una década y de un largo proceso legislativo, la mayoría de los aspectos más relevantes de aquel proyecto de nueva ley de amparo, fueron recogidos por la reforma constitucional en materia de amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de junio de dos mil once, al establecer que:

- a) se extiende el ámbito protector del juicio de amparo;
- b) se amplían y matizan algunos principios del juicio de amparo, como son el interés legítimo individual o colectivo, el agravio personal y directo, y la relatividad de las sentencias de amparo;
- c) se precisa de manera clara la competencia de los Tribunales de la Federación, como es en caso de delitos penales del orden federal;
- d) el establecimiento de Plenos de Circuito y su competencia para conocer de contradicciones de tesis;
- e) sustanciación y resolución de asuntos urgentes, atendiendo al interés social y al orden público;
- f) técnica para el estudio de violaciones procesales en amparo directo;
- g) el amparo directo adhesivo;
- h) supuestos de procedencia del juicio de amparo en materia administrativa;

¹⁰Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 8, p. 320.

¹¹*Ibid.*, p. 321.

- i) supuestos de procedencia del recurso de revisión en amparo directo;
- j) modificaciones en la suspensión del acto reclamado;
- k) cambios en materia de contradicción de tesis; y,
- l) nuevas reglas para el procedimiento de ejecución de las sentencias de amparo.

Como se puede apreciar, la reforma constitucional en materia de amparo se extiende a diversos temas, sin embargo, sólo serán objeto de este trabajo, la incorporación del interés legítimo, la procedencia del juicio de amparo en favor de derechos colectivos, la declaratoria general de inconstitucionalidad; ello, por tratarse de figuras e instituciones que tienen una injerencia importante en las acciones colectivas. Además, será objeto de desarrollo lo relativo a la suspensión del acto reclamado.

Antes de las reformas constitucionales, el juicio de amparo bajo el principio de agravio personal y directo, exigía del promovente la acreditación del interés jurídico para comparecer a juicio, es decir, que contara con el derecho subjetivo público derivado de una norma particular que se concreta en forma individual dándole a su titular la facultad de exigencia oponible a la autoridad cuando ésta le ha ocasionado algún perjuicio¹².

Sin embargo, todas aquellas situaciones donde se lesionaban derechos en forma indirecta, como la norma jurídica no concedía un poder de exigencia, quedaban fuera del ámbito de protección del juicio de amparo, como en la especie ocurría con los derechos colectivos. Pues al ser éstos, por sí mismos, intransferibles e indivisibles, tienen como titular un determinado grupo social o clase de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica; inclusive son derechos difusos, cuando la titularidad no le pertenece a una persona en particular sino que recaen en un indeterminado grupo de personas¹³; por lo que resulta difícil acreditar el interés jurídico en el juicio.

De esa manera, surge el interés legítimo, que a diferencia del jurídico, no impone la obligación de contar con un derecho subjetivo tutelado para hacer procedente la instancia. Así, en el artículo 107, fracción I, se amplía el concepto de interés de la parte agraviada bajo el que se definía el interés jurídico para promover el juicio de amparo, y se incorpora el concepto de interés legítimo individual o colectivo para promover la acción contra actos, no emanados de autoridades jurisdiccionales, cuando se alegue que éstos violan derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecta la esfera jurídica del ciudadano, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Esto favorece los derechos de incidencia colectiva, porque no implica una concepción necesariamente individualista de los derechos, sino que comprende también

¹²Chaim Camacho, Óliver, "El interés jurídico", en Carranco Zúñiga, Joel (coord.), *El juicio de amparo en materia administrativa*, México, Porrúa, 2008, pp. 134-135.

¹³*Ibid.*, p. 138.

aquéllos que pertenecen a un grupo determinado o indeterminado de personas, pero aun así pueden exigirse a través del juicio de amparo. Sin embargo, la letra del precepto constitucional no señala que la sentencia que conceda la protección federal deba expandir sus efectos a todas las personas de la colectividad, sino que, aparentemente, mantiene el principio de relatividad de las sentencias, aspecto que deberá ser dilucidado vía interpretación por los diferentes órganos del Poder Judicial Federal, entre ellos, la Suprema Corte de Justicia.

Para el caso de que se reclamen actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o de trabajo, el quejoso debe ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa, por lo que no aplica la figura del interés legítimo en sentido amplio, sino la del tradicional interés jurídico.

En diverso tema, con la reforma constitucional se extiende el ámbito protector del juicio de amparo, en el artículo 103 fracción I, al ampliarse la competencia de los Tribunales de la Federación para que conozcan de las controversias que se susciten, por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen derechos humanos reconocidos y garantías otorgadas por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; conservando la competencia prevista en las fracciones II y III del citado precepto constitucional.

Por su parte, en el artículo 107, fracción II, se matiza el principio de relatividad de las sentencias al establecerse una excepción en materia de amparo contra normas generales no tributarias, al prever que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de la norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora y transcurrido el plazo de noventa días naturales, sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán los alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Esto recuerda la vieja esperanza de los Constituyentes de 1856-1857, acogida por Emilio Rabasa, de que aun cuando las sentencias de amparo, declaraban que determinada norma jurídica era inconstitucional, no la invalidaba, sin embargo, tales leyes acababan por ser derogadas *a golpes redoblados de la jurisprudencia*¹⁴. Además, se vincula con otra noción del amparo colectivo, relativa a que los efectos de la sentencia protectora se extiendan a todas las personas que se encuentran en la misma situación jurídica, aun cuando no hayan promovido el juicio de amparo.

Por último, en el artículo 107, fracción X, se reconoce e incorpora el principio

¹⁴Castro y Castro, Juventino Víctor, *Biblioteca de amparo y derecho constitucional*, México, Oxford, 2002, vol. I, p. 74.

de apariencia del buen derecho para proveerse sobre la suspensión, al señalar que los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.

IV. El nuevo juicio de amparo y su incidencia en las acciones colectivas

Con la inserción del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, se posibilita la sustanciación de las acciones colectivas en nuestro sistema jurídico, en las que de manera exclusiva serán competentes los Tribunales Federales, en materias de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente.

Las acciones colectivas se promoverán ante un juez de Distrito mediante un juicio ordinario en el que se deberán observar las formalidades esenciales del procedimiento¹⁵ que 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 establecida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es evitar la indefensión del afectado.

En efecto, dicho precepto constitucional dispone que nadie podrá ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. De acuerdo, a ese mismo artículo, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales de derecho. Esta garantía de exacta aplicación de la ley, está íntimamente vinculada con la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la propia Carta Magna, acorde al cual nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causal legal del procedimiento.

Por tanto, el juicio de amparo constituye un instrumento útil para ejercer un control constitucional contra los actos dictados en el procedimiento de acciones

¹⁵Jurisprudencia P./J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. II, diciembre de 1995, p. 133, materia constitucional, registro IUS 200,234, bajo el rubro: FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

colectivas. Enseguida, se analizarán las dos vías en las que puede desenvolverse el amparo.

1. Amparo directo

Las fracciones III, inciso a), V, VI y IX del artículo 107 de la Constitución Federal, establecen los lineamientos esenciales del juicio de amparo contra sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al proceso, el que se tramita en una sola instancia; pero también recibe en la legislación y la jurisprudencia la denominación de amparo directo¹⁶.

Tradicionalmente, para efectos del amparo, se ha considerado por sentencia definitiva aquélla que decide el juicio en lo principal y respecto de la cual las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual pueda ser modificada o revocada¹⁷. La resolución que pone fin a juicio, en cambio, es aquélla que sin decidir el juicio en lo principal, lo da por concluido, respecto de la cual las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual pueda ser modificada o revocada; pueden citarse como ejemplos: el desechamiento de una demanda¹⁸, la declaración de caducidad de la instancia¹⁹, la falta de personalidad en el actor.

En el amparo directo se pueden invocar las violaciones cometidas en la propia sentencia o resolución que pone fin a juicio, o bien, las infracciones cometidas durante el procedimiento, siempre que estas últimas afecten las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. Al primer tipo de violaciones se le conoce en la doctrina como *in judicando*, y al segundo, como *in procedendo*²⁰.

Para que las violaciones al procedimiento puedan ser examinadas en amparo directo, el quejoso debe impugnarlas durante la tramitación del juicio de donde derive el acto reclamado, mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva, salvo que se trate de amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, y los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado.

En la fracción XI del artículo 107 constitucional se prevé que la demanda de amparo directo debe presentarse ante la autoridad responsable, la cual decidirá sobre la suspensión; lo que significa que los tribunales colegiados carecen de facultades para

¹⁶Fix Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, comentario al artículo 107 constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 20ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, T. IV, p. 306.

¹⁷Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 36a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 684.

¹⁸Tesis 2a./J. 87/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, enero de 1999, p. 56.

¹⁹Tesis: 2a./J. 139/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 236.

²⁰Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 17, p. 686.

concederla u otorgarla, a menos que conozcan de ella a través de un recurso.

Conforme a la fracción I, del propio precepto constitucional, tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa; por lo que solamente estarán legitimados para promover el amparo directo, quienes sufran esa afectación, es decir, quienes acrediten la existencia de su interés jurídico.

Las reformas en materia de amparo de seis de junio de dos mil once, que entraron en vigor a los ciento veinte días siguientes, introducen una nueva técnica en el estudio de las violaciones procesales y, además, incorporan el amparo adhesivo.

Por mandato constitucional, ahora el tribunal colegiado de circuito debe decidir sobre todas las violaciones procesales que se le hicieren valer y aquellas que advierta en suplencia de la queja, y fijar los términos en que deberá pronunciarse la nueva resolución.

Esto es relevante, porque si las violaciones procesales no se plantearon en un amparo anterior, ni el tribunal colegiado las advirtió de oficio en caso de suplencia de la queja, ya no podrán ser invocadas como concepto de violación ni serán objeto de estudio oficioso en un juicio de amparo posterior; lo que sin duda magnifica los principios de concentración, economía procesal y celeridad del procedimiento.

A partir de las reformas, la parte que haya obtenido resolución favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar el amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio.

La figura de la preclusión de violaciones procesales no reclamadas en una primer demanda y el amparo adhesivo, conduce a resolver en una sola sentencia todos las infracciones al procedimiento que invoquen las partes, para evitar la promoción de amparos sucesivos en demérito de la pronta y expedita administración de justicia, así como que, en su oportunidad, se dicte una sentencia que aborde todas las cuestiones relacionadas con el fondo de la controversia de origen.

Todas las previsiones legales apuntadas deben ser tomadas en cuenta al momento de reclamar, a través del juicio de amparo directo, las sentencias o resoluciones que pongan fin a los procesos iniciados con motivo de las acciones colectivas; pues, al provenir de autoridades judiciales, esos actos también son objeto de control constitucional.

2. Amparo Indirecto

Las fracciones III, incisos b) y c) VII y VIII, del artículo 107 de la Constitución Federal contienen las bases de la segunda forma procesal que puede adoptar el juicio de amparo, que es la doble instancia (también calificado como amparo indirecto)²¹; procede contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y contra actos que afecten a personas extrañas a juicio.

Estos supuestos de procedencia del amparo indirecto han sido delimitados claramente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que para conceptualizarlos se acudirá a ella, máxime cuando en ese aspecto no se advierte variación con el anterior texto del artículo 107 de la Constitución Federal.

Existen dos criterios para determinar cuándo se está en presencia de un acto dictado dentro del juicio que tiene sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación. Un primer criterio considera que producen *ejecución irreparable* los actos dentro del juicio, sólo cuando afectan de modo directo e inmediato derechos sustantivos consagrados en la Constitución, y nunca en los casos en que sólo afectan derechos adjetivos o procesales²²; pueden citarse como ejemplos, el embargo, los alimentos, admisión de la prueba pericial contable en los libros de una de las partes ofrecida por su contraria²³, prueba psicológica a cargo de menores de edad²⁴.

El segundo criterio, complementario del anterior, considera que el primero es útil, pero no puede subsistir como único y absoluto, sino que es necesario admitir, de manera excepcional, que también procede el juicio de amparo indirecto tratándose de algunas violaciones formales, adjetivas o procesales, entre las que se encuentra el caso de la falta de personalidad²⁵, la negativa a decretar la caducidad de la instancia²⁶,

²¹Fix Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota16, p. 308.

²²Jurisprudencia P/J. 24/92, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Gaceta del 56, agosto de 1992, p. 11, materia común, registro IUS 205,65, cuyo rubro es: EJECUCIÓN IRREPARABLE. SE PRESENTA, PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL AMPARO INDIRECTO CONTRA ACTOS DEL JUICIO, CUANDO ESTOS AFECTAN DE MODO DIRECTO E INMEDIATO DERECHOS SUSTANTIVOS.

²³Jurisprudencia 1a./J. 145/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, p. 2530, materia común, registro IUS 160,373, cuyo rubro es: PRUEBA PERICIAL CONTABLE OFRECIDA POR LA CONTRAPARTE DEL QUEJOSO SOBRE LA CONTABILIDAD DE ÉSTE. CONTRA EL AUTO QUE LA ADMITE POCEDE EL AMPARO INDIRECTO SIN NECESIDAD DE CUMPLIR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD. CUANDO EL RECURSO ORDINARIO QUE PROCEDE EN SU CONTRA SE TRAMITA CONJUNTAMENTE CON LA SENTENCIA DEFINITIVA (CÓDIGO DE COMERCIO REFORMADO POR DECRETOS DE 17 DE ABRIL Y 30 DE DICIEMBRE DE 2008).

²⁴Jurisprudencia 1a./J. 20/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 128, materia común, registro IUS 162,017, de rubro: PRUEBA PSICOLÓGICA A CARGO DE LOS MENORES, SU ADMISIÓN Y DESAHOGO CONSTITUYEN UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

²⁵Jurisprudencia P/J. 4/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, enero de 2001, p. 11, materia común, registro IUS 190,368, de rubro: PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DIRIME ESTA CUESTIÓN, PREVIAMENTE AL FONDO. PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO.

²⁶Jurisprudencia 2a./J. 68/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p. 152, materia común, registro IUS 186,654, cuyo rubro es: CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. EN JUICIOS ORDINARIOS. LA RESOLUCIÓN QUE CONFIRMA LA NEGATIVA A DECRETARLA ES IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.

resolución que declara infundada la excepción de incompetencia²⁷, entre otras. Para justificar la procedencia del juicio de amparo indirecto en su contra, de inmediato, sin esperar el dictado de la sentencia, se dice que actos de esa naturaleza pueden alcanzar una afectación exorbitante hacia el particular dentro del juicio.

Por otro lado, los actos fuera de juicio son los dictados antes de que inicie la controversia a través de la presentación de la demanda, por ejemplo, los medios preparatorios²⁸.

En cambio, los actos dictados después de concluido el juicio presuponen la existencia de una sentencia ejecutoriada, y en su contra, procede el amparo de inmediato, una vez agotados los recursos ordinarios, siempre que no se emitan en ejecución de sentencia, es decir, actos que gozan de autonomía y no tienen como finalidad directa e inmediata ejecutar la sentencia; por ejemplo, el arresto decretado como medida de apremio o la interlocutoria que fije en cantidad líquida la condena de que fue objeto el perdidoso²⁹.

Además, con la finalidad de impedir que el juicio de garantías sea utilizado para retardar o entorpecer la ejecución de una sentencia definitiva con el carácter de cosa juzgada, podrá promoverse el juicio de amparo contra actos dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo en ejecución de sentencia, sólo contra la última resolución³⁰ dictada en el procedimiento respectivo, con la posibilidad de reclamar en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso y, tratándose de remates, contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.

El amparo indirecto también procede contra actos que afecten a terceros extraños a juicio. En sentido amplio, se entiende por tal aquel que no ha figurado en el juicio o en el procedimiento como parte en sentido material, pero que sufre un perjuicio dentro del mismo o en la ejecución de las resoluciones, sin haber tenido la oportunidad de ser oída en su defensa por desconocer las actuaciones relativas. También se ha considerado tercero extraño por equiparación, la persona que a pesar de

²⁷Jurisprudencia 2a./J. 156/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro I, octubre de 2011, p. 1395, materia común, registro IUS 160,845, cuyo rubro señala: INCOMPETENCIA. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE UNA JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE QUE DESECHA O ESTIMA INFUNDADA ESA EXCEPCIÓN.

²⁸Jurisprudencia 1a./J. 23/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IV, septiembre de 1996, p. 21, materia común, registro IUS 200,392, cuyo rubro es: MEDIOS PREPARATORIOS A JUICIO, ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA CUANDO SE RECLAMA LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO A LOS MISMOS.

²⁹Jurisprudencia: 1a./J. 6/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, febrero de 1998, p. 60, materia civil, registro IUS 196,891, cuyo rubro es: INTERLOCUTORIA QUE PONE A FIN AL INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE SENTENCIA. ES IMPUGNABLE EN AMPARO INDIRECTO.

³⁰Tesis P./J. 32/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 31, materia común, cuyo rubro es: AMPARO INDIRECTO. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN ÚLTIMA RESOLUCIÓN, A QUE SE REFIERE EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA.

que es parte, no fue emplazada o que fue emplazada incorrectamente³¹.

Aparte de los supuestos precisados, el amparo indirecto también procede contra normas generales, que causen perjuicio con su sola entrada en vigor o con motivo de su primer acto de aplicación, en términos del artículo 103 de la Constitución Federal.

Para la procedencia del juicio de amparo indirecto contra actos jurisdiccionales, el quejoso debe demostrar ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa, como lo dispone el último párrafo de la fracción I del artículo 107 constitucional, que preserva la procedencia a quien demuestre interés jurídico.

Salvo el caso de los terceros extraños, previo a la promoción del juicio de amparo, es necesario agotar los recursos ordinarios por virtud de los cuales pueda modificarse o revocarse el acto impugnado, en observancia del principio de definitividad que aún subsiste.

La suspensión podrá tramitarse de oficio o a petición de la parte agraviada. La primera es aquella que concede el juez de Distrito sin que previamente haya habido ninguna gestión por parte de quejoso, y obedece a la gravedad del acto reclamado y al peligro o riesgo de que, en caso de ejecutarse el acto reclamado, quede sin materia el juicio. En la segunda, el juez de Distrito deberá ponderar el interés social y la apariencia del buen derecho.

Estas reglas deben ser observadas por los tribunales federales al conocer de los juicios de amparo contra actos derivados de los juicios sobre acciones colectivas, para poder determinar la procedencia del amparo directo o indirecto.

V. Conclusiones

La ampliación de los derechos humanos significa la concreción de la obligación expresa a cargo de todas las autoridades de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, al formar parte de nuestro orden jurídico para lograr la eficacia de los derechos que, a la postre, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.

Las reformas en materia de acciones colectivas, derechos humanos y amparo, generaron un cambio en el paradigma jurídico de nuestro país y tienen una enorme relevancia para el fortalecimiento de los mecanismos de tutela de los derechos colectivos, ya que sin ellas difícilmente podría concebirse un ejercicio adecuado de esos derechos, por lo que el juicio de amparo se erige como un instrumento adecuado para garantizarlos, sobre todo con la incorporación del interés legítimo.

³¹Jurisprudencia P/JJ. 7/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, enero de 1998, p. 56, materia común, registro IUS 196, 932, cuyo rubro es: PERSONA EXTRAÑA A JUICIO, CONCEPTO DE.

Referencias

Bibliográficas

- Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 2000, p. 684.
- Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características*, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard1.pdf>.
- Castilla Juárez, Karlos, *El principio pro persona en la administración de justicia*, consultado en el sitio www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm.
- Castro y Castro, Juventino Víctor, *Biblioteca de amparo y derecho constitucional*, México, Oxford, 2002, Volumen I.
- Chaim Camacho, Óliver, “El interés jurídico”, en Carranco Zúñiga, Joel (coord.), *El juicio de amparo en materia administrativa*, México, Porrúa, 2008.
- Ferrer Mac. Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en Estudios Constitucionales, Año 9, No. 2, 2011, pp. 546-547, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf> [fecha de consulta 9 de mayo de 2012].
- Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011.
- Fix Zamudio, Héctor, *Hacia una nueva ley de amparo. Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000.
- Fix Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, comentario al artículo 107 constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 20a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. IV.

Silva García, Fernando, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales*, México, Ed. Dirección de Difusión de la Dirección General de Comunicación Social del Consejo de la Judicatura Federal, 2011.

Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf> [fecha de consulta 9 de mayo de 2012].

Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 6a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultado en el sitio www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_191_29jul10.pdf.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_193_06jun11.pdf.

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, consultado en el sitio www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf.

IUS 2011, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, junio 1917 – diciembre 2011.

La prueba: ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración

Alejandro Sánchez López*

SUMARIO: I. *La prueba, ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo y valoración.* II. *Vicios o irregularidades en la decisión acerca de los hechos por los jueces mexicanos.* III. *Necesidad de que los jueces establezcan estándares de la prueba* IV. *Conclusión.*

I. La prueba: ofrecimiento, admisión, preparación, desahogo y valoración

El estudio sobre el tema de la prueba, en todas las fases mencionadas, con frecuencia se aborda por la doctrina general del proceso mediante esquemas semejantes, considerando elementos comunes, como lo son: el objeto de la prueba, las pruebas admisibles, bajo qué condiciones deben admitirse las pruebas, las formas en que cada una de ellas debe recibirse y en qué casos procede su desechamiento —lo que ocurre durante la fase de instrucción— así como el examen particular de algunas pruebas y el sistema de valoración (tasado, libre convicción o mixto), lo que se presenta en el dictado de la sentencia. Asimismo, los estudios emprendidos tienen como característica general que analizan procesos individuales.

Sin embargo, la entrada en vigor de la adición al Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), con un Libro Quinto, incorpora en nuestro sistema jurídico a las acciones colectivas, con la finalidad de establecer el mecanismo procesal adecuado para la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos. En el artículo 578, aunque expresamente se refiere a las relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente, no es posible reducirlo sólo a esos temas, pues debe interpretarse en correlación con las otras normas que se refieren al objeto de tutela de esas acciones.

El artículo 579 proporciona la justa amplitud de su objeto, al prever que dicha acción es “*procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponde a*

* Magistrado del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas”, que desde luego no lo restringe sólo a aquellas materias concretas. Una interpretación con estos alcances, además, es conforme con el artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Federal, que al ordenar al legislador federal expida leyes que regulen las acciones colectivas, sienta un marco normativo que da lugar a incluir en ellas a todas aquellas pretensiones que por su naturaleza jurídica especial puedan ser protegidas por medio de esas acciones.

Es pertinente reconocer las implicaciones que derivan de la acción colectiva y los derechos que mediante ella se pretenden tutelar –difusos, colectivos e individuales homogéneos–, porque de este modo se pueden visualizar las consecuencias que surgen en este tipo de procesos y sus diferencias notables con los procesos individuales, por ejemplo, en cuanto a figuras como legitimación, representación, sentencia y cosa juzgada, entre otras¹.

Antonio Gidi ha estudiado con profundidad y amplitud las acciones colectivas, y al compararla en uno de sus trabajos con las acciones individuales percibe que no tienen coincidencia con ninguno de sus elementos. En síntesis, señala que en las acciones colectivas el sujeto del proceso es el grupo titular del derecho; la causa de pedir se refiere a la pretensión del grupo como un todo y a través de lo solicitado colectivamente se requiere la tutela de un derecho del grupo (como por ejemplo el retiro de la circulación de desechos peligrosos)². En orden a esas distinciones, se dimensiona en mayor medida la relevancia de la prueba como instrumento necesario para concretar y hacer efectivos esos derechos.

La protección eficaz de esos derechos exige, entre otras cuestiones, analizar lo relativo a la prueba en los procesos colectivos desde las nuevas perspectivas que se han ido construyendo en el moderno derecho procesal, como la epistemológica y la argumentativa en materia de hechos, con un enfoque que tenga como punto de partida la

¹Elton Venturi se refiere a la expresión tutela jurisdiccional colectiva como “la protección unificada de derechos transindividuales e individuales homogéneos a través de acciones colectivas, promovidas por personas y entidades legalmente legitimadas en virtud de ser consideradas adecuadas representantes procesales de la sociedad o comunidad involucradas, con el objeto de alcanzar, en caso de procedencia del pedido, la expansión *erga-omnes* de la cosa juzgada en beneficio de todos. *Vid.* “Introducción”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (Coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, p. 2.

²En otros trabajos, sobre legitimación, representación adecuada, derechos colectivos, litispendencia y cosa juzgada, ha destacado las características esenciales que distinguen a las acciones colectivas de los procesos individuales. Ver especialmente Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2004. Gidi, Antonio, “El concepto de acción colectiva”, pp. 14-21; “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, pp. 25-37; “Legitimación para demandar en las acciones colectivas”, pp. 107-117; “La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo”, pp. 142-153; “Cosa juzgada en acciones colectivas”, pp. 261-295, y “Litispendencia en acciones colectivas”, pp. 314-327. En general, Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie Doctrina Jurídica 21.

naturaleza peculiar de los procesos colectivos y la búsqueda de un modelo procesal que atienda las necesidades específicas de esos nuevos procesos. O bien, que transforme o adapte los principios que estructuran los procesos individuales, justamente en la medida necesaria para dar sentido y efectividad plena a la naciente figura de las acciones colectivas, si se toma en consideración que una parte de la doctrina procesal³ había cuestionado la aplicación de los principios tradicionales del proceso, a partir de la idea que no responden a los fines que se persiguen con los procesos colectivos, lo que incluso en nuestro país ya había sido advertido por algunos tribunales.

El más importante precedente, que muestra una interpretación creativa y que corresponde a un criterio que satisface plenamente los cánones de racionalidad apuntados, es el referido a una acción de grupo, prevista en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, antecedente inmediato del diseño normativo actual de las acciones colectivas, que se encuentra expuesto en una parte esencial de la ejecutoria pronunciada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver en el A.D. 75/2008:

*En principio, el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada individuo, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa. Sólo así se pueden tutelar los intereses colectivos o difusos, pues si su impacto es mucho mayor, se requiere el máximo esfuerzo y actividad de los tribunales y considerable flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales, la carga de la prueba, allegamiento de elementos convictivos, su valoración y el análisis mismo del caso. Asimismo, se requiere de una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer cansada o costosa la tutela de estos derechos, a fin de que los conflictos puedan tener solución pronta, que a su vez sirva de prevención respecto de nuevos males que puedan perjudicar a gran parte de la población (...).*⁴

³En ese sentido Taruffo señala: “(...)Un aspecto importante adicional del «movimiento de acceso a la justicia» es que la necesidad de suministrar a la gente la protección judicial efectiva, se ha extendido a los llamados *nuevos derechos*, como los de los consumidores, o el derecho a vivir en un ambiente sano... El principal problema que tienen estos derechos, desde el punto de vista procesal, es que trascienden la tradicional dimensión individual de los derechos subjetivos clásicos, y están adecuadamente adscritos a grupos, clases o comunidades de personas que incluso pueden no estar determinados. Por otro lado, los conceptos procesales clásicos como por ejemplo los de legitimación en causa y de *res judicata*, están pensados bajo la concepción de un derecho subjetivo único e individual. Por lo tanto puede ser difícil e incluso imposible conciliar la estructura colectiva de la situación jurídica que necesita ser protegida, con la estructura de los actuales mecanismos procesales, orientados a lo individual... No obstante, cuando una garantía constitucional asegura el acceso a la justicia para cualquier situación jurídica que merezca ser protegida, tal garantía no puede ser interpretada como si se refiriese sólo a derechos individuales, simplemente haciendo a un lado los derechos colectivos. Estas situaciones jurídicas colectivas están, por supuesto, incluidas en la garantía general de acceso a la justicia, pero para hacer efectiva dicha garantía es necesario imaginar nuevos mecanismos procesales.” Taruffo, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 34-35.

⁴Tesis Aislada I.4º.C.136 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXVII, abril de 2008, p. 2381, con el rubro: “INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS EN PROCESOS JURISDICCIONALES COLECTIVOS O INDIVIDUALES. CARACTERÍSTICAS INHERENTES”.

Ese movimiento al que se refiere Taruffo, inspirado principalmente por Mauro Capelletti, y tomando en cuenta, sin duda, el criterio del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, constituyeron referencias a las que se acudió en los trabajos preparatorios que desembocaron en la incorporación de las acciones colectivas al artículo 17 constitucional, pues desde la exposición de motivos y los diversos dictámenes legislativos previos a esa adición, así como en la exposición de motivos y discusiones que dieron lugar a la reglamentación en el Código Federal de Procedimientos Civiles de tales acciones —en sus artículos 578 al 626— una razón que se adujo, reiteradamente, fue

(...) que respecto de las nuevas figuras procesales que se plantean en el nuevo procedimiento colectivo, los jueces federales deberán cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean acordes con el espíritu de éstos, así como con la protección de los derechos e intereses de los grupos y colectividades. Lo anterior implica que nuestros juzgadores empiecen a elaborar estándares⁵ y guías que sirvan como herramientas auxiliares en su labor. Este proceso de adaptación, sin duda, puede resultar difícil al principio, pues quienes conforman el universo de los profesionales del derecho tendrán que dejar atrás concepciones previas que entran en conflicto con el tema que engloba las acciones colectivas (...).

Lo anterior debe considerarse un principio fundamental que debe regir las decisiones de los juzgadores, aunque su delimitación precisa obliga por lo menos a formularse varias cuestiones importantes: qué estándares son los que deben elaborarse; qué guías pueden servir como herramientas auxiliares en la labor de los jueces y qué concepciones previas, de orden procesal, deben dejarse atrás, en cuanto entran en conflicto con la substanciación y decisión de las acciones colectivas.

En el margen que corresponde al desarrollo de este estudio, no es posible emprender un examen de los principios generales del proceso, sino sólo ocuparse de aquellos que atañen a la prueba en general, y más adelante de la prueba científica, siguiendo una línea que tome en cuenta, fundamentalmente, la manera más adecuada para lograr la protección efectiva de los derechos e intereses de los grupos y colectividades que se pretenden tutelar desde la Constitución, que permita corregir y superar los vicios que desde hace mucho se advertían en los procesos individuales.

Sobre esa base, considero que existen varias y buenas razones para afirmar que el diseño normativo de las disposiciones que reglamentan las acciones colectivas en

⁵Rivera Morales señala que "(...) establecer un estándar de prueba procesal significa definir unos criterios que indiquen cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho; es decir, definir unos criterios que indiquen cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Ello implica dos cuestiones básicas: una, qué grado de probabilidad se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; dos, formular objetivamente el estándar." *Vid. La prueba: un análisis racional y práctico*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 306.

el Código Federal de Procedimientos Civiles está encaminado a descubrir la verdad, y no sólo a resolver controversias de naturaleza colectiva, porque las normas que se refieren a las pruebas no contienen, por ejemplo, reglas que expresa o implícitamente excluyan la admisión de determinadas pruebas, o que impongan múltiples condiciones tendentes a restringir la admisión de ciertas pruebas especialmente relevantes. Lo afirmado no significa aceptar la idea de que el legislador dispuso que todas las pruebas deban admitirse o que no puedan, válidamente, desecharse pruebas. Tampoco se debe soslayar que el capítulo de las acciones colectivas forma parte, a su vez, de un ordenamiento procesal que prevé diversos procedimientos de orden individual, de carácter federal, cuyas reglas generales, por esa razón, deben entenderse aplicables al procedimiento colectivo, en cuanto no pugnen con los fines que se persiguen en las acciones colectivas, lo que ocurre, por ejemplo, en materia de pruebas, de modo que habría que admitir la aplicación de aquellas reglas generales siempre y cuando se haga con sujeción a los principios que rigen las acciones colectivas⁶.

Por tanto, en cuanto se refiere al ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas deberán tomarse en cuenta los artículos 79 al 93 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que tienen que ver con las reglas generales; y en cuanto a la valoración, además de atender a esos preceptos, deberán considerarse los artículos 197 al 217 del mismo código, que contiene las reglas que rigen la valuación de la prueba.

Así, en los artículos que atañen a la prueba, en las acciones colectivas se resalta su importancia, al margen de si en la audiencia previa y de conciliación las partes llegan a un arreglo conciliatorio o no, en tanto que se deposita en el juzgador una participación activa en el proceso en ambos casos, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 585 del CFPC, desde la celebración de la audiencia previa se le impone dirigir y proponer la solución del litigio, sin perjuicio que tome en cuenta lo que, a su vez, propongan las partes, sobre la base de que el acuerdo al que lleguen implica un compromiso del juzgador de revisar, oficiosamente, la legalidad del convenio y de que “los intereses de la colectividad de que se trate estén debidamente protegidos”. Es por esta razón que en este caso dará vista al Procurador General de la República y a los órganos y organismos que, dada su vinculación con la materia concreta de la demanda, les corresponda la defensa de esos derechos o intereses.

⁶En el dictamen de la Cámara de Diputados que aprobó la iniciativa de reforma y adición al CFPC, para incluir las acciones colectivas, en lo referente a las pruebas, se consideró: “El argumento principal para incluir la regulación de las acciones colectivas y del procedimiento que habrán de seguir las mismas dentro de un nuevo título que pertenezca al Código Federal de Procedimientos Civiles es que se pretende que el procedimiento colectivo sea armónico, en las generalidades, con el procedimiento ordinario civil federal. Ello facilitará, sin duda, la labor de los órganos jurisdiccionales competentes, pues no tendrán que enfrentarse a un proceso que sea enteramente nuevo. Sin embargo, debe aclararse que las denominadas acciones colectivas contarán por su condición especial con reglas específicas y particulares que atenderán a las características y requerimientos propios de un procedimiento en donde se ventila una controversia en la cual una de las partes es una colectividad”.

De acuerdo con dicho precepto, la injerencia de los expertos es sumamente importante, ya que, desde que se admita la demanda el juez deberá tomar en consideración a los especialistas idóneos que podrán ilustrarlo en la materia de que se trate, lo que considero lógico y necesario, porque mediante la asesoría y la opinión de los especialistas en temas que comúnmente no forman parte de la cultura media de un juez, éste podrá proponer a las partes soluciones razonables e informadas. Esta medida es relevante aun en el caso de que no se lograra la conciliación, pues lo realizado preliminarmente por el juez, en el aspecto examinado, puede aprovecharlo durante el desarrollo y decisión final del proceso, si los elementos científicos recabados en ese momento le suministran bases de conocimiento para ir construyendo adecuadamente los hechos del caso, puesto que le dará luz acerca de la eventual necesidad de contar con otros estudios científicos, que podrá recabar oficiosamente –si las partes no lo hubieren propuesto, o no lo hicieren en términos apropiados- con el fin de resolver correctamente la controversia⁷.

Asimismo, si las partes no llegaran a ningún arreglo conciliatorio, entonces, en conformidad con el artículo 596 del CFPC:

(...) el juez procederá a abrir el juicio a prueba por un período de sesenta días hábiles, comunes para las partes, para su ofrecimiento y preparación, pudiendo, a instancia de parte, otorgar una prórroga hasta por veinte días hábiles. –Una vez presentado el escrito de pruebas, el representante legal deberá ratificarlo bajo protesta ante el Juez. –El auto que admita las pruebas señalará la fecha para la celebración de la audiencia final del juicio en la cual se desahogarán, en un lapso que no exceda de cuarenta días hábiles, el que podrá ser prorrogado por el juez. –Una vez concluido el desahogo de pruebas, el juez dará vista a las partes para que en un periodo de diez días hábiles aleguen lo que a su derecho y representación convenga. –El juez dictará sentencia dentro de los treinta días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia final.

Por lo tanto, en el contexto normativo en que se encuentra redactado ese precepto, se comprenden integralmente los pasos a seguir en materia de pruebas en el procedimiento de acciones colectivas, pues se incluye el momento y la forma en que se deberán ofrecer y preparar las pruebas –una vez que el juez, visto que en la audiencia previa y de conciliación las partes no alcanzaron un arreglo, abrirá el juicio a prueba–, mediante escrito que deberá ser ratificado ante el juez, lo que podrán hacer en un plazo de sesenta días comunes para las partes, el cual, a instancia de las partes, podrá ser ampliado por otros veinte días más.

⁷Jairo Parra Quijano afirma que “La mejor disciplinada cooperación del consultor técnico, permitirá al juez tener en todo momento junto así el valioso aporte de la ciencia y la experiencia.”, *Vid. Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, Colombia, Themis, 2004, p.184.

En este sentido, y para ser acorde con los principios y objetivos de las acciones colectivas, desde mi punto de vista, según la naturaleza del caso y las circunstancias más o menos complejas que se pudieran presentar, *el juez podrá disponer del plazo que sea razonable para que se reciban las pruebas necesarias y conducentes para resolver, de modo efectivo, la controversia colectiva*. No se debe olvidar que el artículo 597 del CFPC dispone que los términos establecidos en los capítulos IV y V del Título Primero del Libro Segundo podrán ser ampliados por el juez, si existieren causas justificadas para ello, lo que le autoriza a ordenar dicha ampliación discrecionalmente, si el capítulo IV se refiere al término probatorio y el capítulo V a la audiencia final del juicio, aunque esta regla puede aplicarse, por extensión, a cualquier otro término, siempre y cuando se cumpla con la condición que en esta norma se prevé, relativa a que exista causa justificada para ello. Por ejemplo, cuando se trate de daños inusuales al medio ambiente, los estudios científicos, para su correcta formulación, pueden requerir un prolongado tiempo que permita corroborar todos sus resultados⁸.

Al concluir la fase precedente, el juez dictará el auto en que admita (o bien, deseche) las pruebas, y señalará la fecha para la celebración de la audiencia final del juicio, en la cual se desahogarán las pruebas admitidas, dentro de un lapso que no exceda de cuarenta días hábiles, que también podrá ser prorrogado por el juez, en mi opinión, como se dijo antes, en el lapso que estime razonable, de acuerdo con parámetros que tiendan a la efectiva tutela de los derechos colectivos, y excluya, en este sentido, los meramente formales.

Después de concluido el desahogo de las pruebas, el juez dará vista a las partes, para que expresen alegatos, y finalmente dictará la sentencia, en la cual, entre otras decisiones, se lleva a cabo la valoración de las pruebas.

Considero que un criterio rector que debe presidir toda decisión jurisdiccional en las acciones colectivas, incluyendo lo relativo a las pruebas, es el texto del artículo 583 del CFPC, conforme al cual *El juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos*.

En ese contexto, si de acuerdo con dicha disposición cualquier interpretación que el juzgador realice debe ser compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, entonces esas interpretaciones deberán estar encauzadas a

⁸El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver en el juicio de amparo directo 723/2010, se pronunció sobre cuestiones que tienen que ver con la prueba científica, tales como la dificultad de desahogar pruebas de este tipo en plazos limitados, pues los hechos a demostrar necesitaban una proyección hacia el pasado para evaluar los orígenes de la merma productiva de mango de los actores, ocasionado por las emisiones de sustancias tóxicas de una central termoeléctrica (aspecto vinculado con el plazo razonable requerido para recibir una prueba, según las circunstancias particulares del asunto), así como la complejidad en la valoración de estudios científicos interdisciplinarios, pues versó sobre la aplicación de conocimientos en distintas ramas de la ciencia, necesarias para la comprensión del caso (en química, agronomía, biología, geología, entre otras).

satisfacer la finalidad de las acciones colectivas, que es, esencialmente, lograr el acceso efectivo a la justicia al mayor número de personas posibles, según el caso, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos.

En esa medida, deben tomarse en consideración, como pautas interpretativas a las que se puede acudir, por la autoridad de los especialistas que intervinieron en su elaboración, las reglas de interpretación contenidas en los artículos 10 y 35 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que disponen:

10. En las acciones colectivas, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente. 35. Este Código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata.

Gidi afirma que, la interpretación abierta y flexible constituye un instrumento importante para “evitar interpretaciones retrógradas, influenciadas por concepciones conservadoras del derecho, que podrían destruir el sistema y la práctica de las acciones colectivas⁹.”

Asimismo, es plausible considerar y aplicar, en la medida necesaria para lograr una interpretación amplia y óptima de la regla interpretativa prevista en el artículo 583 del Código Federal de Procedimientos Civiles, los principios que deben observarse en las acciones colectivas¹⁰ conforme al citado Código Modelo, tales como: el de la máxima prioridad de la tutela jurisdiccional colectiva —que impone se dé primacía a la tramitación del proceso colectivo— del máximo beneficio de la tutela jurisdiccional colectiva (se busca resolver, en un solo proceso, un gran conflicto social e innumerables conflictos interindividuales, y evitar con ello la proliferación de acciones individuales y la ocurrencia de situaciones conflictivas que puedan generar desequilibrio e inseguridad en la sociedad); de la interpretación abierta y flexible de la causa de pedir y del pedido; y principalmente, dada su vinculación con el tema de la prueba, el de la máxima efectividad del proceso colectivo, conforme al cual se debe alcanzar la verdad procesal en su grado máximo de probabilidad objetiva sobre los hechos invocados en la demanda colectiva —lo que implica, para conseguir ese objetivo, que se deberá procurar, de oficio, el desahogo de todas las pruebas pertinentes y relevantes, para que la tutela jurisdiccional se agote en forma legítima

Esos principios interpretativos deben articularse con las normas reguladoras de la prueba en las acciones colectivas, que no tienen que ver precisamente con los re-

⁹Gidi, Antonio, “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coords.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2004, pp. 411-412.

¹⁰Assagra de Almeida, Gregório, “Comentario al artículo 35 del Código Modelo”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos*, op.cit., nota 1, pp. 401-403.

quisitos formales y las etapas que se deben cumplir con la intervención de las partes, que es más amplia que en otros ordenamientos, sino con el ejercicio de los poderes probatorios atribuidos al juez por el legislador, básicamente en los artículos 598 y 599 del CFPC¹¹.

La importancia de ambos preceptos es indiscutible, puesto que establecen diversas facultades del juez en materia probatoria. La primera consagra la facultad del juez para mejor proveer, tal como se prevé en la gran mayoría de los ordenamientos procesales del país (de modo que lo que se ha dicho al respecto es válido para este caso), como, por ejemplo, en el artículo 79 del CFPC¹², en el que expresamente se reconoce un fin epistemológico que debe seguir el juzgador al recabar una cosa o documento, de las partes o de un tercero, cuando se estime conducente y sea necesaria para conocer la verdad.

No se puede negar que la interpretación de esta disposición por los tribunales ha sido sumamente restrictiva, lo que habría que superar y adecuar a los principios y objetivos que tienen las acciones colectivas, y adicionalmente la consecución del cambio de paradigma que el Constituyente Permanente y el legislador federal ordinario han exigido, como ideal regulativo, en el juez que resuelva las acciones colectivas, y particularmente en los trabajos legislativos que concluyeron con la incorporación al CFPC de las acciones colectivas, en cuanto que en el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se consideró:

(...)Por eso, se establece que el juez podrá requerir a los órganos y organismos o a cualquier tercero para que elaboren estudios o presenten medios probatorios necesarios. (...)con el objetivo de mejor resolver el litigio o ejecutar la sentencia respectiva, el juez “de oficio o a petición de parte” podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios (...).

Es decir, la orientación del legislador de requerir esos estudios o pruebas para mejor resolver el litigio constituye un poderoso sustento para que el juez proceda a

¹¹Artículo 598. Para mejor proveer, el juzgador podrá valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, siempre. El juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal conforme a lo establecido en el párrafo anterior y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos. El juez podrá requerir a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo a que se refiere este Título.

Artículo 599. Si el juez lo considera pertinente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios que sean necesarios para mejor resolver el litigio de que se trate o para ejecutar la sentencia respectiva.

¹²Artículo 79. Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

la investigación de la verdad, independientemente de la iniciativa que puedan ejercer las partes en ese sentido, lo cual implicará, para justificar debidamente tal actividad del juzgador, que deberá realizarla a partir del conocimiento preciso de los hechos, puesto que es sumamente importante tener presente que en las acciones colectivas, “mucho más que en el proceso individual, existe la necesidad de la actuación de un juzgador activo, interesado, que actúe de forma precisa para descubrir la verdad¹³”. Ésta puede ser la clave para asegurar la protección efectiva de los derechos colectivos en conflicto, y por tanto, para garantizar el éxito de las acciones colectivas.

La segunda tiene que ver con la facultad otorgada a quienes acuden como *amicus curiae* o como tercero interesado, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes. Conforme a este precepto, quienes comparezcan con esas calidades pueden exhibir pruebas e impone al juez la obligación de recibirlas, si cumplen con las condiciones que ahí se mencionan (que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes).

Este requisito, aplicable a las pruebas, pero también a los argumentos, debe interpretarse en forma restrictiva, para no hacer nugatoria la utilidad práctica de esta figura, de modo que tendría que ser evidente su irrelevancia o manifiesto el conflicto de intereses del oferente para no admitir las pruebas o rechazar el estudio de los argumentos que expresen. En este último supuesto, después de haber dado vista a las partes, si una de ellas exhibiera pruebas fehacientes de un eventual conflicto de intereses, cabría reflexionar bajo qué parámetros específicos se debería desechar la prueba, y si se optara por hacerlo, estimo que en este o en cualquier otro caso el desechamiento de pruebas en un procedimiento de acciones colectivas requiere de una motivación reforzada, debido a que, como se ha señalado, en el centro de las acciones colectivas se encuentra el derecho fundamental de acceso a la justicia, que impregna todas las determinaciones que emita el juzgador, siguiendo en este sentido al Tribunal Constitucional español, que en una sentencia de 2 de junio de 1998¹⁴, expresamente alude a la necesidad de la motivación reforzada, entre otros supuestos,

¹³Gomes Júnior, Luiz Manoel, “Comentario al artículo 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coords.), *op.cit.*, nota 1, p. 197.

¹⁴Mercader Uguina, citado por Tomás-Javier Alista Santos, afirma: “El canon de razonabilidad reforzada se convierte en un instrumento que debe ser empleado por el Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que la valoración de la decisión jurisdiccional, potencialmente contraria al art. 24.1 CE, requiera para su recto control de la ponderación de otros derechos fundamentales que hubieran sido utilizados o debieran haberlo sido en la construcción argumental del pronunciamiento cuestionado. Se trata, por tanto, de un canon más riguroso en la motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental.” *Vid.* “La motivación de las resoluciones judiciales”, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 233 y 234.

cuando resulten afectados derechos fundamentales¹⁵.

En el dictamen final de la cámara revisora se señaló, en cuanto a la admisión de la demanda

(...) En el tema de los requisitos para la admisión de la demanda es importante señalar que si bien es cierto que se deben cumplir los supuestos antes expuestos, también es cierto que debe de existir un ánimo de apertura dentro del Poder Judicial de la Federación con el propósito firme de evitar que minucias formales tengan como consecuencia negar un efectivo acceso a la justicia(...).

Lo que debe entenderse, en mi opinión, como un principio esencial que debe irradiar a lo largo del proceso, en cualquier determinación que se pronuncie, pues apunta hacia la prevalencia del derecho substancial —más aún cuando se trata de un derecho fundamental— sobre el procesal, en la medida justa que a cada uno corresponde, dado que el proceso es un medio instrumental, al fin y al cabo, para concretar o hacer efectivos los derechos colectivos en juego.

Los estudios que se señalan en el último párrafo pueden versar sobre prueba científica, si no se afirma que se sujetarán a las reglas de la prueba pericial —a condición de que en su elaboración se cumplan los requisitos que se han ido consolidando respecto de esa prueba—. Al remitirse a los órganos y organismos que se mencionan en el artículo 585, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Civiles, se comprende que esos estudios deben provenir de los expertos de la PFPC, PFPA, CNPDUSF y la CFC¹⁶, aunque nada impide que de acuerdo a la naturaleza de la cuestión que deba ser examinada, puedan requerirse tales estudios a otros a órganos públicos o privados (UNAM, CONACYT, CNDH, CONAPRED, Colegio de México, etc.)¹⁷, ya que en estas instituciones se encuentran expertos sobre diversos temas científicos, o bien, de organismos internacionales reconocidos, en temas de medio ambiente o derecho a la salud: por ejemplo, los organismos que establezcan los estándares internacionales en esas materias.

De modo especial, llama la atención la referencia a las pruebas estadísticas, actuariales o científicas (cualquier otro derivado del avance de la ciencia), porque en

¹⁵Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "(...) Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción (...)" Caso 2711 (Uruguay). Informe 1982-1983, p. 143. Esta misma exigencia, en mi opinión, habría que aplicarla, en materia de pruebas, cuando se pretende desechar una prueba, de manera que la decisión que se emita en ese sentido sea restrictiva, o bien, cuando se valore una prueba, su desestimación esté cimentada en razones.

¹⁶La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, Comisión Federal de Competencia, respectivamente.

¹⁷Universidad Nacional Autónoma de México, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, respectivamente.

otros ordenamientos procesales nacionales usualmente no se les menciona, aunque tampoco se les había rechazado o prohibido. En cierto modo, es coincidente en parte con lo que dispone el artículo 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que se refiere expresamente a las pruebas de estadística o de muestreo.

En mi opinión, esta peculiaridad se entiende en función de los derechos colectivos que se pretenden tutelar, que da lugar a que, acorde con los derechos en juego, deba requerirse en el proceso la concurrencia de estudios de expertos en diferentes áreas de la ciencia, de estadísticas o estudios epidemiológicos y actuariales, como, por ejemplo, cuando se trata de daños ambientales o la adquisición masiva de productos farmacéuticos, que puede traer implicaciones en cuestiones de salud de los integrantes de un determinado colectivo, que justifica la promoción de acciones de clase o de grupo, porque éstas “son útiles cuando la prueba es compleja, ya que ahorra los costos de su producción¹⁸.”

Aunque la prueba estadística no es frecuente en nuestro medio, su pertinencia e idoneidad puede tener una mayor incidencia. Si en la demanda colectiva se impugnan actos de discriminación por motivos de género, particularmente cuando no se puede comprobar directamente que existe discriminación de esa naturaleza en una empresa, pero solamente 0,5 % de los empleados es mujer, se podría inferir, razonablemente, que existe discriminación. De este ejemplo pueden derivar otros, como es el caso de que el número de hombres y de mujeres es igual, pero los cargos directivos lo ocupan principalmente los hombres y un porcentaje muy bajo las mujeres (a ello podría añadirse que se excluya, en igualdad de circunstancias, a indígenas, personas de la tercera edad o que tienen otras preferencias sexuales).

Todo el entorno que rodea la regulación de las acciones colectiva revela que el legislador otorga al juez amplias facultades en materia probatoria, al grado de que oficiosamente puede ordenar la rendición de informes y estudios de órganos especializados que le permitan allegarse de elementos técnicos y científicos, o de cualquier otro tipo, y se da oportunidad a otros sujetos procesales, como los *amicus curiae* y los terceros interesados, para que intervengan y aporten pruebas, bajo ciertas condiciones, y expresen argumentos conducentes para construir un juicio más amplio e informado, todo ello implica un mandato normativo, incluso desde la Constitución, que reconoce como un valor importante la búsqueda de la verdad, lo que puede ser entendido desde la perspectiva de la existencia de un interés social, económico y po-

¹⁸En cierta medida, cuando se trata de una prueba compleja y costosa, porque exista la necesidad de que se requiera la concurrencia de pruebas científicas, actuariales y estadísticas, se justifica plenamente la procedencia de una acción colectiva, pues el desahogo de pruebas con esas características se recibirá en un solo proceso, con impacto para un número importante de personas, y no en muchos procesos, con agravamiento de su costo y la posibilidad de que se pronuncien fallos contradictorios. *Vid.* Solá, Juan Vicente, *Derecho Constitucional*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 641.

lítico más amplio, a la espera de una decisión final que debe impactar, generalmente en mayor proporción, a lo que ocurre cuando se decide un proceso individual.

En el primer caso debe constituir un mensaje contundente para evitar que se incurra en hechos semejantes, con consecuencias económicas importantes, dado el potencial número que puede integrar la colectividad demandante y a la naturaleza de los bienes afectados. En el segundo, el impacto del fallo se reduce a un número limitado de participantes, comúnmente actor y demandado¹⁹.

Es entonces que, derivado de esas peculiaridades que existen respecto de la prueba en las acciones colectivas, existe plena justificación para afirmar la marcada tendencia del legislador en imponer al juzgador el deber de actuar con más intensidad en la búsqueda de la verdad y en la determinación precisa de los hechos en litigio²⁰. A este objetivo se deberá arribar, con miras a alcanzarla en un nivel que incluso puede ser, en algunos casos, altamente probable (si se acepta que, según la naturaleza peculiar del caso concreto, se podrán exigir grados de certeza distintos), dada la imposibilidad de que se demuestre en el proceso la verdad absoluta, de manera que, sobre esa línea, el juzgador habrá de examinar y valorar las pruebas considerando la probabilidad lógica, y en todo caso se deberá discutir cuáles son los estándares de prueba adecuados que se fijarán en las acciones colectivas y si cabe la posibilidad de que no existe un grado único, sino que éste pueda ser variable, según las circunstancias, más o menos graves, del caso²¹.

En lo que corresponde a la valoración de las pruebas, ya se dijo en párrafos precedentes que, en principio, existe una remisión necesaria y lógica a las reglas que, en ese aspecto, están previstas en la parte general del CFPC, a las cuales debe acudirse, en lo que no se oponga con los principios y objetivos que rigen en las normas

¹⁹En su comentario al artículo 12 del Código Modelo de Procesos Colectivos, Luiz Manoel Gomes Júnior, afirma que "En las acciones colectivas, mucho más que en el proceso individual, existe la necesidad de la actuación de un juzgador activo, interesado en descubrir la verdad. El juzgador debe involucrarse en el proceso, tanto como agente político, como en consecuencia de su liderazgo en la sociedad, como órgano alejado de los intereses en conflicto (...)" Y más adelante señala: "La actuación del juzgador en las acciones colectivas es esencial para el éxito de estos instrumentos de defensa de los derechos colectivos. El juez debe tener especial cuidado al tratar la materia, sin ser parcial, pero tampoco siendo un mero espectador pasivo", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, nota 1, pp. 197-199.

²⁰“(...) la condición más importante es que los hechos han de ser establecidos correctamente, tomando como base los elementos de prueba relevantes y pertinentes, como una condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas (...) El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los hechos de la causa, no recopilar historias contadas por algunas personas acerca de tales hechos.” *Vid.* Taruffo, Michele, *La prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 28-29.

²¹“(...) la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial (...) En realidad, en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa. En el mejor de los casos, la idea general de verdad se puede concebir como una especie de “ideal regulativo”, esto es, como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de intentar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo (...)”, *Ibid.*, p. 26.

que reglamentan las acciones colectivas. No obstante, existe una parte esencial que no está comprendida en esas reglas generales, y que, en buena medida, constituye un campo fértil en el que los jueces pueden desarrollar criterios que sienten las bases interpretativas y valorativas en el tema que se examina, en la búsqueda de cumplir un mandato impuesto por el legislador, de delinear una justicia diferente, lo cual sólo se podría realizar eficazmente, a partir de que sean satisfechas ciertas premisas, que en el caso consiste en llevar a cabo una capacitación especial de los juzgadores en acciones colectivas, en el análisis y valoración de ciertas pruebas, como la científica, la indiciaria o de presunciones y en el manejo adecuado de las inferencias probatorias.

II. Vicios o irregularidades en la decisión acerca de los hechos por los jueces mexicanos

Quizás una cuestión importante que puede implicar la amplia posibilidad de formular criterios de valoración de pruebas en forma diferente a lo que ha ocurrido con materias que se ocupan de resolver procesos individuales, es que en ellos, como ocurre con el CFPC, el legislador adoptó un sistema de valoración de pruebas mixto, ya que si bien respecto de algunas pruebas establece el valor tasado que corresponde a ciertas pruebas, como los documentos públicos, en otras reservó al arbitrio del juzgador la facultad de atribuirle el valor que le corresponde, como la pericial²², en las reglas generales de esa legislación no se trata, específicamente, de algunas pruebas que sí se mencionan y son admisibles en las acciones colectivas, conforme al artículo 600 del CFPC, que dispone: “Para resolver el juez puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado de la ciencia”. Tal circunstancia permite, entonces, que se pueda ver como un espacio vacío que debe ser ocupado por la interpretación creativa del juzgador, lo que no significa que pueda examinar y valorar las pruebas en forma arbitraria o caprichosa, sino sujeta a más estrictos estándares de racionalidad, que puedan justificar su decisión en esa parte —y en las otras— del fallo, y que, a su vez, pueda ser objeto de control —igualmente racional— por las autoridades que tengan la facultad para enjuiciar ese acto judicial, ya sea que surja por la interposición de un recurso de apelación o del juicio de amparo directo.

Sin embargo, para llegar a ese objetivo final se requiere llevar a cabo ciertos pasos previos, ya que resulta obvio que no pueda esperarse que el juzgador modifique patrones adquiridos desde hace mucho tiempo y que asuma una manera diferente de realizar la motivación del juicio de hecho respecto de las pruebas allegadas al proceso, por cualquier sujeto procesal o las que él oficiosamente hubiese requerido, con un

²²Esta característica se presenta por lo menos en la mayoría de los códigos procesales civiles del país.

nivel de justificación más aceptable, si carece de una preparación adecuada que le permita afrontar con eficacia las tareas que ahora, en esta materia, deberá acometer: sólo así, cumplida esa premisa, el juez de acciones colectivas estará en aptitud de pronunciar una decisión jurídicamente válida, que atienda verdadera y fundadamente a los hechos disputados.

La identificación de ese objetivo y las medidas que deben realizarse para cumplirlo adquiere una importancia singular en la decisión final que resuelva un procedimiento colectivo, si se toma conciencia de la trascendencia que en nuestro sistema jurídico se espera de esta nueva figura procesal, así como del valor que representa el ideal de que se pronuncie una sentencia justa, tanto para cualquier juzgador, como para quien decide sobre acciones colectivas, debido al impacto superior, cualitativa y cuantitativamente, que esos fallos tendrán en la sociedad. Es cierto que, como lo señala Taruffo, no es condición suficiente para dictar una sentencia justa llevar a cabo una comprobación verídica de los hechos, pero sí es condición necesaria que se realice tal comprobación (conjuntamente con la interpretación correcta de las normas aplicables y que se hayan cumplido las reglas del debido proceso), la cual sólo puede satisfacerse si la valoración de las pruebas se apega a los principios de racionalidad aceptados²³.

La necesidad de realizar una capacitación en esas áreas específicas se manifiesta, porque, en mi opinión, en la práctica de los tribunales ordinarios civiles, del fuero común o federal, e inclusive en los tribunales de amparo, generalmente se advierte una serie de vicios que se presentan al momento de la valoración de las pruebas; por ejemplo:

- a. La manera en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha entendido la obligación de motivar, como obligación constitucional de toda autoridad al emitir cualquier acto de molestia, y correlativamente como derecho fundamental de todo gobernado de exigirla, porque sólo se ha descrito, a partir de ciertos casos, algunas posturas que responden a cada uno de ellos, pero no se

²³“La escogencia y la interpretación correcta de la regla jurídica aplicable al caso es obviamente necesaria: ninguna decisión se puede definir como cosa justa, en ningún sentido del término, si se fundamenta en una escogencia errónea de la norma aplicable o en una interpretación errada, inválida o incorrecta de tal forma. Pero este requisito no es por sí sólo suficiente para determinar la justicia de la decisión: una decisión que se fundamenta en una correcta decisión de la *questio iuris* puede ser errónea, y por tanto injusta, por varias otras razones, por ejemplo porque sea errada o no confiable la comprobación de los hechos que están en la base de la controversia. Una comprobación verídica de los hechos de la causa es a su vez necesaria por cuanto ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en hechos equivocados, o sea en una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias que son la base de la controversia. Si los hechos no se comprueban de manera racional y verídica, cualquier aplicación de cualquier norma a ese caso particular resulta privada de fundamento, y por tanto arbitraria. La decisión de que allí se deduce no puede en consecuencia ser injusta. Por otra parte, una reconstrucción confiable de los hechos no es por sí sola suficiente para ser justa la decisión: ésta, en efecto, puede ser injusta por otras distintas razones, por ejemplo, porque el juez interprete mal la norma que aplica a esos hechos.”, *Vid. Taruffo, Michele, Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Colombia, Temis, 2006, p. 204.

ha desarrollado un estudio sistemático y completo de este tema, como puede verse en la presentación de la edición mexicana de la obra “La motivación de la sentencia civil”, de Michele Taruffo, a cargo del magistrado Leonel Castillo González²⁴. Un limitado entendimiento de todo lo que implica la obligación de motivar puede acarrear que ésta no se desarrolle en toda su extensión y se dé cabida a considerarla satisfecha con elementos menores. Sin embargo, la dimensión de su cumplimiento puede verse con más amplitud si se atiende a los elementos normativos que se le atribuyen en el artículo 18 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en el que “se señala el propósito que orienta la obligación de motivar las decisiones judiciales, con lo cual se recoge la doctrina dominante relativa al tema de la motivación, al establecer: “La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder de que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las decisiones judiciales”. Y de manera específica, en el artículo 19 de ese código se señala: “Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”²⁵”.

- b. Se dice que las pruebas se valoran en conjunto, pero no se extraen los elementos relevantes de cada prueba, conducentes a lo que se pretende probar, sino que se valoran en bloque, lo que revela una serie de deficiencias, porque no se sabe, a ciencia cierta, qué aspectos, de cada una de las pruebas que fueron integradas globalmente, fueron especialmente atendidos y cuáles son las razones para que concluyeran en ese sentido. Con esa forma de valorar las pruebas, carentes de cualquier sustento lógico, que permita realizar un control efectivo sobre la racionalidad de la decisión valorativa, lo que resalta realmente es una ausencia de todo análisis lógico y de motivación en el juicio de hecho, pues sin más se le reconoce o se le niega eficacia probatoria a medios de prueba, sin proceder a su examen analítico, ni dar cuenta de las inferencias que cada medio de prueba arroja, la conexión que guardan entre sí y la fuerza, mayor o menor, que puedan tener para considerar probados los hechos controvertidos²⁶.

²⁴Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. XI-XII.

²⁵Sánchez López, Alejandro, “Interpretación y argumentación con perspectiva de género. Su justificación y el control de la racionalidad de su ejercicio”, *Control de convencionalidad para el logro de la igualdad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. III, 2012, pp. 231-269.

²⁶En este punto conviene tomar en consideración lo que Juan Igartua expresa en torno a esta irregularidad, en referencia a España, pero que es algo que sin duda resulta aplicable también respecto a nuestro país, al aseverar que “la valoración de la “prueba practicada en su conjunto”, como tajante y escueta fórmula justificatoria, alcanza el nivel más siniestro y miserable que uno pueda figurarse. Significa, ni más ni menos, que la valoración versa sobre un objeto innominado (ya que no hay ni rastro identificatorio de las pruebas valoradas) y de conformidad con un método ignoto (pues tampoco se indica cuál es el modo con el que se valoran conjuntamente las pruebas, como no sea valorarlas a bulto); en otras palabras: significa que el juez valora no se sabe qué y sin que conozca cómo.” *Vid.* Igartua Salaverriá, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Bogotá, Palestra, Temis, 2009.

- c. Una valoración realizada de ese modo puede revelar, muchas veces, que en el *iter decidendi* de cada juzgador el ejercicio puramente mental de un examen de las pruebas intuitivo o meramente subjetivo, no corresponde al acto de la justificación de la decisión, concretado en la motivación del juicio de hecho que pudo ameritar cada una de las pruebas. El juzgador debe proceder a un análisis minucioso y detenido, pero principalmente explicitado de todas las pruebas; y después, a un estudio conjunto o articulado de todas ellas, que permita mostrarle de qué modo cada una de esas pruebas se complementa o se integra, a su vez, con las otras, de modo que las haga aparecer como un todo armónico, que tiene un sentido más o menos unívoco, o más o menos fuertemente unívoco, de manera que se pueda concluir, razonablemente, que son o no aptas para demostrar la pretensión deducida por las partes. Es decir, si la evaluación del material probatorio se muestra completa, considerando todos los aspectos necesarios para emitir un juicio valorativo sobre los hechos y las pruebas aportadas por las partes para demostrarlos, existen bases suficientes para determinar si es racional o no tal decisión, desde todos los puntos de vista que interesan al derecho, y permiten llevar a cabo el control acerca de la racionalidad de esa decisión concreta²⁷.
- d. La ausencia de motivación en lo que corresponde a la valoración de las pruebas, sobre todo cuando no existen pruebas directas y contundentes en torno a los hechos de la controversia (lo que sucede cuando la solución es aparentemente sencilla, porque la valoración se sustenta en pruebas tasadas), trasluce un problema técnico, porque no se advierte la forma precisa para obtener las inferencias lógicamente deducidas y mucho menos para exponer los razonamientos probatorios adecuados para justificarlas.
- e. Si no existe un conocimiento detallado de esos temas, aunque el conjunto de las pruebas aportadas al proceso tenga sentido, en sí mismas, a partir de la conexión lógica que exista entre ellas, de nada sirve, si el juzgador carece de la

²⁷Roberto Lara Chagoyán, siguiendo a Miranda Estrampes, de modo ejemplificativo señala que para acreditar la fuerza probatoria de una inferencia basada en pruebas indirectas, debe realizarse el siguiente procedimiento: Primer paso: aplicar a los medios de prueba el siguiente test: a) Que los indicios estén plenamente acreditados (fiabilidad), b) Que concurren una pluralidad y variedad de indicios (cantidad), c) Que tengan relación con el hecho ilícito y su agente (pertinencia), d) Que tengan armonía o concordancia (coherencia), e) Que el enlace entre los indicios y lo hechos constitutivos del ilícito se ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia (garantía bien fundada), f) Que se eliminen hipótesis alternativas, y g) Que no existan contraindicios (no refutación); Segundo paso: tomar en cuenta una garantía, es decir, un parámetro que permita determinar si los hechos sometidos a análisis tienen algún valor probatorio. Por ejemplo, podrían utilizarse algunas reglas de valoración de la prueba de algún código de procedimientos, como el Federal de Procedimientos Penales, para los casos en materia penal; Tercer paso: construir una hipótesis en cualquiera de estos dos sentidos; los hechos son de tal naturaleza que merecen ser investigados o los hechos son de tal naturaleza que no ameritan mayor indagación. La hipótesis que se proponga debe ser por el siguiente test: a) ¿Ha sido refutada?, b) ¿Se han podido confirmar las hipótesis derivadas?, c) ¿Se han eliminado hipótesis alternativas?, d) ¿Es coherente? y, e) ¿Es simple?", *Argumentación Jurídica. Estudios Prácticos*, México, Porrúa, 2011, pp. 104 y 105.

preparación suficiente en lógica, que le conduzca a explotar ese potencial, de manera que puede perderse la riqueza de materiales probatorios aparentemente desconectados entre sí, derivado de la impericia de quienes operamos con esos medios de prueba, lo que no puede admitirse en ningún juicio, y menos aún en los procesos colectivos, por todas las razones que ya se han expuesto. Por eso es importante la observación de Jorge Malem, quien al apuntar sobre la necesaria formación en lógica del juzgador, entre otros motivos, señala que ésta es importante debido a que:

*No es necesario probar enunciados sobre hechos que son deducidos de otros que sí han sido probados. En palabras de Jerzy Wróblewski, “probar hechos deducidos” de otros hechos probados no es necesario cuando se trata de una “deducción” en el sentido lógico del término. Pero si esta “deducción” fuese concebida de otra manera, esta disposición estaría en contradicción con los principios de la prueba*²⁸.

- f. En el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se establece que “Los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia.” Ya antes se ha dicho lo que sucede con los problemas que implica la valoración en conjunto —cuando está desprovista de su real propósito— y de las deficiencias del estudio de la lógica en la preparación de los jueces, en general. Razones críticas similares deben formularse en torno a la realidad de acudir a la experiencia acumulada por el juzgador en su actividad jurisdiccional y en su formación cultural, en tanto que existe un vicio arraigado que consiste simplemente en repetir, sin mayor estudio ni reflexión, al valorar las pruebas, la frase: “valoradas las pruebas en su conjunto, conforme a la lógica y a la experiencia”, u otras equivalentes, sin justificar debidamente cuáles son las reglas de la lógica que se invocan o a qué experiencia se refiere el juzgador para reconocerle un cierto valor que le permite atribuirle o negarle eficacia a ciertas pruebas; o bien, cómo la adquirió, de qué modo se sirve de ella para aplicarla a otros casos y por qué es un buen fundamento para valorar pruebas en casos futuros.
- g. El tema de las máximas de la experiencia es complejo y desde mi punto de vista puede abonar poco en la decisión que se pronuncie sobre la valoración de las pruebas, particularmente en los asuntos que planteen cuestiones novedosas o en las cuales tenga un peso relevante la prueba científica, por ejemplo,

²⁸Malem Seña, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 227.

pues de poco puede servir la experiencia personal del juzgador que incida en la decisión, si las mismas interrogantes y muchas más que pueden formularse para poner a prueba la experiencia adquirida por el juez acabarían por poner en entredicho la importancia de esa experiencia en aquellos asuntos, al grado de revelar, con toda seguridad, su real oposición a conocimientos adquiridos por otros medios, que probablemente lleven consigo un peso mayor específico. No obstante, en aquellos casos en que el juzgador pretendiera invocar como apoyo de su decisión máximas de la experiencia, tendría que sujetarse a las reglas conocidas para justificar su racionalidad²⁹.

En suma, la capacitación debe ser una tarea impostergable para los juzgadores y para los órganos a los que corresponde capacitarlos en el ámbito federal. En torno a lo afirmado, y no obstante que se refiere al sistema de derecho inglés, son pertinentes en nuestro sistema de derecho procesal las doce proposiciones que, siguiendo a Roberts, dice William Twining debería contener un curso sobre la prueba, de los cuales deben destacarse, especialmente, los anotados con los números 3, 4, 6, 7, 9, 10 y 12³⁰.

²⁹Taruffo sostiene que al invocar las máximas de la experiencia deben tomarse en cuenta las reglas siguientes: "(...) no hay que atribuir a la máxima de la experiencia un valor cognoscitivo superior al del fundamento que tiene la máxima, sobre la base de las generalizaciones que se expresan en ella (...) si una máxima está enunciada en términos generales, un solo contraejemplo es suficiente para contradecirla, o al menos para demostrar que no tiene validez general (...) una máxima de la experiencia no puede emplearse si está contradicha por los conocimientos científicos disponibles. Está claro, en efecto, que el sentido común o la cultura media no pueden prevalecer sobre datos cognoscitivos científicamente confirmados (...) Esto implica que el campo de aplicación de las máximas de la experiencia está destinado a reducirse progresivamente a medida que las ciencias evolucionan y suministran conocimientos controlados utilizables judicialmente... no puede emplearse válidamente una máxima de la experiencia si —como sucede a menudo— la contradice otra máxima de la experiencia. Cuando esto sucede, ninguna de las máximas que entran en contradicción puede constituir un criterio admisible de valoración. Será necesario entonces buscar otra máxima —si existe— que tenga un fundamento más sólido y menos incierto, y que resulte más generalmente compartida en el ámbito de la cultura de referencia (...) La aplicación conjunta de estas reglas, negativas y positivas, ciertamente no garantiza de manera automática la certeza deductiva de las conclusiones que se derivan de inferencias basadas en máximas de la experiencia, y ni siquiera asegura la admisibilidad epistemológica de la mayor parte de las máximas que se emplean usualmente. Estas reglas, sin embargo, deberían permitir reducir en una medida significativa los errores que muy a menudo son el resultado del uso no crítico de las máximas de la experiencia". Vid. Taruffo, Michele, *op cit.*, nota 3, pp. 451-453.

³⁰(...) 3. El contexto teórico incluye cuestiones sobre epistemología, razonamiento inferencial y principios de moralidad política (incluyendo feminismo, análisis económico, teoría crítica y postmodernismo). 4. Las relaciones entre el análisis de hechos y las reglas de prueba necesitan ser clarificadas y tratadas como partes de un todo coherente. 6. La lógica de la prueba es un elemento importante para estudiar conceptos básicos del derecho probatorio, como por ejemplo, el testimonio de referencia (*hearsay*), los hechos notorios (*judicial notice*), la prueba de hechos similares (*similar fact evidence*), el prejuicio indebido (*prejudicial effects*) y el valor probatorio, las cargas y los estándares de prueba (al igual que estándares para otro tipo de decisiones) y las presunciones. 7. El tema cada vez más importante de la prueba científica y la prueba pericial (*expert evidence*) es un buen punto de referencia para abordar cuestiones epistemológicas centrales sobre la prueba. 9. A pesar de (8), los principios básicos del razonamiento y del análisis sobre cuestiones de hecho y conceptos básicos como relevancia, credibilidad y fuerza probatoria, son independientes del contenido (SCHUM) e independientes del contexto, dado que no sólo trascienden la división penal/civil, sino que viajan bien a través de las tradiciones jurídicas occidentales e incluso a través de barreras disciplinarias. 12. Las narraciones basadas en pruebas desempeñan un papel central en la construcción y presentación de argumentos sobre cuestiones de hecho. Vid. Twining, William, "De nuevo, los hechos en serio", *Revista Doxa, Cuaderno de Filosofía del Derecho* 32, España, 2009, pp. 324-325.

III. Necesidad de que los jueces establezcan estándares de la prueba

Si aceptamos que la capacitación en cuanto atañe a la valoración de las pruebas es indispensable, entonces sería posible que los jueces se encuentren en condiciones técnicas de elaborar estándares probatorios, tal y como el legislador lo impone, de modo que se pueda definir, sistemáticamente, cuándo debe considerarse probado un hecho, y en esa medida discutir si en el caso debe exigirse un estándar probatorio distinto al que rige en la materia civil (regido por la probabilidad lógica prevaleciente) o penal (más allá de toda duda razonable) o a un intermedio —como sucede en el derecho norteamericano, cuando se trata de la privación de la libertad de una persona sujeta a interdicción³¹, o si, debe construirse un estándar incluso diferente, que atienda a las circunstancias de cada asunto, de modo que en ciertos casos sea más riguroso que en otros, puesto que el legislador ha reconocido que los jueces deben construir tales estándares o guías, al señalarse:

Este proceso de adaptación, sin duda, puede resultar difícil al principio, pues quienes conforman el universo de los profesionales del derecho tendrán que dejar atrás concepciones previas que entran en conflicto con el tema que engloba las acciones colectivas.

Es decir, no ha sido una práctica regular que los tribunales mexicanos, en general, establezcan parámetros sobre los cuales se determine en qué casos concretos o bajo qué circunstancias un hecho debe estimarse demostrado, de manera que en la medida de lo posible permita construir un régimen probatorio racional, eliminando la eventual subjetividad en que el juez pudiera incurrir cada vez que valore pruebas.

En este sentido, tanto porque ese es el enfoque dado por el legislador a las normas que rigen a las acciones colectivas, y porque es acorde con la naturaleza y consecuencias que derivan de las decisiones que se emitan en los procedimientos relativos,

³¹En un caso que conoció la Corte Suprema, identificado como *Addington v. Texas*, en 1979, se estableció un estándar de prueba distinto, considerado intermedio, para decidir sobre la internación psiquiátrica de una persona contra su voluntad, según Antoine Garapon y Joannis Papadopoulos, en la sentencia redactada por el Presidente Warren Burger: "(...) Distinguiendo entre el uso punitivo y el uso no punitivo del poder estatal, la Corte rechaza el estándar "*beyond a reasonable doubt*", que no corresponde a una falta de certeza y a la posibilidad de falla del diagnóstico psiquiátrico". Esta solución hubiera impuesto "al Estado una carga de la prueba, la cual éste no podía satisfacer, y hubiera dado lugar a un obstáculo injustificado a un tratamiento médico necesario". De otro lado, el estándar "*preponderance of the evidence*" tampoco era adaptable a la materia porque obligaba al individuo a "compartir en igualdad con la sociedad el riesgo de error, mientras que el perjuicio que debería sumir sería mucho más grande que el del Estado". En suma, un estándar de preponderancia de la prueba "corría el riesgo de aumentar el número de individuos internados injustamente, mientras que un estándar de "más allá de una duda razonable" exageraba este peligro porque existen muchas posibilidades de control profesional de la internación psiquiátrica y los procedimientos de revisión en caso de internación injustificada son más flexibles que los procedimientos análogos en el contexto penal. La Corte tuvo cuidado en recordar que el estándar de la "*beyond a reasonable doubt*" es único, que hace "parte integrante de la fuerza moral del derecho penal", y debe, entonces, ser extendido lo menos posible a otros campos". *Vid.* Garapon, Antoine y Papadopoulos, Loannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Colombia, Legis, 2006, p. 123.

no hay duda de que es necesario un cambio de paradigma en la formación de los jueces de acciones colectivas, que incluso, al formularse estos patrones de actuación, pueden servir de modelo a seguir para otros jueces que conozcan de materias diversas a la que aquí se aborda.

1. La prueba científica: *aspectos generales*

Ya se ha adelantado desde la primera parte de este estudio las dificultades que inciden en el tema de la prueba científica, cuya importancia ha sido reconocida por los procesalistas más destacados, así como su complejidad, en cuanto al ámbito que comprende, y, de modo particular, en cuanto corresponde a su valoración, principalmente a partir del año 1993, en el que la Corte Suprema norteamericana resolvió el caso Daubert, con lo que prácticamente retomaron un cauce inusitado los estudios sobre esta prueba y su importancia en la decisión final.

En esta parte introductoria a los problemas esenciales que atañen a la prueba científica es importante retomar todo lo que se ha dicho acerca del tema de la motivación del juicio de hecho, porque en cuanto se vincula con la valoración de dicha prueba, poco explorada por los tribunales mexicanos, también se observa un problema serio de motivación, a partir de lo que ha ocurrido con la valoración de la prueba pericial, la que en una parte es científica, cuando intervienen en su formulación expertos o peritos en la ciencia (considerando que en los diversos ordenamientos procesales de nuestro país la prueba pericial “tendrá lugar en las cuestiones de un negocio relativas a alguna ciencia o arte, y en los casos en que expresamente lo prevenga la ley”: artículo 143 del CFPC), o bien, “La prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, mas no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios de los jueces.” (Artículo 346 del CPCDF). Es decir, la pericial puede revestir la naturaleza de prueba científica cuando lo que sea materia de experticia tiene que ver con conocimientos propios de una ciencia determinada, pero no lo será cuando se vincule con conocimientos propios de un arte, técnica, oficio o industria, ajenos a la ciencia, salvo que estén implicados conocimientos científicos –como, por ejemplo, el arte de que se trate, en sí mismo, puede ser objeto de estudio por la ciencia³².

³²Taruffo afirma que “(...) sólo cuando un elemento probatorio concreto deriva del uso de nociones de carácter científico en sentido estricto se puede hablar propiamente de prueba científica, mas no cuando se trata de conocimientos de carácter técnico (...)”. Vid. Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 20, p. 278.

2. La prueba científica: antecedentes

La doctrina procesal en nuestro país ha permanecido ausente de las discusiones y avances que sobre la prueba científica han existido en otros países, principalmente en los Estados Unidos de América, en donde han alcanzado un notable desarrollo, y cuyas implicaciones han rebasado sus fronteras, ciertos fallos de su Corte Suprema, los que han sido objeto de múltiples estudios por renombrados autores, como Michele Taruffo, quien por medio de su amplia obra jurídica ha despertado en México el interés en el estudio de esta prueba. Por este motivo, cualquier análisis serio que se pretenda realizar acerca de la prueba científica debe partir de la base del examen de los precedentes judiciales que en aquel país han establecido el estándar aplicable a ese medio de prueba.

En orden a lo anterior, previamente a conocer los criterios generales que delineó la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver en el caso Daubert, considero que es importante describir, siguiendo a Julio Pérez Gil, cuál era la situación prevaleciente en el derecho judicial norteamericano en torno a los requisitos acerca de la validez de la prueba científica. Así, según narra dicho autor, desde los años 80 del siglo XIX, la doctrina norteamericana venía advirtiendo del peligro de la fabricación artificiosa de los resultados pretendidos a través de lo que dio en llamar “ciencia basura” (*junk science*), cuyo argumento de fondo consistía en que el diálogo entre expertos solventes y pseudocientíficos (o meros charlatanes) en el proceso, daba lugar a que a estos últimos se les reconocía un lugar que no les correspondería, con lo que indebidamente podían alcanzar un peso en la decisión o una notoriedad injustificada.

Que en esas fechas los tribunales norteamericanos se venían sirviendo de dos criterios para decidir sobre la admisibilidad de los “testimonios expertos”: el primero, la pertinencia, en cuanto se determinaba si esos testimonios se referían a un hecho relativo al caso y que pudiera ser de utilidad para el jurado; y el segundo, la aplicación de la conocida como doctrina Frye, emanada de una sentencia de la Corte Suprema de 1923, en la cual se había sostenido que los métodos utilizados por el experto para formar sus conclusiones científicas deberían encontrarse entre los generalmente aceptados por la comunidad científica especializada (canon que había sido ampliamente criticado, sobre la base de que con arreglo a él se dificultaba la posibilidad de aceptar avances o descubrimientos científicos nuevos, no siempre legitimados por el consenso de la comunidad científica)³³.

El caso Daubert es un fallo paradigmático, calificado como un sintético tratado

³³Pérez Gil, Julio, *El conocimiento científico en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 100-102.

de epistemología, en el que se ponen de relieve los problemas esenciales que genera la entrada de la ciencia en el proceso y se sientan las bases a las que los jueces deberán atenerse para la admisibilidad de la prueba científica, que fundamentalmente podrá permitir distinguir entre la buena y la mala ciencia³⁴, y que consisten en los siguientes:

- a) la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba;
- b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada;
- c) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión; y,
- d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Las enseñanzas que derivan de Daubert son importantes y sin duda pueden ser seguidas por los tribunales, pero adaptadas a las reglas que rigen en nuestro sistema de derecho, de *civil law*, ya que procesalmente no deben atenderse con rigor al decidir sobre la admisibilidad de la prueba —su desechamiento podría surgir con motivo de que no tiene relación con los hechos controvertidos, pero no porque no sea fiable o porque no se cumplan los requisitos contenidos en ese estándar— sino porque se trata de aspectos que deben evaluarse en la sentencia, sujetos a un escrutinio minucioso del juzgador y a una motivación suficiente y completa, que justifique plenamente la aceptación o el rechazo de lo afirmado por el experto.

Tampoco se trata de una condición que deba examinarse, y menos con profundidad, en lo que concierne al procedimiento de acciones colectivas, cuando el juez requiera estudios o informes a los órganos y organismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 598 y 599 del CFPC, si su contenido versa, en todo o en parte, con cuestiones relativas a lo que pertenece a la ciencia —cuya calificación, como buena o mala ciencia, será un aspecto importante para el efecto de su valoración—.

Todo lo que la doctrina ha expuesto en torno a la importancia que implica el caso Daubert no puede ser soslayado, sino más bien impulsa fuertemente a continuar con los estudios en nuestro país sobre este tema; y, respecto a los tribunales, a desarrollar

³⁴De acuerdo con Pérez Gil, aunque Daubert sentó las nuevas bases del control de la ciencia en el proceso, al precisar los requisitos para su admisibilidad, existen otras dos sentencias posteriores en las que se reiteró tal decisión: en *General Elec. Co. v. Joiner*, en la que se debatió la discrecionalidad del juez en la determinación de ulteriores criterios de control, los eventuales abusos en la restricción de entrada de ciencia al proceso, los límites del control y si éste debe versar sólo sobre la metodología o también sobre las conclusiones; y en *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, la Corte Suprema determinó que los criterios de Daubert no sólo son aplicables a los conocimientos científicos, sino también a los de carácter técnico o meramente especializado, y dejaba un margen de apreciación al juez, limitado únicamente por el abuso en la discrecionalidad. A estos tres fallos se le conoce como “trilogía Daubert-Joiner-Kumho”, que marca las pautas sobre el alcance de la discrecionalidad del juez fijar criterios de control sobre la prueba científica —y técnica—, *Ibid.*, p. 105.

criterios creativos para aplicar de la mejor manera posible tal estándar. Pero la razón que más favorece para seguir esa postura es que el estándar establecido en Daubert ya no es ajeno a los tribunales mexicanos, en tanto que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha incorporado explícitamente en la tesis de rubro: “CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS. CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TENER PARA QUE PUEDAN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADO AL MOMENTO DE EMITIR SU FALLO³⁵”, en cuanto a las características que deben observarse al valorar la prueba científica, y a propósito del examen de la prueba de ADN, determinó —en consonancia con el criterio de la Corte Suprema norteamericana antes mencionado— que:

(...) para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características: a) Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y b) que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad; haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; se conozca su margen de error potencial y existan estándares que controlen su aplicación. Si la prueba científica cumple con estas características, el juzgador puede válidamente tomarla en cuenta al momento de dictar su resolución.³⁶

En la ejecutoria de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, de la que deriva dicho criterio, se señala que “la prueba de ADN se realiza a partir de la extracción de muestras de sangre o saliva tanto del presunto padre como del presunto hijo, para compararlas y determinar así las relaciones de filiación” y se describe el procedimiento que se sigue al realizarse una prueba pericial en genética (para determinar la relación de paternidad o maternidad). De acuerdo con ese procedimiento, se explica que el informe de prueba de paternidad determina los perfiles genéticos de la persona que participa en la prueba y el tamaño de los diferentes marcadores sometidos a prueba, es decir, establece una huella genética que contiene únicamente las informaciones sobre las secuencias de los marcadores; asimismo, se determina el llamado “índice de paternidad”, que consiste en una medida estadística cuyo objetivo es precisar qué tan

³⁵Tesis 1a. CLXXXVII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXV, marzo 2007, p. 258.

³⁶Jordi Ferrer asevera: “dado que el estándar científico de prueba, que exigirá un determinado grado de confirmación, no tiene por qué coincidir con el estándar jurídico, puede suceder que el grado de confirmación alcanzado no sea suficiente para considerar la hipótesis como probada científicamente, pero, en cambio, sí lo sea para considerar la hipótesis como probada jurídicamente (por aplicación del estándar de la probabilidad prevaleciente, por ejemplo).” *Vid. La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 48.

fuerte es la coincidencia entre los marcadores del presunto padre y del presunto hijo: “si los marcadores de ADN que se comparan no coinciden, entonces el presunto padre es excluido en un cien por ciento de la posibilidad de ser el ascendiente, pero si coinciden, se puede calcular una probabilidad que alcanza más del 99.99% de certeza.” Acorde con la naturaleza de dicha prueba, la Corte afirma que debido a ese grado de certeza, una prueba de ADN bien realizada es considerada como el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo —se trata del estándar aplicable a una clase de prueba que debe considerarse excepcional— porque existe un consenso general de que cuando se sigue el procedimiento relativo es altamente confiable, pero no sucede lo mismo con otras pruebas de carácter científico, en cuyo caso el juzgador deberá someterlas a un riguroso escrutinio, para determinar si satisface o no los requisitos mencionados.

Los estudios más recientes del derecho procesal, referentes a la valoración de la prueba pericial, más en el orden de la prueba científica, siguen la pauta establecida en el caso Daubert. Jordi Nieva Fenoll, por ejemplo, considera que el juzgador, al valorar dicha prueba, básicamente se debe centrar en los siguientes puntos: 1. Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional; 2. Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes; 3. Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica; 4. Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos³⁷.

3. La valoración de la prueba científica

El juzgador de acciones colectivas, dada la naturaleza de los derechos e intereses colectivos que debe proteger, derivado, en general, de relaciones de consumo de bienes o de servicios, públicos o privados, y medio ambiente (artículo 578 del CFPC), estará más vinculado con la prueba científica, lo cual puede suponerse desde que el legislador menciona, de modo específico, que para resolver el juez puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado de la ciencia —los

³⁷Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, pp. 295-297. En consonancia con esa misma tendencia, Rodrigo Rivera Morales afirma: “En la valoración el juez debe preguntarse: ¿qué conocimientos —presuntamente científicos— están de verdad dotados de validez científica? ¿Cómo contribuir fiabilidad a las opiniones que expresan los expertos en el proceso? ¿Qué criterios básicos ha de adoptar el juez en la valoración de las pruebas que involucran conocimientos científicos?”, *op. cit.*, nota 5, p. 271.

estudios estadísticos o actuariales podrán ser considerados prueba científica cuando se formulen mediante métodos científicamente controlados— puesto que “siempre que se pueda disponer de pruebas científicas éstas resultan preferibles al recurso a nociones no científicas, incontrolables y a menudo inaceptables, que forman parte del sentido común y de las máximas de experiencia que en él se fundan³⁸”, además de que pueden suministrar un grado de probabilidad más alto de certeza sobre los hechos controvertidos, y correlativamente, que sea menor la probabilidad de error en su determinación (lo cual no significa que no pueda haber errores).

La primera cuestión importante que debe despejarse, y en buena medida debe considerarse una de las grandes aportaciones derivadas del caso Daubert, es la identificación de parámetros para delimitar: qué conocimientos tienen el carácter de científicos y cuáles no lo tienen, lo cual debe incidir, poderosamente, en el peso que puede tener en la decisión final la opinión de un experto, ya sea que se apoye en unos o en otros conocimientos. En el primer caso, pueden existir más elementos que permitan llevar a cabo el control de la racionalidad de la argumentación y conclusiones desarrollada en el estudio, que, cuando satisface dicho estándar, debe constituir una prueba relevante para apoyar el sentido del fallo, independientemente de que no basta, de modo simple, que la prueba pase por el filtro de su científicidad para que, en automático, sin mayor reflexión, se le reconozca valor pleno, pues debe ser sujeta a un análisis riguroso del juzgador, que le permita ahondar en cuestiones tales como el mayor o menor prestigio de su autor, los fundamentos del dictamen y sus conclusiones, el cumplimiento de las condiciones que la materia exige y la observancia del procedimiento científico correspondiente. Pudiera ser, por ejemplo, que el estudio del experto verse sobre los principios de una “buena ciencia”, pero mal empleados, o utilizados deficientemente, o incluso, aunque tiene que ver con conocimientos científicos, quien la rinde no tiene los saberes profesionales adecuados o es palpable su ineptitud o su carencia de conocimientos en dicha ciencia, todo lo cual no puede pasar por alto el juzgador, para emitir la valoración de ese medio de prueba concreto.

La formación del juzgador de acciones colectivas, en lo que corresponde a la valoración responsable de la prueba científica, debe sustentarse en una preparación más sólida, en general, que paso a paso tienda a superar la cultura media que regularmente se atribuye a los jueces, como condición previa para la debida comprensión de conocimientos científicos y tecnológicos, que le dé el bagaje necesario para asumir una dirección plena del proceso en cuanto a las cuestiones probatorias, pues una preparación deficiente en esas áreas no puede ilustrarle para recabar la información conducente y formular las preguntas pertinentes, que tengan como resultado la ob-

³⁸Taruffo, Michelle, *La prueba*, op. cit., nota 20, p. 279.

tención de elementos científicos verdaderamente útiles al momento de la decisión final. En ese sentido, un juez informado podrá ordenar que en el informe se describa si la materia sobre la que se opina se satisfacen o no los requisitos que integran el estándar de la prueba científica, con la finalidad de facilitar el control sobre la materia de su exposición.

En torno a los riesgos y a los controles relativos a la valoración de la prueba científica, a partir de la práctica judicial norteamericana. Julio Pérez Gil³⁹ cuestiona:

(...) hay quien ve en ella el adecuado equilibrio entre las legítimas expectativas de los demandantes de obtener una justa compensación por el daño sufrido y las garantías de los fabricantes de no ser condenados con base en pruebas que carezcan del debido contraste científico. Pero hay también un numeroso sector doctrinal que aprecia que las trabas que se ponen a los demandantes en este tipo de procesos están alineadas cerrilmente con las conservadoras perspectivas de grandes corporaciones y de quienes, espoleados interesadamente por éstas, invocan reformas en materia de reclamaciones de daños y de pruebas.

En mi opinión, una capacitación sólida del juzgador (no sólo del que resuelve acciones colectivas) en materia de valoración de pruebas, particularmente de la fundada en la ciencia y en la tecnología, esto es, de los conocimientos básicos que todo juzgador debe adquirir sobre estos temas, así como de la prueba indiciaria, y una preparación adecuada en argumentación en materia de hechos (además de la propiamente jurídica —*quaestio juris*—), pueden garantizar, en mayor medida, que caso a caso, se les otorgue a esas pruebas la eficacia que racionalmente les corresponde, fuera de cualquier influjo externo de las partes o de terceros, y que a su vez funcione como criterio de control para revisar la decisión del juez en materia de hechos. Aunado a lo anterior, un control ético y jurídico de los peritos, que les vincule a un compromiso con la ciencia y la tecnología, y no al incentivo de satisfacer los propósitos de la parte que solicita su servicio, podría evitar que los riesgos que menciona Julio Pérez Gil, en la parte final del párrafo anterior, se presenten en nuestro caso.

La fuerte aceptación de la prueba científica y la fiabilidad que de ella deriva —cuando efectivamente se trata de estudios sobre lo que se reconoce como ciencia buena— particularmente en el caso de la prueba de ADN, conlleva el riesgo que Marina Gascón Abellán llama *sobreponderación* de su valor en la prueba del hecho principal, que el juez, al ejercer de modo informado y prudente su arbitrio judicial, puede superar cuando la examina rigurosamente, en el contexto general del caso, de las características particulares de la ciencia que esté en juego, del hecho principal que se pretenda demostrar, de la relación de la prueba científica con ese hecho, o bien,

³⁹Pérez Gil, Julio, *op. cit.*, nota 33, p. 106.

con los hechos secundarios, así como de la relación de esa prueba con los restantes medios de prueba.

Lo más importante es que el control sobre la fiabilidad de la prueba, de sus condiciones de validez y de su eficacia con los hechos controvertidos está a cargo del juzgador, de manera que la valoración será tanto más racional, cuanto más se apegue a los estándares que se han ido consolidando y pueda justificar el valor otorgado a esa prueba. Para cumplir este propósito valdría la pena seguir el consejo de Marina Gascón de actuar con cautela, pues aunque la prueba científica ha:

(...) incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, pero su valor en el proceso depende de que concurran las circunstancias que las hace válidas y de que sus resultados se interpreten correctamente. El perito tiene una responsabilidad al respecto: comunicar al juez, en los términos más rigurosos y claros posibles, el margen de incertidumbre de la opinión que emite. Pero es al juez a quien corresponde verificar la validez de las pruebas y atribuirles un valor en la decisión que debe adoptar. Una cierta formación del juez en esta materia parece, pues, necesaria⁴⁰.

Lo anterior debe relacionarse con lo que en múltiples estudios sobre esta prueba ha expuesto Taruffo acerca de la nula o deficiente preparación del juez para evaluar la prueba científica, poniendo en entredicho el carácter de *peritus peritorum* que al juez tradicionalmente se le ha atribuido, consciente de que el avance constante de la ciencia ocupa, en esa misma medida, el espacio en que el juez había dominado en sus decisiones basado en el sentido común, experiencia y cultura personal. Sin embargo, lo que dicho autor afirma es una paradoja, enseguida explica que es sólo aparente, ya que “cuando se afirma que el juez debe realizar una valoración autónoma acerca de la fiabilidad de la prueba científica no se pretende que deba transformarse en un científico —lo que evidentemente sería imposible— y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que se exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que debe juzgar⁴¹”.

⁴⁰Luis Eduardo Beade, Jorge Enrique, menciona que una de las conclusiones a las que llegó la subcomisión No. 2 (“prueba científica”), en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mar de Plata, fue la siguiente: “3. La preparación de los operadores jurídicos resulta fundamental, no sólo para el funcionamiento del sistema, sino además para ejercer el adecuado contralor de la producción de prueba científica, toda vez que los conflictos que puede generar su lenguaje, su tecnicismo, su alta especialización, y en definitiva su valoración, no deben ir en desmedro del legítimo derecho de defensa en juicio de los justiciables.” Consultado en el sitio <http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/defecto-y-exceso-en-la-prueba-cientifica/>

⁴¹Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 20, p. 294.

Al final de cuentas, el juez, en cuanto reside en él la decisión sobre la determinación de los hechos probados y el valor que le otorgará a todas las pruebas, incluyendo la prueba científica, sigue siendo el *peritus peritorum*, pero no cabe duda que su legitimación en una sociedad democrática, como órgano dotado de un poder jurisdiccional, sólo puede derivar de que en sus fallos justifique su actuación racionalmente, que manifieste el control que debe ejercer sobre la opinión de los expertos —en el análisis del procedimiento y de la validez del método utilizados, sus fundamentos y consideraciones— que a su vez permita que las partes o los órganos que en otras instancias revisarán su decisión, puedan llevar a cabo el adecuado control de esa específica determinación.

En efecto, aunque son múltiples las irregularidades que se advierten cuando se valoran estudios de carácter científico, al final de cuentas todas ellas se reflejarán en una deficiente motivación del juicio de hecho, en tanto habría que cuestionar qué razones, jurídicamente válidas, podrían aducirse para aceptar las consideraciones y conclusiones de un experto o grupo de expertos o para rechazarlas, cuando no se conoce, con suficiencia, sobre lo que se está decidiendo, a pesar de que se trata de una prueba que, debido a su complejidad, exige una especial motivación en su análisis y calificación jurídica⁴².

Por tanto, no es admisible la valoración de la prueba científica que se sostenga en una motivación implícita, de manera que el juez remita a los fundamentos y conclusiones del experto, porque entonces realmente no existirá motivación al respecto; ni la que lo sea de forma incompleta, porque no atienda a los elementos relevantes aportados por el experto, o insuficiente, en cuanto que no exponga el juez todas las razones, jurídicamente válidas, para acoger o rechazar lo propuesto por el perito.

Tampoco puede aceptarse que sea racional la motivación que sólo se apoye en el estudio científico, en correlación con el hecho, principal o secundario, que se trata de demostrar, porque sólo a partir de identificar esa vinculación, podrá corroborarse el resultado de dicha prueba con el que provenga de las restantes, que conduzcan o no, integralmente, a verificar la certeza probable de los hechos.

En este sentido, ha de concluirse, con Esteve Pardo, que no es una buena solución entregar “la decisión a la ciencia, renunciando a la construcción de fórmulas de decisión acordes con los requerimientos y objetivos propios del derecho”⁴³, sino con

⁴²“El juez debe, empero, enunciar los criterios con base en los cuales ha formulado su propia interpretación y valoración de los datos y de las informaciones científicas que el experto ha sometido a su atención. En particular, el juez debe justificar con argumentos oportunos el juicio que ha formulado sobre la admisibilidad de la prueba científica, la relevancia que ésta tiene para la determinación de los hechos de la causa y el grado de confirmación probatoria que la prueba ofrece para la decisión sobre los hechos, incluso desde el punto de vista de la satisfacción o falta de satisfacción de los estándares probatorios que se aplican en los distintos tipos de proceso.”, *Vid.* Taruffo, Michele, *op. cit.*, nota 3, p. 478.

⁴³Pardo Esteve, José, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante la incertidumbre de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 153.

apoyo en la ciencia desarrollar y avanzar en la aplicación e interpretación del derecho.

En suma, el resultado de una prueba de esta naturaleza, cuando cumpla los requisitos que integran el estándar científico, no necesariamente tendrá como consecuencia que el juez la considere, sin mayor reflexión, como suficiente para demostrar la pretensión deducida. Aunque es cierto que en esas condiciones puede ser determinante y gozar de un peso mayor al que suministran otras pruebas (como la testimonial o documental privada), su valor debe ser apreciado en el contexto del proceso en que se recibió, conforme a los hechos controvertidos, su relación con esos hechos, si son principales o conexos, e incluso si se recibió la prueba científica respecto de otras cuestiones litigiosas, entre otros elementos que se pueden presentar, lo que inexorablemente da lugar a concluir que el resultado de una prueba científica no puede ser tratado como una pieza aislada, sino como la parte de un todo, más pequeño o más grande, más o menos determinante, que deberá ser evaluado por el juzgador y especialmente motivado.

En el camino por encontrar el método óptimo para la valoración de esta prueba, se deben tomar en cuenta los errores o dificultades que en otros sistemas judiciales, como el norteamericano, se han advertido, con el fin de buscar la manera de no repetirlos o de superarlos en la práctica judicial de nuestro país. Por ejemplo, Nofre Gil⁴⁴, profesor de la Universidad de las Islas Baleares, en España, describe la obra de Carl Cranor, *"Toxic, Torts. Science, Law, and the Possibility of Justice"*, quien al analizar el sistema legal que regula los juicios por daños y perjuicios (de sustancias tóxicas), destaca que cuando se trata de la valoración de la prueba científica, los principales problemas a que se enfrentan los jueces es que deben decidir sobre cuestiones que no les son fácilmente accesibles y que no están entrenados en esas áreas científicas, a pesar de que la principal función del juez es determinar qué tipo de pruebas científicas son pertinentes a la hora de establecer si una determinada sustancia es la causante del daño sufrido por el demandante.

Por ello, Cranor formula los siguientes cuestionamientos a las decisiones judiciales en esta materia:

1. Algunos jueces han tenido la tendencia de adoptar indicadores demasiado simples de lo que constituye un correcto razonamiento científico (deberíamos preguntarnos, a partir de nuestra escasa experiencia en esta materia, qué indicadores o parámetros son los conducentes para identificar los razonamientos científicos, si es necesario conocer sus características, si es recomendable aplicarlo en las decisiones judiciales y si es así qué conocimientos se requieren para interpretarlos de la mejor manera posible).

⁴⁴Consultado en el sitio <http://www.scielo.org.ar/pdf/cts/v4n11/v4n11a13.pdf>.

2. Dan demasiada importancia a los estudios epidemiológicos y en general han optado por estándares de significación estadística muy elevados, lo cual conduce a ignorar o minusvalorar el resto de tipos de estudios científicos (estructura molecular, de casos y de animales de laboratorio). En mi opinión, esta observación debe enfrentarnos a definir, en el derecho mexicano, qué estándar debe fijarse a las pruebas estadísticas, bajo qué parámetros debe ser evaluada, si debe distinguirse la aplicación de esta prueba según el caso y el procedimiento a seguir —de modo que pueda utilizarse un estándar variable— y como debe armonizarse con el resto de las pruebas, para determinar la debida dimensión del peso que debe tener, así como el que le corresponda a las otras pruebas, particularmente de carácter científico, de acuerdo con su real valor. Gidi, al estudiar la *class action* en el derecho norteamericano, considera a la prueba estadística o por muestreo como un instrumento especialmente relevante en el caso de la responsabilidad civil causada masivamente por productos químicos, para demostrar la relación causal entre el producto y el daño sufrido, así como la posible distribución de la responsabilidad proporcional de cada demandado⁴⁵.
3. No suelen dar la relevancia que le corresponde a los estudios en animales, diciendo que las especies de laboratorio son demasiado diferentes de la nuestra para que puedan ser útiles en la determinación de la toxicidad de una sustancia concreta. Sin embargo, según la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, los estudios realizados en animales son los mejores medios para evaluar los riesgos que comportan las sustancias tóxicas para los humanos (considero que esta objeción puede superarse mediante una preparación en ciencia que suministre la información necesaria de los estándares que en cada rama de la ciencia existen en cuanto a los métodos, procedimientos, manuales o protocolos que cada una de ellas sigue para reconocer y certificar los nuevos descubrimientos, así como los organismos nacionales e internacionales creados con ese propósito).
4. Se analizan las pruebas por separado, lo que es contrario a la buena práctica científica médica, ya que es importante no ignorar ninguna prueba, por irrelevante que pueda parecer. En este sentido, afirma que los tribunales han dado poca importancia a la información de la estructura química de las diferentes sustancias por el simple hecho de que no son guías matemáticamente precisas para determinar la toxicidad, no obstante que se trata de pruebas que en combinación con otras pueden contribuir a establecer la causalidad de una determinada sustancia.

⁴⁵Gidi, Antonio, "Notas críticas al proyecto", *op. cit.*, en nota 9, pp. 408-409.

Como se apuntó en la primera parte de este trabajo, el estudio conjunto, que esconde las propiedades de cada prueba, es un vicio frecuente en los fallos judiciales, de manera que esta última objeción no es ajena a nuestras prácticas. Sin embargo, habría que reiterar lo que en aquella parte se adujo y añadir que el estudio conjunto de las pruebas, en el sentido procesalmente adecuado, no debe dejar de lado ningún aspecto, sobre todo cuando en esos casos de daños pueden ser problemáticos, no sólo para demostrar la existencia de la pretendida causa de los daños y sus efectos, sino del nexo causal entre uno y otro aspectos, tanto en lo que corresponde a la causa general como a la causa individual (que una empresa, al arrojar sus desechos químicos, contaminó el agua de un río —nexo causal general— que las personas que la consumieron contrajeron enfermedades precisamente por el consumo de esa agua —nexo causal individual⁴⁶).

La demostración de esas pretensiones corresponde a dos etapas diferentes: la comprobación de la causa general debería probarse en la primera etapa del proceso y la causa individual en la segunda, que atañe a la liquidación individual, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 601 del CFPC. A partir de las pruebas disponibles, o de los avances científicos con que se cuenta, puede haber o no pruebas suficientes para demostrar que es probable, o que no lo es, o altamente probable, según el estándar que se exija, que los hechos en que se sustentan aquellas pretensiones han sido probados.

El Dr. Gustavo Sevlever, sobre el tema de la relación entre el uso de los teléfonos celulares y el cáncer, en su artículo “El uso de los teléfonos celulares y los tumores cerebrales”⁴⁷, afirma: “(...) no tenemos evidencias firmes al día de hoy que vinculan los teléfonos celulares con los tumores cerebrales, ni desde los mecanismos patogénicos, ni desde los ensayos animales ni desde los estudios epidemiológicos, al menos en la escala temporal planteada hasta ahora (...)”. Es decir, ni cuando se decidió el caso Motorola ni ahora existe base científica que pudiera sustentar una pretensión colectiva de esa naturaleza, de modo que si se presentara en nuestro país una demanda con ese mismo propósito, con apoyo en los elementos científicos disponibles en este momento debería ser desestimada, pero quedaría latente la posibilidad de un diverso planteamiento judicial si más adelante aparecieran nuevos descubrimientos científicos.

⁴⁶Sobre el tema del nexo causal y sus implicaciones, ver Taruffo, *op. cit.*, nota 20, pp. 251 y 256.

⁴⁷Al comentar el caso Motorola (que en el año 2000 inició Christopher J. Newman, médico neurólogo de Baltimore, diagnosticado con un tumor cerebral, contra dicha empresa, fabricante del aparato telefónico utilizado por el Archivo de Neurología, Neurocirugía y Europsiquiatría, al considerarla responsable de su patología, debido a que: “(...) el tumor es el resultado directo y próximo de una condición defectuosa, irracional y peligrosa que el fabricante no supo advertir o prevenir”, pero fue rechazado por la Corte, el 1° de octubre del 2001, sobre la base de que no se cumplió el estándar (Daubert) para la admisión de la evidencia científica), Revista “Archivos de Neurología, Neurocirugía y Neuropsiquiatría”, vol. 12, núm. 2, 2008, publicada en el sitio web: <http://www.annyn.org.ar/dspace/handle/123456789/57>.

cos que cumplieran los requisitos que integran el estándar de la prueba científica⁴⁸.

IV. Conclusión

Lo que se ha descrito sobre las dificultades que encierra la prueba científica son cuestiones a las que se habrá de enfrentar generalmente el juez que decida acciones colectivas, en cuanto se trata de un sector del derecho donde con más frecuencia se ventilarán problemas procesales de este tipo. Esto es, habrá de resolver si lo que le proponen las partes como prueba científica efectivamente lo es, porque se discuten aspectos que pertenecen o no a la ciencia; cuándo, quién y bajo qué condiciones puede afirmar, con autoridad reconocida, lo que es ciencia y lo que no lo es; si el estándar establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la base del estándar norteamericano, es aplicable cuando la prueba tiene que ver con la ciencia en general, o sólo atañe a las ciencias duras y no a las ciencias sociales o del espíritu; si la valoración de la prueba científica amerita una motivación reforzada, exige superar la cultura media de los jueces y capacitarlos especialmente en el ámbito de la ciencia, en cuyo caso habría que discutir qué conocimientos científicos, necesariamente, deben formar parte de su patrimonio cultural.

Referencias

Bibliográficas

Aliste Santos, Tomás Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Cabrera Acevedo, Lucio, *La tutela de los intereses colectivos o difusos*, en XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, UNAM, 1993.

Capelletti, Mauro, *La protección de los intereses colectivos o difusos*, México, UNAM, 1993.

⁴⁸El CFPC no dice que en un caso así no existe cosa juzgada, a diferencia del Código Modelo, que en el artículo 26, fracción I, expresamente permite un nuevo proceso por insuficiencia de pruebas en uno anterior, cuando existen nuevas pruebas, en la hipótesis de intereses o derechos difusos. Sin duda, los nuevos avances en la ciencia o tecnología podrían constituir motivo suficiente para promover nuevamente una demanda colectiva, previamente desestimada por insuficiencia probatoria. Una interpretación abierta y flexible, y el recurso al derecho comparado, podría servir de base para asumir en el derecho mexicano una conclusión semejante a la que se prevé en el Código Modelo. Sobre este tema, véase Gidi, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", en Ferrer Mac-Gregor, *La tutela de los derechos...*, op. cit., nota 9, pp. 261-295.

Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Oliva Santos, Andrés de la, *Derecho procesal civil*, 3ra. ed, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.

Damaska Mirjan, R., *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Chile, Editorial Jurídica, 2000.

Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba 1 y Tratado de la prueba 2*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Prueba y verdad en el derecho, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2004.

Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Colombia, Legis, 2006.

Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Proceso, prueba y estándar, Perú, 2009.

Geoffrey C., Hazard, Jr. Y Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, Navarra, Aranzadi, 2006.

Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil* (Lucio Cabrera Acevedo, trad.), 2ª. ed, México, Porrúa, 2004.

Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, Porrúa, 2004, pp. 411-412.

Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código modelo de procesos colectivos: un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, 2008.

Procesos colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, 2º. ed., México, Porrúa, 2004.

La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales, homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, México, Porrúa, 2004.

Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra, 2009.

Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación Jurídica. Estudios Prácticos*, México, Porrúa, 2011.

López Sánchez, Javier, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Granada, Editorial Granada, 2011.

Malem Seña, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008.

Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica procesal*, Barcelona, Bosch, 2012.

Nieva Fenoll Jordi, *La valoración de la prueba*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

Oteiza, Eduardo (coord.), *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

Ovalle Favela, José, *Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXXVI, núm, 107, mayo-agosto de 2003, pp. 587-615.

Pardo Esteve, José, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante la incertidumbre de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Parra Quijano, Jairo, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, Colombia, Temis, 2004.

Pérez Gil, Julio, *El conocimiento científico en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Rivera Morales, Rodrigo, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

Sánchez López, Alejandro, “Interpretación y argumentación con perspectiva de género: su justificación y el control de la racionalidad de su ejercicio”, en *Control de Convencionalidad para el logro de la igualdad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. III, 2012, pp. 231-269.

Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

La prueba, Barcelona, Marcial Pons, 2008.

La prueba de los hechos, Madrid, Trotta, 2005.

Páginas sobre justicia civil, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Bogotá, Colombia, Temis, 2006.

Twining, William, *Derecho y globalización*, Colombia, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho-Atelier, 2003.

Hemerográficas

Cappelletti, Mauro, “La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil”, *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Nacional Autónoma de México, núm., 105-106.

“Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, en *Boletín de Derecho Comparado*, México, Nueva serie, año XI, núm. 32-31, enero-agosto de 1978.

Ejecución y participación del consejo de la judicatura federal

Sergio Ibarra Valencia*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las acciones colectivas y su ejecución*. III. *Contenido de la sentencia sujeta a ejecución*. IV. *Ejecución de la sentencia en la acción difusa*. V. *Participación del Consejo de la Judicatura Federal a través del Fondo*. VI. *Ejecución de la sentencia en la acción colectiva en sentido estricto e individual homogénea*. VII. *Incidente de liquidación*. VIII. *Medios de apremio para hacer efectivo el cumplimiento*. IX. *Gastos y costas*. X. *Conclusiones*.

I. Introducción

Este trabajo tiene por finalidad realizar un estudio y análisis de la ejecución en las acciones colectivas, es decir, los mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento del contenido de la sentencia derivada de una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea; la intervención del Consejo de la Judicatura Federal mediante la administración del Fondo previsto en la ley, y el procedimiento del incidente de liquidación, establecido para que cada miembro del grupo o colectividad pueda obtener la indemnización correspondiente a la afectación demostrada. Además, será objeto de desarrollo los distintos medios de apremio con los que cuenta el juzgador para hacer cumplir sus determinaciones, dentro de la etapa de ejecución forzosa; así como el pago de gastos y costas.

Para ello, el marco referencial normativo aplicado será, principalmente, el contenido del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles¹, que introduce la tutela de los derechos difusos y colectivos en el país, con posterioridad a la reforma del artículo 17 constitucional que incorporó la figura jurídica de las acciones colectivas al sistema jurídico mexicano², asimismo, se realizará en la medida de lo posible, un comparativo de los preceptos legales conducentes de dicho ordenamiento, con los

*Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región (Saltillo) con jurisdicción en toda la República.

¹Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta de agosto de dos mil once.

²Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de julio de dos mil diez.

artículos respectivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y del Código de Proceso Civil Colectivo, corresponde este último a una propuesta del distinguido Doctor Gidi de modelo para regular y uniformar los distintos tipos de acciones colectivas en países cuyas tradiciones se derivan del derecho continental europeo.

II. Las acciones colectivas y su ejecución

Existe un mandato constitucional de que las leyes federales y locales establezcan los medios necesarios para la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales³; lo cual es un claro reflejo de la importancia de la ejecución, casi en igual medida que la propia sentencia. En sentido amplio, la ejecución de sentencia se puede definir como el cumplimiento o satisfacción de una obligación, cualquiera que sea la fuente de que proceda —contractual, legal o judicial—⁴ es decir, hacer efectivo el contenido de lo en ella ordenado⁵; así, en el ámbito jurisdiccional, se pueden distinguir dos formas de dar cumplimiento: la voluntaria, cuando el obligado cumple espontáneamente; y la forzosa, cuando el cumplimiento se alcance por medios legales con independencia o en contra de la voluntad del obligado, en esta última se trata de dar efectividad material al acto de voluntad del juzgador expresado en la sentencia y para ello se hace necesario la realización de una serie de actos procesales. De esta manera, si el obligado por una sentencia no cumple voluntariamente con lo ordenado por el tribunal, se iniciará la vía de apremio⁶.

Por tanto, en sentido estricto, el procedimiento de ejecución constituye el conjunto de actos dirigidos a lograr la satisfacción coactiva de una sentencia de condena, ante la falta de cumplimiento voluntario de la parte vencida, destacando que serán objeto de ejecución aquellas sentencias que se encuentren firmes y definitivas (cosa juzgada).

En este contexto, aun cuando las ideas anteriores corresponden a la ejecución dentro de una concepción tradicional del derecho procesal—individualista—; también son la base para emprender el estudio y análisis de la ejecución de sentencias dictadas dentro de acciones colectivas, sin que ello signifique no reconocer que existen importantes diferencias, entre ambos tipos de ejecuciones.

³Artículo 17(...) *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 (...).*

⁴*Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, 4a. ed. México, Porrúa, 1991, p. 1457.

⁵Jurisprudencia 1a./J. 28/2010, contradicción de tesis 40/2009, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXI, mayo de 2010, materia civil, Registro IUS: 164639. "AMPARO INDIRECTO. ES IMPRUDENTE CONTRA ACTOS DICTADOS DEPUÉS DE CONCLUIR EL JUICIO EN FASE DE CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE LA SENTENCIA".

⁶*Idem.*

El artículo 607 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que en la sentencia dictada dentro de un proceso colectivo, el juez deberá fijar al condenado un plazo prudente para su cumplimiento, tomando en consideración las circunstancias del caso; además, tendrá que precisar los medios de apremio que deban emplearse ante un incumplimiento de la misma⁷, cuestiones que generan una mayor certeza y seguridad jurídica para la posterior etapa de ejecución. No obstante, para determinar este plazo, el juzgador debe tomar en cuenta, que lo va a computar a partir de que se tenga una sentencia firme en el proceso colectivo; es decir, acorde con el diverso numeral 614 nos encontremos ante una sentencia no recurrida con efectos de cosa juzgada, que hayan transcurrido los cuarenta y cinco días hábiles siguientes con los que se cuenta para interponer el recurso de apelación, el medio de impugnación que podrá promoverse en las hipótesis contenidas en el artículo 609 del señalado ordenamiento; o habiéndose interpuesto éste, exista una resolución que permita ejecutar la sentencia.

Por otro lado, ante la existencia de una sentencia firme y el no cumplimiento por parte del condenado, dentro del término considerado por el juez de Distrito, en atención a las circunstancias del caso, el juzgador hará cumplir su determinación a través de los medios de apremio previstos en la ley, y que previamente haya dispuesto dentro de la propia sentencia. Lo cual, nos da la idea de un deber procesal por parte del juez.

III. Contenido de la sentencia sujeta a ejecución

Según Carnelutti, con relación al contenido de la sentencia en cualquier proceso, la regla es que el pronunciamiento de fondo sea total y, por tanto, tenga el carácter de definitivo, en cuanto termine y cierre el proceso, y que el juez se debe pronunciar sobre toda la demanda a fin de acoger o rechazar las conclusiones propuestas por cada una de las partes⁸; concepción que reviste importancia si nos ubicamos en el artículo 603 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece que las sentencias dictadas en los procesos colectivos deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho; resultando evidente que dicho precepto legal continúa con la tradición del derecho procesal de consagrar los requisitos de congruencia y exhaustividad que toda resolución debe contener, de conformidad con los principios de legalidad y seguridad jurídica previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales. Por otro lado, si la legislación de la materia indica que la acción colectiva puede tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena; se advierte que las

⁷ Artículo 607. *La sentencia fijará al condenado un plazo prudente para su cumplimiento atendiendo a las circunstancias del caso, así como los medios de apremio que deban emplearse cuando se incumpla con la misma.*

⁸ Citado por Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2004, p. 357.

sentencias que se dicten en dichos procesos colectivos, pueden precisamente tener dichos efectos legales. Sin embargo, es conveniente aclarar que en este trabajo, sólo nos concentraremos en las resoluciones de condena, al ser éstas las que pueden ser objeto de ejecución, no así las meramente declarativas o constitutivas, con efectos diversos.

En este contexto, el artículo 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles señala los distintos derechos que se pueden tutelar a través de las acciones colectivas —derechos e intereses difusos y colectivos; y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva—; en relación a ello, el diverso 581 establece cuál será el objeto de cada una de las acciones, al contemplar que la acción difusa 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. En tanto que, la acción colectiva en sentido estricto, tendrá por finalidad 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. Finalmente, el objeto de la acción individual homogénea, es el de reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Así, el contenido de la sentencia sujeta a ejecución en cada una de las acciones acorde con el derecho tutelado, será el siguiente:

Acción	Derechos tutelados	Contenido de la sentencia
Difusa	Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes (artículo 580, fracción I).	Restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación (realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas) o cumplimiento sustituto ⁹ .
Colectiva en sentido estricto Individual homogénea	Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho (artículo 580, fracción II).	Realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, y cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo ¹⁰ .

IV. Ejecución de la sentencia en la acción difusa

En este tipo de sentencias, el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, es decir, a la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas. Al respecto, Ovalle Favela señala que la orden de hacer o no hacer en una sentencia debe definir de manera precisa la conducta a cumplir para proteger el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la acción¹¹.

Con el objeto de ejemplificar la obligación por parte del demandado de realizar

⁹Artículo 604. *En acciones difusas el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas.*

Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. En su caso, la cantidad resultante se destinará al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título.

¹⁰Artículo 605... *En el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo.*

¹¹Ovalle Favela, José, *Acciones populares y acciones para la tutela de los derechos difusos y colectivos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 107, mayo-agosto de 2003, p. 600.

determinadas conductas o abstenerse de hacerlo, es oportuno transcribir, en parte, los resolutivos de la sentencia T-880/06 dictada en la Acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí, emitida por la Corte Constitucional de Colombia¹², que en lo conducente son del tenor literal siguiente:

(...) Segundo. ORDENAR a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S. A. suspender las actividades exploratorias...

Tercero. ORDENAR a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia consultar a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí, de buena fe, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, su presencia en la zona de influencia...

Cuarto. ORDENAR a los Ministerios de Defensa Nacional y de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial emitir las órdenes y adelantar los controles y apoyo necesarios, dentro de sus competencias, con el fin de que la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la exploración... se cumpla efectivamente. (...).

De la anterior resolución emitida en el contexto de la legislación colombiana, se logran advertir los posibles alcances del cumplimiento y ejecución de una sentencia condenatoria de hacer y no hacer, derivada de acción difusa tramitada conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano.

Es pertinente mencionar con relación al tema, que un sector importante de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión criticó seriamente la iniciativa del proyecto de reforma, enviado por el Senado, en relación al contenido de las sentencias emitidas en las acciones difusas, ante la convicción de que era limitada la sanción del culpable a la restitución del daño, al obligársele solamente a realizar una o más acciones o abstenerse de realizarlas; sin contemplar nada, respecto a la posibilidad de condenar al pago de daños y perjuicios ocasionados a la colectividad, como pudiera ser lo relativo al daño moral¹³; sin embargo, al final, en la norma aprobada no se previó la posible condena al pago de daños y perjuicios.

Ahora bien, se puede presentar el supuesto de que no sea posible efectuar las acciones o abstenciones determinadas por el juez de Distrito en la acción difusa; entonces, el juzgador deberá condenar al cumplimiento sustituto, es decir, al pago pecuniario —por regla general— de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad.

¹²Sentencia T-880/06 del Tribunal Constitucional de Colombia en la acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí contra el Ministerio del Interior y de Justicia y otros, consultado en el sitio http://www.urosario.edu.co/urosario_files/15/1596938e-83fa-447a-bd5d-53ea61eacbc8.pdf [fecha de consulta 12 de mayo de 2012].

¹³Discusión de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, D.F., 28 de abril de 2011, versión estenográfica, <http://sij02.scjn.pjf.gob.mx/LeyesFederales/Default.htm> [fecha de consulta 09 de mayo de 2012].

V. Participación del Consejo de la Judicatura Federal a través del Fondo

En el supuesto de que el juez condene al cumplimiento sustituto, ante la imposibilidad del demandado de realizar o abstenerse de realizar determinada conducta, el artículo 604 del Código Federal de Procedimientos Civiles prevé la existencia de un fondo, el cual se formará con los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas, y será administrado por el Consejo de la Judicatura Federal.

De acuerdo, con el diverso numeral 625 del citado ordenamiento, los recursos de este fondo deberán ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, en general; así como al pago de los honorarios de los representantes de la parte actora, cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo –pero sin limitar– las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva; además, los recursos podrán ser utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos. Sin embargo este destino impide que tales recursos tengan una relación más directa con el objeto de tutela de la acción colectiva difusa, porque debió destinarse a la prevención, remediación, restauración o compensación del daño al bien de interés general¹⁴.

En el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, se contempla la existencia del Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, institución que aun cuando es similar a la nuestra, tiene diferencias sustanciales, entre estas, se encuentra lo relativo a que mientras el nuestro es administrado exclusivamente por el Consejo de la Judicatura Federal, aquél lo es por un Consejo Gubernamental, del que participan necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad¹⁵. La decisión del Congreso de la Unión para determinarlo así, en gran parte implica una justificación filosófica-moral sobre la credibilidad de ciertas instituciones dentro del país; ello además, si recordamos la determinación del constituyente permanente al reformar el artículo 17 constitucional, de limitar la competencia para conocer de los procedimientos y mecanismos de acciones colectivas, a conocimiento exclusivo de tribunales federales¹⁶.

¹⁴López Ramos, Neófito, “Breve análisis de la regulación de las acciones colectivas”, en Revuelta Vaquero, Benjamín, López Ramos, Neófito, *Acciones Colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, México, 2012, Porrúa, p. 78.

¹⁵García Medina, José Miguel, “Notas sobre la ejecución colectiva a la luz de la propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 243.

¹⁶La atribución del Consejo de administrar el Fondo, se relaciona con la fracción XLII del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que señala que es atribución de éste, 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.

Otra característica diferenciadora, es la relativa a que en el fondo del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, los recursos son destinados a la reconstitución de los bienes perjudicados; la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita; y otras actividades que benefician el bien jurídico perjudicado¹⁷.

En este punto es importante destacar, el papel o rol que juega el Fondo de los Derechos de Grupo en el Código de Proceso Civil Colectivo, al ser notificado de la presentación de cualquier acción colectiva y sobre las decisiones más importantes en estos procesos, y poder intervenir en los procesos colectivos en cualquier momento e instancia procesal para demostrar la inadecuación del representante o para auxiliario en la tutela de los derechos del grupo¹⁸. Aspecto que se pudiera llegar a considerar en la evolución mexicana del fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal.

Por otra parte, se prevé en el artículo 626 del Código Federal de Procedimientos Civiles la obligación del Consejo de la Judicatura Federal de divulgar anualmente el origen, uso y destino de los recursos del fondo; lo que suponemos obedece a un deber de transparencia al tratarse de información pública en poder de un órgano federal, a causa del ejercicio de sus funciones como ente del Estado¹⁹.

VI. Ejecución de la sentencia en la acción colectiva en sentido estricto e individual homogénea

Por lo que se refiere a las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme al incidente de liquidación previsto en la ley.

Se precisa que lo relativo a la obligación de hacer o no hacer, ya no será objeto de estudio, al haberse abordado en el apartado anterior; en tanto que, en relación a la segunda forma de reparación, es importante puntualizar que para una parte de la doctrina, en las acciones colectivas existe una ruptura con la concepción tradicional

¹⁷Cruz Arenhart, Sergio, en Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, México, 2008, Porrúa, p. 163.

¹⁸Artículo 24.3. Fondo de los Derechos de Grupo, *Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil*, Practica. Derecho de daños, Número 11, diciembre 2003.

¹⁹Tesis Aislada 2a. LXXXVIII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 463, registro IUS: 164032 de rubro: INFORMACIÓN PÚBLICA. ES AQUELLA QUE SE ENCUENTRA EN POSESIÓN DE CUALQUIER AUTORIDAD, ENTIDAD, ÓRGANO Y ORGANISMO FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL, SIEMPRE QUE SE HAYA OBTENIDO POR CAUSA DEL EJERCICIO DE FUNCIONES DE DERECHO PÚBLICO.

en materia de daños, según la cual el *daño resarcible* es solamente el *sufrido* por la parte en juicio; aquí, en cambio, a efecto de que la tutela sea eficaz, el daño a ser resarcido debe ser el daño global *causado* por el demandado²⁰. Así, el juez permitirá que se exijan daños y perjuicios con base en el principio del daño causado y no únicamente del daño sufrido, es decir del daño global, para evitar que cada individuo tenga la carga de exigirlos judicialmente²¹, durante el proceso.

El referido principio ha sido la base de las acciones de grupo y de las *class actions*, que han tenido buenos resultados en Estados Unidos y en las provincias de Canadá, donde las indemnizaciones se calculan a partir del daño causado por el actor y no por el daño sufrido por el reclamante o víctima personal de la contaminación²².

Sin embargo, la legislación mexicana adoptó un sistema distinto, pues aun cuando durante el proceso no es necesario ofrecer y desahogar pruebas de manera individualizada por cada uno de los miembros de la colectividad²³, sino que es suficiente la demostración del *daño causado* por conducto del representante común, para que se haga una condena genérica en la sentencia; lo cierto es que para efectos de su cuantificación, es necesario que en el incidente de liquidación respectivo, se pruebe el *daño sufrido* en forma individual.

Por lo que en México, al igual que en el derecho brasileño, la sentencia dictada en una acción colectiva en sentido estricto e individual homogénea, se limita a declarar la responsabilidad genérica del demandado sin cuantificar el daño causado²⁴. Ello, porque de acuerdo a nuestra legislación, en este tipo de resolución, el juez deberá establecer en la sentencia, los requisitos y plazos que deberá cumplir cada miembro del grupo para promover el incidente de liquidación, donde deberán probar el daño sufrido.

Sobre dicho tópico, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo 15/2009, derivado de una acción de grupo²⁵ promovida por consumidores afectados por la construcción defectuosa de un fraccionamiento en un municipio del Estado de Chihuahua, determinó que la autoridad responsable debía condenar a la empresa constructora al pago de daños y perjuicios en vía incidental, a todos los perjudicados en forma directa o indirecta²⁶.

²⁰Cappelletti, Mauro, *La protección de los intereses colectivos o difusos*, XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, México, UNAM, 1993, p. 251.

²¹Cabrera Acevedo, Lucio, *La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio mexicano*, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, México, t. XXXIII, núms. 127-129, enero-junio de 1983, p. 251.

²²*Ibid.*, p. 231.

²³Artículo 601. *No será necesario que la parte actora ofrezca y desahogue pruebas individualizadas por cada uno de los miembros de la colectividad...*

²⁴Artículo 95. *En caso de procedencia del pedido, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados.* Ley No. 8,078 del 11 de septiembre de 1990 (Código del Consumidor Brasileño).

²⁵Regulada por la Ley Federal de Protección al Consumidor.

²⁶Amparo Directo 15/2009 (Ponente Ministro José Ramón Cossío Díaz). Consultado en el sitio http://sncecdj.ijf.cjf.gob.mx/doctos/accionescolectivas/docs/da15-09_profeco_acces_colec_notas.pdf.

Este precedente judicial, anterior a la reforma constitucional y legal de las acciones colectivas, corrobora que lo que tiene que probarse ante el juez es la afectación al grupo, no con pruebas individualizadas sino sobre el daño de manera general y una vez que la parte demandada es condenada, viene un proceso de ejecución de sentencia y una liquidación de cada uno de los individuos perjudicados.

Esta cuestión, relativa a la demostración del daño *causado* y no *sufrido*, para efectos del dictado de una sentencia condenatoria, privilegia los principios de concentración procesal y eficacia en la administración de justicia para resolver este tipo de conflictos.

Por tanto, las sentencias derivadas de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, serán objeto de una liquidación individual, donde en la propia resolución se reconoce la responsabilidad del demandado y su obligación de reparar a un número determinado o determinable de miembros de la colectividad el daño causado. Esta forma de ejecutar las sentencias implica que el miembro de la colectividad, en forma individual reclame su derecho e interés individual de incidencia colectiva, a través del incidente de liquidación respectivo.

VII. Incidente de liquidación

En este incidente, cada miembro de la colectividad deberá probar el daño *sufrido* en forma individual a fin de que pueda cubrirse el daño de la misma forma, para ello, el juez previamente establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promoverlo.

Cabe precisar que a fin de que el mayor número posible de individuos pueda ver reparado el daño que se le haya causado, se dispone que los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia podrán dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria promover el incidente previamente referido. Asimismo, se establece que una vez que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

Además, de que el pago que resulte del incidente será hecho a los miembros de la colectividad en los términos que ordene la sentencia; en ningún caso a través del representante común; y es evidente —aun cuando no lo señala el Código expresamente— que al momento de solicitar la liquidación, el miembro de la colectividad deberá acompañar a su petición, las pruebas que considere oportunas para demostrar, tanto su relación causal como el daño sufrido.

Esta forma de reparar los daños y perjuicios a través de un incidente de liquidación en lo individual; nos lleva al planteamiento de si no existe la posibilidad de que

la ejecución se pueda exigir de manera colectiva, a través del representante común, o si éste, pudiera a llegar a tener la facultad de impulsar dicha ejecución. Pues la redacción de los preceptos legales respectivos, nos permite concluir que lo que es una constante en el proceso –el rol del representante común–, desaparece en la etapa de ejecución.

VIII. Medios de apremio para hacer efectivo el cumplimiento

Si bien es cierto, en la sentencia el juez señala un plazo prudente para el cumplimiento de la resolución; en caso de incumplimiento, deberá ordenar la ejecución de la sentencia de manera forzosa, a través de los medios de apremio que la propia ley señala²⁷. Al respecto, el artículo 612 del Código Federal de Procedimientos Civiles es muy explícito, al establecer que en caso de ser necesario los jueces o tribunales que conocieran de los procesos colectivos, podrán hacer cumplir sus determinaciones, a través del empleo a discreción de medios de apremio, como son la multa; el auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras; el cateo por orden escrita; y el arresto hasta por treinta y seis horas. Además, prevé la procedencia contra el rebelde del delito de desobediencia, en caso de resultar insuficiente el apremio.

En relación a la posibilidad de que se actualice el delito de desobediencia contra el condenado omiso en cumplir la sentencia, es pertinente señalar que los elementos intrínsecos de dicha violación, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 178²⁸ y 183²⁹ del Código Penal Federal, son: a) la existencia de un mandato de autoridad; b) que dicho mandato sea legítimo; c) que el mismo sea desobedecido sin causa legal; y d) que previamente se hayan agotado en contra del rebelde, los medios de apremio contemplados en la ley que rige el procedimiento de donde emana la resolución desobedecida³⁰.

IX. Gastos y costas

En los artículos 616 a 618 del Código Federal de Procedimientos Civiles se regulan los gastos y costas en el sentido de que cada parte los asumirá, así como los honorarios de sus respectivos representantes.

²⁷Ovalle Favela, José, *op. cit.*, nota 11.

²⁸Artículo 178. *Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.*

²⁹Artículo 183. *Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio.*

³⁰Tesis aislada XI.2o.18 P, materia penal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. IV, octubre de 1996, p. 524, registro IUS: 201137, de rubro: DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGITIMO DE LA AUTORIDAD, DELITO DE.

Esta regulación difiere de la constante en otros ordenamientos del derecho comparado que tutelan derechos difusos o colectivos, por ejemplo, el artículo 15 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, establece que en los procesos colectivos, la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora; en caso de ser parcialmente vencido, su condena deberá ser proporcional a su derrota. De esta misma manera, en el artículo 21.1 del Código de Proceso Civil Colectivo —propuesta del Doctor Gidi— se prevé que la sentencia, de oficio, con independencia de lo solicitado por la partes, condenará al perdedor a pagar al ganador, los gastos y los honorarios de abogado.

En relación al tema, el poder legislativo al momento de emitir la reforma al referido ordenamiento, llegó a la conclusión de que a fin de evitar un desequilibrio entre las partes y causar un daño mayúsculo a la colectividad actora que no hubiese obtenido sentencia favorable en el juicio, que cada parte asumiera los gastos y costas que hubieren derivado de la acción colectiva. En su caso, si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas de honorarios deberían ser contemplados como parte de las negociaciones del convenio de transacción judicial³¹. No obstante, aun cuando puede llegar a parecer adecuado por la finalidad y objeto de la acción colectiva; la regulación de los gastos y costas, realmente no atiende al valor pecuniario que pudiera llegar a tener la materia de la acción colectiva, o a la naturaleza resarcitoria de las costas³².

Por otro lado, se precisa una tabla arancelaria máxima para el pago de los honorarios del representante legal y del representante común, sobre la cantidad líquida a pagar por suerte principal.

X. Conclusiones

La incorporación de las acciones colectivas al sistema jurídico mexicano respondió a una imperiosa necesidad de tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, además de garantizar el efectivo acceso a la justicia, consagrado en el artículo 17 constitucional.

Esta concepción fue la base de la reforma legal que adicionó un Libro Quinto “De las Acciones Colectivas” al Código Federal de Procedimientos Civiles, que entre sus puntos más importantes, contiene el relativo al cumplimiento y ejecución de las

³¹Exposición de motivos. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, México, D. F., 7 de septiembre de 2010, <http://sij02.scjn.pjf.gob.mx/LeyesFederales/Default.htm> [fecha de consulta 09 de mayo de 2012].

³²López Ramos, Neófito, “Breve análisis de la regulación de las acciones colectivas”, en: Revuelta Vaquero, Benjamín; López Ramos, Neófito, *Acciones Colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, México, Porrúa, p. 77.

sentencias dictadas en las acciones colectivas, etapa de trascendental importancia para los procesos colectivos, precisamente por ello, es que en este artículo se realizó un estudio y análisis de los diversos preceptos legales que regulan dichos temas.

Concluyendo que dichas disposiciones constituyen por el momento las reglas necesarias a las que se deben sujetar los jueces federales que tengan conocimiento de las acciones colectivas, que si bien se advierten concisas, deberán ser complementadas por el resto de los artículos de la propia legislación de la materia y con los criterios que el Poder Judicial de la Federación emita.

Referencias

Bibliográficas

Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2004, p. 357.

Cabrera Acevedo, Lucio, “La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho en México*, México, t. XXXIII, núms. 127-129, enero-junio de 1983.

Cappelletti, Mauro, *La protección de los intereses colectivos o difusos*, XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, México, UNAM, 1993.

Cruz Arenhart, Sergio, en: Gidi, Antonio, Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*, México, Porrúa, 2008.

Discusión de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, D. F., 28 de abril de 2011, versión estenográfica, <http://sij02.scjn.pjf.gob.mx/LeyesFederales/Default.htm> [fecha de consulta 09 de mayo de 2012].

Ejecutoria emitida en la contradicción de tesis 40/2009, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 28/2010, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010.

s D. F., 7 de septiembre de 2010, Consultado en el sitio <http://sij02.scjn.pjf.gob.mx/LeyesFederales/Default.htm> [fecha de consulta 09 de mayo de 2012].

García Medina, José Miguel, “Notas sobre la ejecución colectiva a la luz de la propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

Gidi, Antonio, *Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de derecho civil*, Practica. Derecho de daños, Número 11, diciembre 2003.

López Ramos, Neófito, “Breve análisis de la regulación de las acciones colectivas”, en *Acciones Colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, Revuelta Vaquero, Benjamín; López Ramos, Neófito; México, Porrúa, 2012.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, 4a. ed. México, Porrúa, 1991.

Ovalle Favela, José, “Acciones populares y acciones para la tutela de los derechos difusos y colectivos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 107, mayo-agosto de 2003.

Rodrigues Wambier, Luiz, “Liquidación de sentencia colectiva”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.

Sentencia T-880/06 del Tribunal Constitucional de Colombia en la acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí contra el Ministerio del Interior y de Justicia y otros, http://www.urosario.edu.co/urosario_files/15/1596938e-83fa-447a-bd5d-53ea61eacbc8.pdf [fecha de consulta 12 de mayo de 2012].

Acciones colectivas
Reflexiones desde la judicatura

Se terminó de imprimir en marzo de 2014

En su composición se usaron los tipos
Adobe Garamond 10/12; Calibri 10/12

El tiro consta de 1,500 ejemplares
impresos en papel Cultural de 90 gr.