

## **LOS ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS QUE REGLAMENTAN LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MEXICO\***

Claudia Milena GONZÁLEZ RAMÍREZ\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Aciertos y desaciertos de las reformas legislativas que reglamentan las acciones colectivas*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos e intereses difusos y colectivos no hacen más que concretar y materializar, en muy buena parte, los derechos de la tercera generación reconocidos en los textos constitucionales. De ellos depende la posibilidad de una vida digna y el pleno desarrollo de la personalidad humana a nivel individual y colectivo. Además, por cuanto son producto de un consenso sobre determinadas exigencias inherentes al ser humano.<sup>1</sup> Exigencias, demandas, necesidades, que son propias de cada época. Y es que “la determinación de lo constitutivamente valioso del hombre tiene una dimensión relativa al tiempo y al espacio”.<sup>2</sup> Así, en 1789 la preocupación de la sociedad giraba en torno a la necesidad de liberarse del yugo de un poder absoluto, el de la monarquía. Ello motiva la Revolu-

\* Este artículo es parte de la tesis presentada para obtener el grado de maestra en derecho, 2011.

\*\* Licenciada en derecho por la Universidad de Medellín, Colombia, con especialización en derecho constitucional y maestría en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>1</sup> Ara Pinilla, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 116.

<sup>2</sup> López Calera, Nicolás María, “Vivir en paz: paz y derechos humanos”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año I, núm. 1, febrero-octubre de 1993, p. 175.

ción Francesa y enarbola sus postulados de libertad, igualdad y fraternidad. Surgen las libertades fundamentales. En forma paralela, la necesidad de participar en el ejercicio y control del poder político da lugar al nacimiento de los derechos políticos. En 1917, las necesidades son otras: igualdad y mejora de las condiciones de vida. Surgen los derechos sociales, económicos y culturales. Hoy, ante el advenimiento de la globalización, la ciencia y la tecnología, el desarrollo industrial y el comercio transnacional, las demandas son distintas: conservar nuestra especie, nuestra cultura, nuestro ambiente, así como la superación de las desigualdades cuya brecha cada vez es más honda. Surgen los derechos de la tercera generación que reflejan nuevos valores y redefinen el sistema axiológico imperante. En México, no queda duda alguna de que los derechos de tercera generación son auténticos derechos humanos, pues a partir de la reforma constitucional en esta materia termina la discusión acerca de si tales derechos constituyen o no derechos humanos. Y decimos que termina porque, derechos como el medio ambiente, la libre determinación de los pueblos, la superación de las desigualdades sociales, la ordenación de asentamientos humanos y demás derechos que pueden inferirse del artículo 27 constitucional, por citar algunos, están comprendidos en el capítulo I del título primero de la Constitución federal, denominado a partir de ahora "De los derechos humanos y sus garantías".<sup>3</sup> Ello, sin duda, tendrá un gran impacto en el ordenamiento jurídico mexicano.

## II. ANTECEDENTES

### 1. *La reforma al artículo 17 constitucional*

El 7 de febrero de 2008, el senador Jesús Murillo Karam, del grupo parlamentario del PRI, presentó una iniciativa de decreto por medio de la cual se adiciona un quinto párrafo al artículo 17 constitucional en materia de acciones colectivas.<sup>4</sup> En dicha iniciativa, se entiende que los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos constituyen una especie del género *derechos e intereses colectivos*. Señala además que

<sup>3</sup> El Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, fue aprobado y publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 10 de junio de 2011.

<sup>4</sup> La iniciativa estuvo fuertemente influenciada por las tesis contenidas en el *Código Modelo de Procesos Colectivos*, obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Antonio Gidi, México, Porrúa-UNAM, 2008.

resulta necesario prever instrumentos jurídicos que permitan la organización de los individuos para la protección y defensa de sus derechos, así como la ejecución de políticas que impliquen una mayor difusión y un mejor acceso a la información sobre dichos derechos e intereses. Pone de manifiesto que los paradigmas procesales actuales resultan insuficientes, e incluso, contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos.<sup>5</sup> Por ello, resalta la necesidad de una legislación secundaria que regule adecuadamente aspectos como la legitimación activa, las pruebas no individualizadas, la cosa juzgada, los efectos de las sentencias, la responsabilidad civil objetiva, entre otras, que sean compatibles con las acciones y procedimientos colectivos. Aunado a lo anterior, recalca la importancia de los principios que guían la interpretación de modo que sean acordes con las finalidades perseguidas por las acciones y procedimientos colectivos a fin de tutelar eficazmente los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades.

Por su parte, las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores reconocen la necesidad de aprobar una reforma que incorpore, con rango constitucional, mecanismos de tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos. Adoptan, en los mismos términos de la iniciativa, la expresión acciones colectivas como instrumento técnico jurídico que posibilita la protección tanto de derechos difusos, colectivos como individuales homogéneos.

Consideran además, que con independencia del nombre que reciban, se trata de la regulación de derechos que trascienden la esfera individual, en los cuales existe una relación entre sus titulares que los vincula por circunstancias de hecho o de derecho.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Desde el ámbito de la academia, diversos tratadistas ya se habían manifestado en dicho sentido. Así por ejemplo, Fix-Zamudio, quien explicaba que los obstáculos del derecho procesal civil tradicional, inspirado en criterios liberales e individualistas, puso de manifiesto la necesidad de encontrar nuevas fórmulas procesales para tutelar los derechos de los grupos sociales más débiles de la sociedad. Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa- UNAM, 2003, p. 342.

<sup>6</sup> El constituyente derivado adopta el criterio plasmado en la legislación brasileña, específicamente en el Código de Protección y Defensa del consumidor del 11 de septiembre de 1990, conforme al cual los derechos colectivos se definen en razón de su tran o supra-individualidad, y diferencia entre derechos e intereses difusos y colectivos en atención a la relación que vincula a los miembros de la colectividad, de modo que tratándose de derechos e intereses difusos, existe una relación de hecho entre los titulares del derecho; y tratándose de derechos e intereses colectivos, los titulares se encuentran vinculados por una relación jurídica base. Valga comentar que para el tratadista brasileño Antonio Gidi, en la tutela de derechos e intereses difusos las circunstancias de hecho devienen de una conducta necesariamente ilícita por parte de quien se encuentra obligado a respetar el derecho. En mi opinión, aquéllas pueden provenir tanto de una conducta lícita como ilícita, porque podrán existir supuestos en los que la conducta se encuentre plenamente ajustada a

Señalan que si bien en algunas materias se han previsto algunos tipos de acciones colectivas, la complejidad de la sociedad actual y la falta de mecanismos de organización colectiva, han propiciado una protección parcial y deficiente de estos derechos, colocando a las personas en un estado de indefensión. Reconocen, asimismo, que la legislación ha quedado rebasada ante los avances producidos por la ciencia, la tecnología, los cambios en la concepción del mundo y en la forma de interacción entre los hombres y, advierten, que no puede desconocerse el surgimiento de una concepción de patrimonio universal común a todos los hombres. Son, pues, conscientes de la existencia de relaciones e interacciones entre los miembros de una colectividad respecto de algún interés común y relevante para ellos, como por ejemplo, la protección al medio ambiente, el respeto a los espacios públicos, la suspensión de una construcción peligrosa en una colonia, entre otros, que implica necesariamente la superación del individualismo que ha permeado la protección de los derechos y que se ha manifestado principalmente al requerir que los individuos deban estar plenamente identificados y acreditar en forma fehaciente el daño o la lesión a sus intereses en forma individual.

A su vez, argumentan que debe fortalecerse el acceso a la justicia, lo cual conlleva no sólo el reconocimiento de los derechos que le asisten a las personas (ya sea en forma individual o como miembros de una colectividad), que necesariamente corresponden a los fines e intereses que una sociedad en un momento determinado estima como valiosos, sino también la previsión de instrumentos y mecanismos que permitan un efectivo cumplimiento de dichos derechos, o en su defecto, la reparación del daño. Bajo dicho supuesto, aducen que la principal falla en el acceso a la justicia en México no está tanto en el reconocimiento de derechos como sí en la falta de mecanismos que los tutelen y que permitan su amparo efectivo. Por ello, resulta imperioso un cambio de mentalidad del juez, a fin de que “revisen la racionalidad y objetivo de las acciones y procedimientos colectivos a la luz de las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones, abstraigan su función esencial y los adapten a las peculiaridades del sistema jurídico mexicano”.

En virtud de dichos argumentos, las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores encuentran procedente incorporar a la Constitución este

derecho pero aún así vulnera el derecho e interés difuso. Véase a Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 34.

tipo de instrumentos de tutela de derechos colectivos, “conscientes de que corresponderá al legislador ordinario la adecuada interpretación del contenido y esencia de la reforma, con la finalidad de que se prevean acciones y procedimientos ágiles, sencillos y accesibles a todo grupo de individuos que permitan alcanzar los fines propuestos”.

Con todo y ello, estiman conveniente que debe precisarse en el texto constitucional la atribución conferida al Congreso de la Unión para legislar sobre estos instrumentos de tutela de derechos colectivos, los procedimientos judiciales para hacerlos efectivos en las materias que determinen las leyes, así como los mecanismos de reparación del daño. Asimismo, consideran que debe enfatizarse en la competencia atribuida a los jueces federales para conocer de dichos procedimientos colectivos en los términos que señalen las leyes. Finalmente, y por razones de técnica legislativa, proponen que la adición al artículo 17 constitucional se incorpore en el párrafo tercero y no en el quinto como se sugiere en la iniciativa toda vez que los dos primeros párrafos del precepto atañen a cuestiones relacionadas con la justicia.

Por lo que refiere a los argumentos vertidos por la comisión dictaminadora de la Cámara de Diputados, es de resaltar el reconocimiento de carácter histórico de los derechos. Así, consideró que si por un lado en el año de 1847 nació el juicio de amparo con el objeto de garantizar el respeto a los derechos fundamentales del pueblo mexicano, bajo una visión individualista, siendo el *ser humano en lo individual* el sujeto amparado por la garantía, por el otro, los movimientos sociales de 1910 dieron lugar, por primera vez en el mundo, al reconocimiento de los derechos sociales. Si la Constitución de 1857 estuvo marcada por su carácter eminentemente liberal, la Constitución de 1917 fue influenciada por su ideología social.

Aunado a lo anterior, considera que el juicio de amparo, único instrumento procesal constitucional que reconoce el sistema jurídico para la defensa de los derechos, resulta insuficiente.

Finalmente, reconoce la necesidad de reconocer los derechos de tercera generación, mismos que, en esencia, tienen una naturaleza colectiva y cuya plena incorporación debe ser la aspiración de un Estado social de derecho.

Por los motivos anteriores, el 29 de julio de 2010 se publica en el *DOF* decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 17 constitucional, en los términos siguientes:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedi-

mientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

## *2. Iniciativa del senador Javier Murillo Karam que contiene Proyecto de Decreto*

Es la iniciativa del senador Murillo Karam la que da lugar al debate y discusión del proyecto de decreto que reglamenta las acciones colectivas en México. Su propuesta no se agota en la reforma y adición al Código Federal de Procedimientos Civiles, sino que abarca también la modificación de diversos ordenamientos jurídicos, como lo son el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Como en el dictamen ya aprobado, la iniciativa no contempló una anunciación de los derechos colectivos tutelados, sino que fue taxativa, lo que reduce su ámbito de aplicación a la tutela de los derechos de los consumidores y de los usuarios de los servicios financieros; en materia de protección al ambiente y equilibrio ecológico y, en materia de competencia económica. El dictamen fue desfavorable en algunos aspectos con relación a la iniciativa que lo motiva. Cuestiones como el procedimiento, los mecanismos de integración de la colectividad afectada (*Opt-in vs. Opt-out*), la legitimación de los organismos, dependencias y entidades federales que tuvieren a su cargo la protección o tutela de los derechos e intereses en la materia del litigio; el número mínimo de sujetos afectados para integrar la colectividad o grupo; la exigencia de asistencia legal profesional; la posibilidad de emitir una declaración de condena en abstracto con efectos generales; son algunos de los aspectos más rebatidos y sujetos a modificación.

## *3. Otras iniciativas*

En aras de garantizar la exhaustividad, comentaremos brevemente dos iniciativas presentadas en la Cámara de Diputados que están relacionadas con la reglamentación de las acciones colectivas. Una, propuesta por el diputado Jaime Cárdenas Gracia, que contiene Proyecto de Decreto por el que se adiciona el título tercero al libro tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles y que está basada en lo fundamental en el proyecto elaborado por los profesores Alberto Benítez,

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Antonio Gidi, mismo que se encuentra condensado en el *Código Modelo de Procesos Colectivos* y que presenta, a grandes rasgos, las siguientes características:

- Denomina la acción para la protección de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos —individuales de incidencia colectiva— como acciones colectivas.
- Instancia judicial para la protección de los derechos allí reconocidos.
- Concede legitimación procesal activa a los ciudadanos, grupos, partidos, sindicatos y autoridades.
- El procedimiento posee las características de oralidad, inmediatez y es de carácter sumario.
- Dispone reglas para la reparación del daño a la colectividad y a los miembros del grupo.
- Prevé medidas precautorias para salvaguardar y proteger derechos colectivos e individuales, así como medidas de apremio para que los jueces puedan hacer cumplir sus determinaciones.
- Dispone que las sentencias tendrán efectos *erga omnes*.
- Incorpora la figura del *amicus curiae* para que distintos sectores sociales argumenten y deliberen sobre las pretensiones objeto de las acciones colectivas.

Dos, la iniciativa del diputado Javier Corral Jurado, que propone regular las acciones colectivas a partir de una ley federal reglamentaria del párrafo tercero del artículo 17 constitucional: caracterizada en términos generales por la ambigüedad en el empleo de los términos y por denotar una escasa información sobre el tema y los problemas que se presentan al intentar transpolar textos foráneos a la legislación nacional.

### III. ACIERTOS Y DESACIERTOS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS QUE REGLAMENTAN LAS ACCIONES COLECTIVAS<sup>7</sup>

Antes de evaluar los aciertos y desaciertos de las reformas legislativas que reglamentan las acciones colectivas veamos algunas de sus principales características.

<sup>7</sup> Al respecto, véase la Minuta con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, aprobada el 28 de abril de 2011 y publicada en el *DOF* el 30 de agosto de 2011.

## 1. Características

I. La acción colectiva es el género. La acción difusa, la acción colectiva en estricto sentido y la acción individual homogénea son especies.<sup>8</sup> Establece pues tres tipos de acciones diferenciadas en razón de la determinación o interminación de los titulares del derecho o interés, la relación que los vincula (de hecho o de derecho) y los fines perseguidos.

a) La acción difusa tiene por objeto la tutela de derechos e intereses difusos entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas indeterminadas relacionadas por circunstancias de hecho comunes.<sup>9</sup>

b) La acción colectiva en estricto sentido tiene por objeto la tutela de derechos e intereses colectivos entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas determinadas o determinables relacionadas por circunstancias de derecho comunes.<sup>10</sup> Requiere la necesaria existencia de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

<sup>8</sup> Desde el punto de vista doctrinario, la relación género/especie se explica en sentido inverso, no tanto respecto de la acción cuanto si del derecho. Recuérdese que la categoría "acción" corresponde al ámbito procesal mientras que "derechos" al ámbito sustancial. Así, Nigro sostiene en forma indirecta que entre derechos difusos y colectivos existe una relación de género y especie, siendo los derechos e intereses difusos el género y los colectivos, la especie. En igual sentido, Sánchez Morón. La posición asumida por el Código Modelo de Procesos Colectivos es similar pues engloba dentro del concepto de derechos difusos, los derechos difusos propiamente tal y los derechos colectivos. *Cfr.* Nigro, Mario, *Giustizia Amministrativa*, 2a. ed., Bologna, il Mulino, 1979, p. 118; Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 116 y 127; Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 8-28.

<sup>9</sup> La legislación adopta el criterio de la supra-individualidad y la indivisibilidad de los derechos difusos, tesis que explica la naturaleza jurídica de estos derechos y que ha sido esbozada principalmente por Gutiérrez de Cabiedes. *Cfr.* Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, España, Aranzadi, 1999, pp. 61 y ss. Por otro lado, la norma define los derechos difusos en razón de la indeterminación de los titulares del derecho y la relación de hecho que vincula a sus titulares, acogiendo por una parte la tesis de Barrios de Angelis y, por la otra, de Ada Pellegrini. *Cfr.* Barrios de Ángelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El ombudsman. La defensa de los intereses difusos*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1983, p. 127; Pellegrini Grinover, Ada, "Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, Cedam, año LIV, segunda serie, núm. 1, enero-marzo de 1999, p. 20.

<sup>10</sup> *Idem* (las mismas referencias explican la naturaleza de los derechos colectivos así como el concepto del mismo en razón de la determinación de sus titulares y del vínculo jurídico que los une con el sujeto vulnerador del derecho).

c) La acción individual homogénea tiene por objeto la tutela de derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible<sup>11</sup> cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas determinada o determinable, relacionadas por circunstancias de derecho provenientes de una relación contractual con el fin de obtener el cumplimiento del contrato o su “rescisión”, en ambos casos con indemnización de los perjuicios.<sup>12</sup>

En los casos a) y b), ambas acciones tienen por objeto la reparación del daño, ya sea restituyendo las cosas a su estado anterior de ser posible, a través de la realización de acciones o de la abstención de las mismas o, si no fuere posible, por medio del cumplimiento de la obligación en equivalencia, mediante la indemnización de perjuicios. Y es aquí donde conforme a la ley se diferenciarían ambas acciones respecto de su objeto, pues tratándose de acciones difusas en caso de causarse una indemnización ésta se destinará al Fondo; en cambio, en acciones colectivas (*stricto sensu*), cada uno de los individuos afectados deberá acreditar el daño y con base en éste será indemnizado.

En cuanto a la configuración del derecho, debe resaltarse que a) y b) se asemejan en que tienen una naturaleza indivisible; y se diferencian, además de la ya señalada, en cuanto a la indeterminación o determinación de sus titulares, respectivamente y, en cuanto al origen, pues en un caso los titulares del derecho se encuentran ligados entre sí por circunstancias de hecho; y en el otro, la colectividad y el demandado se encuentran vinculados en razón de la existencia de una relación jurídica.

A *contrario*, la acción individual homogénea protege derechos de naturaleza divisible y su objeto quedó reducido a la reclamación judicial del cumplimiento de un contrato o su resolución, con los perjuicios que se ocasionen en uno u otro caso.

II. La pretensión en todas las acciones colectivas (*lato sensu*) podrá ser declarativa, constitutiva o de condena.

III. En todos los procesos colectivos (*lato sensu*) se establece una intervención de tipo necesaria y vinculada del procurador general de la República (PGR) y de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (Profeco), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente

11 La norma acoge en este supuesto la tesis de Gutiérrez de Cabiedes acerca de la divisibilidad de los derechos e intereses de incidencia colectiva. Véase a Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo, *op. cit.*, nota 9, pp. 61 y ss.

12 Valga anotar que desde el plano teórico, los derechos individuales homogéneos o de incidencia colectiva son aquéllos de carácter individual vulnerados a una pluralidad de personas y cuya afectación tiene un origen fáctico común; sin embargo, la disposición normativa que regulará el tema en México quedó reducida al hecho del incumplimiento contractual.

(Profepa), la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) y la Comisión Federal de Competencia (Cofeco) pues en determinados supuestos normativos deberán intervenir. Lo que no se dice y que es un *desacierto* es la consecuencia de la falta de intervención de dichos órganos, que en términos generales sería la nulidad, pero al no estar prevista en forma expresa no podría alegarse. En efecto, estos órganos y entes de carácter público deberán intervenir siempre en aquellos casos en los que las partes logren un acuerdo conciliatorio con el fin de emitir un concepto.

También con el fin de ejercer la representación de la colectividad en los supuestos de ausencia de un legitimado activo e inadecuada representación del representante común y de las asociaciones civiles, y ante la ausencia de interesados, la Profeco, la Profepa, la Condusef y la Cofeco, según el caso materia de la *litis*, deberán intervenir en el proceso asumiendo la calidad de parte —actor—. En este supuesto la PGR —por fortuna— no es llamada a intervenir.

Aunado a lo anterior, la Profeco, la Profepa, la Condusef y la Cofeco deberán intervenir en forma vinculada para emitir dictamen sobre el decreto de medidas cautelares con el fin de emitir opinión razonada sobre el mismo.

Fuera de las hipótesis de intervención vinculada aquí descritas, la intervención de la PGR, Profeco, Profepa, Condusef y Cofeco será facultativa y discrecional. En conclusión: los órganos antes señalados podrán actuar en los procesos colectivos con independencia de la acción incoada, en calidad de parte y de interviniente, en este último caso, en forma vinculada en determinados supuestos, y discrecional.<sup>13</sup>

IV. Flexibilidad en los requisitos de la demanda.

V. Exige un número cualificado de afectados, no menor a treinta personas, en los casos de promoción de *acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas*.

VI. Las reglas de adhesión sólo aplican en procesos colectivos (*stricto sensu*) e individuales homogéneos. En acciones difusas no tiene sentido hablar de adhesión de individuos a la acción, precisamente porque los titulares del derecho son indeterminados y la sentencia los beneficia a todos por igual y, porque no procede la reparación frente a cada uno de los titulares indeterminados del derecho afectado.

<sup>13</sup> Sobre los supuestos de la intervención vinculada o discrecional de ciertos órganos o entes públicos en el proceso, véase a Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, pp. 223 y ss.

VII. Deberá acreditarse la representación adecuada cuando el sujeto legitimado sea un representante común de una colectividad de afectados mayor a 30 personas o una asociación civil sin fines de lucro. El juez deberá velar de oficio por el cumplimiento de este requisito durante todo el proceso. La inadecuada representación da lugar a la apertura del incidente de remoción y sustitución que se lleva a cabo con base en las reglas establecidas en la ley y, en todo caso, constituye una causal de improcedencia de la legitimación en el proceso.

VIII. Las notificaciones a la colectividad se surten por medios idóneos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación, además, deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso.

IX. Las demás notificaciones (a los miembros de la colectividad o grupo) se realizarán por estrados.

X. Se prevé amplitud probatoria. El juzgador podrá valerse de cualquier medio probatorio idóneo para generar su convicción, sin más limitación que la relación inmediata con los hechos controvertidos. El juez también podrá requerir a los órganos y organismos, o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o la presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo. Estas facultades oficiosas del juez en materia probatoria denotan una tendencia hacia el sistema inquisitivo.

XI. Se admite la figura del *amicus curiae*. Los terceros ajenos al procedimiento podrán aportar pruebas o hacer alegaciones, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes. Con el ánimo de garantizar el principio de imparcialidad en la resolución, se dispone que el juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal y de los argumentos o manifestaciones por ellos expuestos.

XII. En cuanto a la sentencia, se diferencia si se trata de acciones difusas, de acciones colectivas o de acciones individuales homogéneas. En la primer hipótesis, se podrá condenar al cumplimiento de la obligación en naturaleza (reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o en la abstención de realizarlas) y de no ser posible, condenar al cumplimiento en equivalencia (a través de una indemnización por la afectación a los derechos difusos de la colectividad, que será destinada al Fondo). *En acciones colectivas en estricto*

*sentido*, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a cada uno de los miembros del grupo, que deberán promover el incidente de liquidación. En este incidente, cada miembro de la colectividad deberá probar el daño sufrido en forma individual a fin de que pueda cubrirse el daño en la misma forma. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover el referido incidente. Los miembros de la colectividad tendrán un año para promover el incidente de liquidación. Finalmente, en *acciones individuales homogéneas*, se condenará al demandado al cumplimiento de un contrato o a su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Corresponderá a cada uno de los miembros del grupo probar los daños y perjuicios sufridos.

XIII. Al establecerse que la sentencia deberá resolver la controversia planteada por las partes, la ley parece dejar claro que el juez debe atenerse al principio de la congruencia de la sentencia, proscribiendo los fallos *extra y ultra petita*.

XIV. Por regla general, cada parte asumirá los gastos y costas derivados de la acción colectiva (*lato sensu*), así como los respectivos honorarios de sus representantes.<sup>14</sup> Sin embargo, cuando exista un interés social, los gastos, costas y honorarios de la parte actora serán cubiertos con cargo a Fondo, hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita.

XV. Existirá un Fondo, que será administrado por el Consejo de la Judicatura Federal. Sus recursos, provenientes de las indemnizaciones recaudadas en razón de la reparación del daño por la vulneración de los derechos e intereses *difusos* de la colectividad, serán destinados al pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos (*lato sensu*) así como los honorarios de los representantes de la parte actora cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo, pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos (*lato sensu*).

<sup>14</sup> Nótese cómo la norma altera la fórmula que rige los procesos civiles tradicionales conforme a la cual la parte vencida es condenada en costas y honorarios, rubros que son destinados a la parte vencedora en el proceso.

## 2. Aciertos y desaciertos

Si bien es de resaltar los esfuerzos del legislador mexicano para garantizar los derechos e intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos (individuales de incidencia colectiva) creando acciones que permitan su *tutela judicial efectiva*, es preciso decir que sus intenciones son bastas pero los resultados de corto alcance. Por ello, comentaremos los principales aciertos y desaciertos de la reforma tal como fue aprobada por el Congreso de la Unión.

I. La principal reforma en materia de acciones colectivas tiene lugar al Código Federal de Procedimientos Civiles, al cual se adicionan disposiciones normativas relativas a la legitimación, al procedimiento, a la competencia, a los efectos de la sentencia, a la cosa juzgada, entre otros, lo que se trasluce en una reforma a un régimen que regula las relaciones de carácter privado, esto es, entre particulares, obviando que uno de los principales sujetos vulneradores de los derechos colectivos (*lato sensu*) es el Estado, que al actuar, en tanto órgano público, no se somete a las reglas contenidas en los códigos civiles y procesales civiles, sino a las previsiones del derecho público, salvo el caso en que actúe como un particular. Con ello, la reforma no visualiza la responsabilidad subsidiaria del Estado en la tutela de los derechos difusos y colectivos.

El único recurso entonces para endilgar responsabilidad al Estado por la vulneración de los derechos e intereses difusos y colectivos en razón de actos u omisiones de la autoridad pública, sería el juicio de amparo, máxime por cuanto algunos de sus principales postulados han sido reformados recientemente,<sup>15</sup> siendo posible tutelar por esta vía no sólo los derechos humanos previstos en la Constitución sino también los consagrados en los tratados internacionales suscritos por México. Con ello, al otorgar el carácter de derechos humanos a todos los derechos reconocidos en la Constitución, el constituyente permitirá complementar la defensa judicial de los llamados derechos de tercera generación, entre los que resaltan los derechos e intereses difusos. Además, para la interposición del juicio constitucional ya no será necesario acreditar un interés jurídico sino que basta con que la parte agraviada demuestre la existencia de un derecho o interés legítimo, bien sea individual o *colectivo*,<sup>16</sup> de

<sup>15</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *DOF* el 6 de junio de 2011.

<sup>16</sup> Algunos tratadistas destacaban de tiempo atrás la necesidad de transitar hacia un amparo colectivo al estilo del *mandado de segurança coletivo* brasileño o la acción de am-

modo que está legitimada aquella persona que resulte afectada por un acto u omisión que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o, no violentando directamente el derecho, se afecte la situación jurídica derivada del propio orden jurídico. Ello significa, entre otras, que se abandona la noción de interés jurídico entendida como derecho subjetivo en su concepción más individualista.<sup>17</sup> Un argumento más: cuando los derechos e intereses difusos o colectivos vulnerados deriven de la ley misma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá emitir una declaración general en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que se establezca jurisprudencia por reiteración en los que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, siempre que hubieren transcurrido 90 días naturales sin que la autoridad emisora hubiere subsanado el problema de inconstitucionalidad, se reúna una mayoría calificada de ocho votos y la declaración de inconstitucionalidad no recaiga sobre normas generales en materia tributaria.<sup>18</sup>

II. Los derechos colectivos amparados en la minuta de Decreto, considerados en sentido amplio, son limitados, pues se señala como requisitos de procedencia de la legitimación que se trate de:

a) Actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados (también procede respecto de hechos u omisiones, aunque no se señala en la reforma al Código de Procedimientos Civiles Federales, si se prevé en la reforma al artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor y en la adición de una fracción V Bis al artícu-

paro colectiva prevista en la legislación argentina. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. XIX y XX.

17 Recuérdese que la concepción de interés jurídico para la procedencia del juicio de amparo implicaba la existencia de un derecho tutelado, que al ser transgredido por la actuación de una autoridad, faculta a su titular para demandar ante el órgano constitucional el cese de esa violación, siendo, por tanto, ese derecho protegido por el ordenamiento legal lo que constituye el interés jurídico que la Ley de Amparo toma en cuenta para la procedencia del juicio constitucional. *Contrario sensu*, existirá falta de interés jurídico "cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico subjetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que éste tenga la capacidad, otorgada por dicho orden, para imponerse coercitivamente a otros sujetos"; o cuando el gobernado tiene un mero interés simple, que se da cuando la norma jurídica objetiva no establece a favor de la persona la facultad de exigir, sino que consigna solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, al ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada, en vista de que el ordenamiento jurídico no le otorga la facultad para exigir coactivamente su respeto. *Cfr.* Tesis Aislada, Séptima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 37, Primera Parte, 18 de enero de 1972, p. 25 (registro 233516).

18 Véase artículo 107 constitucional reformado por Decreto publicado en el *DOF* el 6 de junio de 2011.

lo 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

b) Actos que dañen al medio ambiente (también procede respecto de hechos u omisiones, aunque no se señala en la reforma al Código de Procedimientos Civiles Federales, si se prevé en la reforma que adiciona los párrafos segundo y tercero del artículo 202 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente).

c) Actos (sólo frente a actos, no hechos u omisiones) que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas declaradas existentes por resolución en firme emitida por la Comisión Federal de Competencia.

d) Como se comentó en el literal a), actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios de los servicios financieros.

Como se aprecia, dicha reforma dejaría sin tutela otros derechos e intereses colectivos (*lato sensu*) como el derecho a un espacio público, a la transparencia en el manejo de fondos públicos, al patrimonio artístico y cultural, a la planificación económica, al desarrollo, a la cultura, por citar algunos, lo que se hubiera subsanado contemplando una cláusula que permitiera la tutela de cualquier otro derecho o interés colectivo (en sentido amplio).

III. La conceptualización que hizo el legislador de los derechos difusos y del objeto de la acción no deja muy claro su fin eminentemente preventivo, sino que por el contrario, resalta su carácter resarcitorio. En consecuencia, el objeto de la acción difusa se reduce a reclamar judicialmente la reparación del daño causado a la colectividad y no a evitar la causación de un daño a los derechos e intereses difusos de la misma, siendo éste, desde el punto de vista teórico, su principal objeto. Sin embargo, el carácter preventivo de la acción sólo podría invocarse a través de la solicitud de medidas precautorias, que proceden en cualquier etapa del procedimiento y podrán decretarse no sólo cuando los actos, hechos o abstenciones hayan causado o estén causando un daño, sino también cuando exista probabilidad de que lo puedan causar. Creemos que esa probabilidad debe ser alta pues la norma exige que esos actos, hechos u omisiones necesariamente hayan de causar un daño, que además debe ser inminente e irreparable.

IV. Constituye un desacierto de la conceptualización de la acción individual homogénea el que por definición todos los afectados deberán acreditar la existencia de un contrato y deban estar ligados entre sí por la circunstancia común del incumplimiento del contrato por parte del de-

mandado. Ello excluiría entonces y a modo de desacierto, la posibilidad de incoar la acción cuando los afectados reclaman para sí la indemnización de los perjuicios ocasionados por un hecho común distinto al incumplimiento contractual, que ha generado daños individuales a una pluralidad de individuos.

V. Erige en principal sujeto legitimado para la interposición de las acciones colectivas (*lato sensu*) a las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas, que tengan al menos un año de constitución, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el Código Federal de Procedimientos Civiles. No obstante lo anterior, la restricción de la legitimación a unos cuantos sujetos, como veremos, constituye un *desacierto*.

VI. La reforma deja por fuera otros sujetos legitimados reconocidos por la jurisprudencia para la interposición de acciones colectivas para la protección de derechos difusos, como es el caso de los partidos políticos.<sup>19</sup> Es de resaltar que el órgano electoral es receptivo a tutelar estos derechos —difusos— y a acoger las acciones que los regulen dado que no existe impedimento legal alguno. Así, señala, que para promover los medios de impugnación previstos en la legislación electoral basta con que el promovente posea un interés jurídico, que en ningún caso se limita a la existencia de un derecho subjetivo y de una lesión que genere un perjuicio personal y directo al individuo en cuanto tal. Aunado a lo anterior, y como ya se adelantaba, la reforma consagra una legitimación procesal demasiado restringida pues solo se legitima para el ejercicio de la acción colectiva (*lato sensu*) a determinados organismos públicos (la Profeco, la Profepa, la Condusef y la Cofeco), al procurador general de la República, a un representante del grupo conformado por no menos de 30 individuos y a las asociaciones civiles sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos establecidos. La reforma deja por fuera a las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos colectivos y por tanto, legitimados para la interposición de estas acciones en sus diversas modalidades.

VII. No es clara la regulación del desistimiento en las acciones colectivas (*lato sensu*). Sólo se previene que la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad con posterioridad al acto de emplazamiento del demandado se entenderá como un desistimiento. En este sentido, el

<sup>19</sup> Tesis 35 de Jurisprudencia, Sala Superior, Tercera Época, Apéndice (actualización 2001), Tomo VIII, Jurisprudencia Electoral, registro núm. 920804, p. 48, Rubro: PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. PUEDEN DEDUCIR ACCIONES TUTIVAS DE INTERESES DIFUSOS CONTRA LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DE LAS ELECCIONES.

desistimiento sería tácito pues se infiere de un hecho consistente en el acto de exclusión como miembro de la colectividad. Pareciera ser que esa regulación del desistimiento en tanto está regulada respecto del procedimiento de adhesión en acciones colectivas en *stricto sensu* e individuales homogéneas solo aplicaría tratándose de estos dos tipos de derechos e intereses. Pero, ¿qué pasará entonces respecto de los derechos e intereses difusos?, ¿qué pasará si una asociación civil interpone una acción difusa y desea desistirse del ejercicio de la acción? La ley no señala nada al respecto, pero pudieran admitirse dos posibilidades: a) entender el desistimiento como improcedente dada la naturaleza de los derechos e intereses difusos, y b) aplicar el párrafo 5 del artículo 586 que establece que si dejare de haber un legitimado activo y ante la ausencia de interesados, la Profeco, la Profepa, la Condusef o la Cofeco, según la materia del litigio, asumirán la representación de la colectividad —indeterminada—.

VIII. No se consagran en forma expresa los principios que rigen el procedimiento colectivo; tan solo se establece que “el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos”.

IX. La adscripción de la competencia al tribunal federal que resida en el domicilio del demandado deja por fuera la competencia que pueda tener también el juez del lugar de ocurrencia de los hechos, a elección del actor.

También suele cuestionarse el hecho de atribuir la competencia para conocer del ejercicio de las acciones colectivas en forma exclusiva a jueces federales, desconociendo con ello, las competencias de las entidades federativas en materias como medio ambiente, consumo, por citar algunas.

X. No se previene la circunstancia a través de la cual con la interposición de la demanda se interrumpe el término de prescripción.

XI. No se entiende la obligación de notificar el auto de admisión de la demanda en forma personal al representante legal del actor y menos aún su deber de ratificarla.

XII. Tampoco se explica la imposición al representante legal del actor de ratificar el escrito de pruebas bajo protesta ante juez.

XIII. En cuanto atañe a los mecanismos de integración del grupo (*Opt-out* vs. *Opt-in*) por la afectación a derechos colectivos (en estricto sentido) e individuales homogéneos, se adopta el modelo del *Opt-in* que tiende a ser más restrictivo y menos protector en razón de que cada uno de los miembros de la colectividad afectada deberán adherirse a la acción en forma expresa, a través de una comunicación dirigida, por cual-

quier medio, al representante de la colectividad o al representante legal de la parte actora. Tal adhesión podrá realizarse durante la substanciación del proceso y durante los primeros 18 meses siguientes a que la sentencia ha causado estado o, en su caso, a que el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

XIV. En consecuencia con lo anterior, constituye una causal de improcedencia de la legitimación, que los integrantes de la colectividad que promueven la acción —en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas— no hayan otorgado su consentimiento.

XV. Como ya hemos anticipado, la colectividad afectada en procesos colectivos (*stricto sensu*) e individuales homogéneos podrá constituirse durante el proceso e, incluso, hasta 18 meses después de que la sentencia ha causado estado, pero en todo caso será indispensable que concurren como mínimo 30 afectados de inicio para el ejercicio de la acción pues es un requisito de procedencia de la legitimación. Lo curioso es que la falta de este requisito no está prevista como “causal de improcedencia de la legitimación del proceso”, causales éstas que parecen ser expresas y taxativas a diferencia de los “requisitos de procedencia de la legitimación en la causa”, que sí contienen una cláusula general que establece “las demás que determinen las leyes especiales aplicables”.

XVI. Constituye un acierto que garantiza la publicidad del proceso la obligación impuesta a las asociaciones civiles sin fines de lucro y al representante común de la colectividad de informar a la misma el estado que guarda el proceso, a través de medios idóneos, por lo menos cada seis meses. Obligación similar se impone también a la PGR, Profeco, Profepa, Condusef y Cofeco, organismos que deberán llevar un registro público.

XVII. No se prevé la obligación de ofrecer asistencia legal profesional.

XVIII. El procedimiento establecido para el trámite de las acciones colectivas parece no desarrollar el principio procesal de la igualdad de las partes y, en todo caso, se inclina a favorecer los intereses no de la parte más débil, entendida como la colectividad, sino del sujeto vulnerador del derecho que, por lo general, es el Estado o grandes corporaciones del sector privado, pues no de otra manera podría entenderse la existencia de 2 etapas de traslado de la demanda al demandado en diversos momentos y con plazos distintos; la primera de ellas cuando el juez ni siquiera la admite, para que el demandado manifieste lo que a su derecho convenga respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la legitimación; y, la segunda, una vez admitida para que conteste la demanda. Como se ve, el procedimiento establecido rompe con la regla

general aplicable a todo proceso conforme a la cual una vez recibida la demanda por el juez y verificado el cumplimiento de los requisitos de ley, ésta debe ser admitida para posteriormente correr traslado al demandado para su contestación.

Resulta también de interés preguntarnos ¿con qué fin debe el juez correr al actor traslado de la “segunda contestación” de la demanda?

Otro aspecto que es de resaltarse es, como veremos, el hecho de permitir la posibilidad de conciliar cuando pende aún el plazo señalado para contestar la demanda (en el segundo traslado).

XIX. La reforma prevé mecanismos de autocompación de conflictos, fundamentalmente, la conciliación. Una vez se traba la relación jurídico procesal (con la contestación de la demanda) el juez determinará fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación. Se admite en cualquier momento del proceso antes de que se dicte sentencia de primera instancia. El juez deberá proponer soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos. El acuerdo deberá ser revisado de oficio por el juez velando por una adecuada protección de los intereses de la colectividad. Asimismo, deberá dar vista a los órganos y organismos públicos considerados como sujetos legitimados y al procurador general de la República, y después de escuchar las manifestaciones de los miembros de la colectividad, podrá aprobar el convenio que tendrá efectos de cosa juzgada. Con todo y ello, resulta *inconveniente* la fijación de fecha y hora para celebrar audiencia de conciliación cuando aún pende el plazo legal concedido al demandado para contestar la demanda y que puede ser prorrogable por un periodo igual. La razón: el actor no tendrá elementos para llegar a un acuerdo sin conocer de antemano la posición del demandado frente a la *litis*.

XX. En cuanto a la sentencia, tratándose de *acciones colectivas (stricto sensu) e individuales homogéneas* constituye un *desacierto* el no regular en forma expresa la posibilidad de emitir sentencias de condena en abstracto con efectos generales con el fin de que cada afectado promueva el incidente de liquidación con efectos particulares, pero puede inferirse del análisis del articulado en conjunto. No debe olvidarse que en este sentido ya existe un antecedente marcado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que al resolver un caso que involucra la protección de derechos colectivos extiende los efectos de la cosa juzgada de la sentencia declarativa a todos los perjudicados.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> SCJN, Juicio de amparo directo 15/2009, sesión del 26 de mayo de 2010: “La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que tal como lo alegó la parte quejosa, no debían limitarse los efectos de la sentencia declarativa en la que se condenó a

XXI. La sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad.<sup>21</sup> Aquí es importante aclarar que no sólo la sentencia no recurrida produce efectos de cosa juzgada, sino que también produce los mismos efectos, la sentencia contra lo cual no cabe recurso alguno, bien sea porque ya han sido previamente agotados, o bien, porque contra la resolución no procedía ningún recurso. Por otra parte, hubiera sido relevante prever la excepción a la cosa juzgada cuando la sentencia es desestimada por insuficiencia probatoria, institución de gran valor en el derecho comparado.<sup>22</sup>

XXII. En cuanto al procedimiento que debe llevarse a cabo para promover y tramitar el incidente de liquidación, creemos que no tiene sentido diferenciar, como lo hace el legislador, según se trate de afectados que se adhieren a la colectividad durante la sustanciación del proceso o de aquéllos que se adhieran hasta 18 meses después de que la sentencia haya causado estado. En ambas hipótesis deberá acreditarse el daño, aunque la disposición pareciera exigir este requisito solo en el se-

la empresa constructora únicamente a la reparación de daños y perjuicios a favor de 82 consumidores, ya que podía haber más miembros de la clase afectada que, sin importar que hayan participado en el juicio principal, fueron afectados por el mismo hecho, máxime que de autos se advertía la construcción de más casas en el fraccionamiento.

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

21 En cuanto a la cosa juzgada, Antonio Gidi explica que en el derecho procesal ordinario la cosa juzgada vale *pro et contra*, es decir, con independencia del resultado del proceso. Sin embargo, es de notar que de acuerdo con su propuesta, la cosa juzgada en los procesos colectivos tendría una diferente repercusión de acuerdo con el resultado práctico obtenido en la demanda, de modo que “si el juicio fuere de procedencia, favorable a la pretensión de la colectividad, la inmutabilidad de su comando se extendería para todos los interesados; si el juicio, al contrario, fuese desfavorable a los intereses de la colectividad, la referida inmutabilidad no se extendería, no pudiendo perjudicar a quien no estuvo presente en el proceso”. Gidi, 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*, p. 265.

22 Así por ejemplo ha sido previsto en las legislaciones brasileña y colombiana que regulan las acciones colectivas. El Código Modelo de Procesos Colectivos, por su parte, recoge este criterio, aplicando lo que también se conoce en la doctrina procesal como cosa juzgada *secundum eventum probationis*, según la cual, podrán las mismas partes, con las mismas pretensiones y la misma *causa petendi*, incoar nueva acción, si y sólo si, existe prueba sobreviniente capaz de modificar el fondo de la controversia, dejando claro que no ha de tratarse de cualquier prueba, sino de aquélla que sea capaz de modificar la decisión. Véase el artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica así como el comentario de Freddie Didier Jr. Cfr. Gidi Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, cit., pp. 343-345.

gundo supuesto. Una lectura integral de las diversas disposiciones que aluden al tema nos confirma que el daño deberá ser probado en todos los casos. En ambos casos se prevé un término de prescripción del derecho de cobro del importe liquidado por el juez, estableciéndose un año para ejercer este derecho. Quizá la única diferencia, y no queda muy claro aún, sería en cuanto al plazo para promover el incidente de liquidación, pues en la primer hipótesis, el afectado deberá promoverlo en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria; mientras que en la segunda hipótesis no se establece ningún término, por lo que suponemos que, o bien deberá promoverse conjuntamente con el acto de adhesión o en todo caso dentro de los 18 meses posteriores a que la sentencia haya causado estado, o bien, se ajusta a la misma regla seguida en la hipótesis primera. Lo dicho hasta aquí aplicaría sólo en *acciones colectivas en stricto sensu e individuales homogéneas*.

XXIII. Sólo se alude al recurso de apelación en dos supuestos: a) contra el auto de admisión o desechamiento de la demanda, y b) de la sentencia, cuando la representación hubiere sido fraudulenta, caso en el cual el actor dispone de 45 días hábiles contados a partir del día en que la sentencia ha sido proferida. La concesión del recurso tendrá como efecto la nulidad de las actuaciones viciadas siempre que la representación fraudulenta haya influido en el resultado del proceso.

XXIV. La reforma no establece los efectos de la concesión del recurso de apelación de autos o de sentencias, esto es, si se concede en el efecto suspensivo o devolutivo. Lo ideal hubiera sido disponer la concesión del recurso con el efecto devolutivo con el fin de permitir la ejecución de la sentencia entre tanto se resuelve el recurso.<sup>23</sup>

XXV. No se establece en forma expresa el fin de las medidas cautelares, si bien es claro que tales medidas tienen como finalidad evitar que

<sup>23</sup> Si bien la regla general es la concesión del recurso con efecto suspensivo, se aboga en la doctrina porque el recurso en los procesos colectivos sea concedido con efecto devolutivo, salvo que se alegue y funde la existencia de lesión grave y de difícil reparación con la ejecución inmediata de la sentencia. En este aspecto, algunos teóricos, en aras de garantizar la responsabilidad del ejecutante frente a los perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la sentencia de llegar a ser revocada, sugieren, de un lado, la posibilidad de que el supuesto configure una causal de responsabilidad objetiva o, del otro y en sentido opuesto, la exigencia de probar la configuración de una responsabilidad subjetiva, de modo que sólo probándose la existencia de dolo o culpa, el ejecutante deba responder por los daños que se ocasionen al ejecutado si la sentencia es modificada en segunda instancia. Otros, por su parte, recomiendan la necesidad de que en todo caso el ejecutante ofrezca garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios que ocasione la ejecución del fallo. *Cfr.* Gomes Júnior, Luiz Manoel, "comentario", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, cit., p. 226.

se cause o se siga causando un daño a la colectividad, que sea irreparable y que pueda afectar los derechos e intereses de la colectividad. Proceden en cualquier etapa del proceso, a petición de parte. El juez deberá otorgar garantía de audiencia al demandado para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares. Asimismo, el juez solicitará opinión a los órganos y organismos según corresponda (Profeco, Profepa, Condusef y Cofeco) a fin de tener mayores elementos en caso de necesitarlos para la adopción de dichas medidas. Si con el otorgamiento de la medida se pudiera ocasionar daño al demandado, éste deberá otorgar garantía suficiente para reparar los daños que pudieran causarse a la colectividad, salvo aquellos casos en los que se trate de una amenaza inminente e irreparable al interés social, a la vida o a la salud de los miembros de la colectividad o por razones de seguridad nacional.

Un *acierto* de la regulación de las medidas cautelares consiste en la incorporación de concepto de *riesgo*: “el riesgo de que se cause o continúe causando un daño de difícil o imposible reparación”. El carácter preventivo de la medida se evidencia además al prever que las mismas podrán concederse en aquellos casos en los cuales si bien no se ha producido el daño, *necesariamente* haya de causarse, de forma inminente e irreparable a la colectividad.

En todo caso, el juez deberá valorar que con el otorgamiento de la medida no se causen más daños que los que se causarían con los actos, hechos u omisiones objeto de la misma y que no se cause una afectación ruinosa al demandado. Aquí el ejercicio intelectual del juez gira en torno a la ponderación de derechos en conflicto, como el derecho al medio ambiente o salud vs. libertad de empresa y derecho al trabajo.

Finalmente, se advierte también como *desacierto*, la improcedencia de decretar la medida cautelar de oficio.

XXVI. La previsión de medidas de apremio, que van desde multas hasta el arresto, constituyen un rezago del cumplimiento de la obligación ejerciendo fuerza sobre la persona del obligado.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> La normativa consagra mecanismos de coacción psicológica como las multas coercitivas y las llamadas *astrentes* —multas sucesivas—, que constituyen medios de apremio sobre el obligado para que ejecute el hecho convenido o determinado y que se encuentran vigentes aún en los procesos civiles tradicionales de algunos países. También el Código Modelo de Procesos Colectivos recomendó su incorporación al prever este mecanismo en el artículo 6. Sin embargo, resulta de gran valor el comentario del tratadista Cruz Arenhart quien resalta las dificultades que podrían presentarse al no prever quién es el destinatario de la multa coercitiva. En tales casos, sugiere tomar en consideración el criterio seguido en la legislación Brasileña, conforme al cual ésta debe estar destinada al Fondo para la Defen-

XXVII. No se previene ningún régimen de incentivos o gratificaciones para el promotor de acciones difusas.<sup>25</sup>

#### IV. CONCLUSIÓN

De lo expuesto debe concluirse que la regulación recientemente aprobada contiene vacíos, ambigüedades y es notoriamente dilatoria y, peor aún, pretende dar una apariencia de tutela de derechos tras el velo de la ley.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El ombudsman. La defensa de los intereses difusos*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1983.

CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.

sa de Derechos Difusos. *Cfr.* Cruz Arenhart, Sergio, "comentario", en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Código Modelo de Procesos Colectivos...*, *cit.*, p. 148.

<sup>25</sup> La legislación colombiana previó un régimen de incentivos y gratificaciones para el actor popular y para las entidades públicas que promovieran acciones colectivas, disposiciones que rigieron hasta el 29 de diciembre de 2010, fecha en la cual se expide la Ley 1425 de 2010 que las deroga. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-630-11 declara la exequibilidad (conformidad con el texto constitucional) de esta ley derogatoria por las siguientes razones: a) el establecimiento o supresión de un incentivo económico para el actor popular se enmarca en el ámbito de configuración legislativa de las acciones populares; b) la supresión de los incentivos no conlleva la imposición de cargas irrazonables y desproporcionadas a los actores populares porque en todo caso el juez pueda reconocer las costas del proceso; c) la derogación del estímulo económico que existía a favor del actor popular no constituye una medida regresiva, que desconozca derechos adquiridos o equivalga a la derogación de las acciones populares como mecanismo constitucional de protección y defensa de los derechos colectivos, porque: *i.* el incentivo previsto en la Ley 472 de 1998 no constituye en sí mismo un derecho subjetivo del actor, una especie de "derecho adquirido" no susceptible de ser afectado por el legislador; *ii.* no puede hablarse en este caso de regresividad de los "derechos sociales" (Título II, Capítulo II de la C.P.), pues aunque en ocasiones pueden coincidir con los "derechos colectivos" (artículo 88, Ley 472 de 1998), su concepto y alcance es diferente y el hecho de que se reconozca o no el incentivo para el actor popular no supone que haya un desmejoramiento en la protección de unos u otros. *Cfr.* Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-630-11 del 24 de agosto de 2011, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa- UNAM, 2003.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *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*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María, “Vivir en paz: paz y derechos humanos”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año I, núm. 1, febrero-octubre de 1993.
- NIGRO, Mario, *Giustizia Amministrativa*, 2a. ed., Bologna, il Mulino, 1979.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Italia, Cedam, año LIV, segunda serie, núm. 1, enero-marzo de 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.