



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 30, enero-junio 2014

LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS AL DESARROLLO REGIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO SOCIAL

THE CONTRIBUTION OF CLASS ACTIONS FOR REGIONAL DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE OF SOCIAL LAW

Juan Manuel GÓMEZ RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto analizar la contribución que las acciones colectivas pueden tener al desarrollo social, en particular al regional, desde un enfoque diferente al tradicional, circunscrito a sus efectos y consecuencias en el derecho constitucional, en el derecho civil, penal, administrativo, ambiental o en el procesal; en suma, respecto a la dicotomía público/privado, para abordar su tratamiento desde el derecho social, que a mi juicio ha permanecido en cierto sentido ajeno a la discusión académica con motivo de su implementación. Nuestra premisa es que el diseño constitucional y legal actual de las acciones colectivas inhibe un indispensable pluralismo jurídico de participación y coordinación que, en mi opinión, alumbraría la mejor aplicación del ordenamiento jurídico tanto federal como local en clave social.

Palabras clave: Acciones colectivas, acceso a la justicia, legitimación, intereses, derechos colectivos, derechos difusos, grupos vulnerables, derecho social.

ABSTRACT: This article aims to analyze the contribution that class actions can have social development, particularly to regional, from a different approach to the traditional, limited to its effects and consequences in constitutional law, civil law, criminal, administrative, environmental or procedural, in short, about the public/private dichotomy, to address their treatment from the social law, which I believe has been in some sense outside the academic discussion on the occasion of its implementation. Our premise is that the current legal and constitutional design class actions, inhibits an indispensable legal pluralism participation and coordination in my opinion, enlighten the best application of law in both federal and local social key.

Keywords: Class actions, groups actions, access to justice, standing, interests, collective rights, diffuse rights, vulnerable groups, social law.

* Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1 de Conacyt.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente reforma que incorpora las acciones colectivas en nuestro marco constitucional, fruto de una exigencia social cada vez más intensa de diversas organizaciones de la sociedad civil, implica una transformación radical al sistema de protección de los derechos en México que, de un sistema centrado en la tradición liberal de defensa de la persona de corte individualista, pasa a incorporar la protección de los derechos colectivos y difusos en ciertos sectores del ordenamiento jurídico. Hay que precisar que en México, previo a la reforma constitucional, ya se contaba con acciones colectivas en el marco legal ordinario en materia laboral y agraria, a través de las acciones concedidas a los sindicatos y a los núcleos ejidales, así como las acciones de grupo en el ámbito de los derechos del consumidor¹ y de la denuncia popular en materia ambiental, aunque esta última sin reunir las características de una verdadera acción colectiva.²

No obstante, es preciso reconocer que estas acciones previas han sido insuficientes para atender los conflictos que han generado la apertura económica y la globalización. Cada vez es más evidente que diversos grupos y colectivos sociales³ han quedado indefensos ante los vertiginosos cambios que operan la transformación económica y social del país. El paradigma económico dominante ha generado su exclusión de las oportunidades de

¹ Las acciones de grupo están contempladas en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Véase, al respecto, Ovalle Favela, J., “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 587-615.

² La denuncia popular prevista en el artículo 189 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se presenta ante una instancia administrativa, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), la que se convierte en el sujeto legitimado para actuar ante la instancia jurisdiccional.

³ Para efectos de este artículo, por grupo entendemos un conjunto de personas que pueden ser identificadas o identificarse en función de compartir intereses determinados o que pueden determinarse; un ejemplo de ello son los grupos de consumidores de determinados bienes o servicios. En cambio, se entiende por colectivos, un conjunto de personas que se identifican por compartir intereses de carácter indivisible que no pueden ejercerse aisladamente, y que se concretan en su ejercicio; por ejemplo los colectivos heterogéneos de personas que comparten su interés por la protección del medio ambiente o del paisaje, para impedir las subidas en el transporte público, o bien para proteger el derecho a la alimentación. Respecto a los primeros, nos adherimos a la práctica legal en Colombia y respecto a los últimos a la influencia de la experiencia brasileña.

desarrollo económico y de protección legal, así como genera que sean discriminados en el ejercicio de sus derechos.

En ese sentido, en el ámbito internacional se ha explorado el papel que las acciones colectivas pueden jugar como herramientas de control de la actuación, ya no sólo pública sino también privada, y como estrategia legal, pues buscan dinamizar y expandir el acceso a la justicia. Desde otro enfoque, también se ha considerado su influencia y participación en la conformación de las políticas públicas, no únicamente como instrumentos de control judicial en su diseño e implementación, sino también como mecanismos de evaluación, coordinación y complementación, que inciden en su definición, adopción y eficacia, para contribuir al bienestar social.

Al respecto, este artículo tiene por objeto, por una parte, analizar precisamente la contribución que las acciones colectivas pueden tener al desarrollo social, en particular al regional, desde un enfoque diferente al tradicional, circunscrito a sus efectos y consecuencias en el derecho constitucional, en el derecho civil, penal, administrativo, ambiental o en el procesal; en suma, respecto a la dicotomía público/privado, para abordar su tratamiento desde el derecho social, que ha permanecido en cierto sentido ajeno a la discusión académica con motivo de su implementación.

Nuestra premisa es que el diseño constitucional y legal actual de las acciones colectivas, que dispone atribuciones solamente al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de acciones colectivas, así como faculta de manera exclusiva a los jueces federales para conocer sobre estos mecanismos y procedimientos, impide de manera injustificada y arbitraria el desarrollo e implementación de su práctica legal en las entidades federativas; tal proceder, es contrario a la esencia del federalismo que nutre nuestro marco constitucional e inhabilita la generación de experiencias, así como el enriquecimiento de los conocimientos necesarios para su mejora y perfeccionamiento en sede local. En concreto, se prescinde de un indispensable pluralismo jurídico de participación y coordinación que alumbraría la mejor aplicación del ordenamiento jurídico, tanto federal como local, en clave social, lo que en su ausencia perjudica a los grupos y colectivos más vulnerables de la sociedad mexicana.

Desde otro enfoque, busca analizar en forma crítica la reforma constitucional y legal que ha sido realizada de manera fragmentada a diversas leyes, con motivo de su inclusión a nuestro derecho. Para ello, se analizan en perspectiva comparada los casos de Brasil, Colombia y Canadá, países que han implementado sus propios modelos de acciones colectivas. La

finalidad de este análisis comparado es demostrar que la reforma legal en materia de acciones colectivas no ha considerado la adopción de los avances de la experiencia internacional sobre la materia y se ha decantado por un modelo que ha demostrado en la práctica ser el menos apropiado para la protección de los derechos colectivos y difusos.⁴ El caso brasileño resulta muy interesante por su énfasis en la protección amplia de diversos grupos sociales y por qué ha desarrollado un sistema que no se circunscribe a seguir la regla tradicional de igualdad formal ante la ley del procedimiento civil, sino que contiene importantes innovaciones sociales. Asimismo, se analiza el caso de Colombia por haber establecido un sistema que, al igual que el brasileño, busca ampliar el acceso a la justicia y brindar un sistema de protección objetiva frente a ilegalidades con consecuencias masivas que realizan tanto sujetos públicos como privados, empoderados por la desregulación y la liberalización económica global. Finalmente, se analiza el caso de Canadá por su experiencia en la práctica de un modelo que se enriquece con las influencias jurídicas tanto del gobierno federal como de las provincias, por la generación de conocimientos y las experiencias de sus tribunales, en la conformación de una práctica legal enriquecida por su pluralidad en el ámbito de las acciones colectivas.

Del mismo modo, tiene por objeto identificar las mejores prácticas de regulación en perspectiva comparada, así como los criterios que deben armonizar su aplicación, debido a que se considera que la carencia de estos criterios priva de un acceso efectivo a la justicia a los sectores más indefensos y vulnerables de la sociedad mexicana.

II. LAS ACCIONES COLECTIVAS, CONCEPCIONES EN FUNCIÓN DE SUS OBJETOS DE PROTECCIÓN: INTERESES O DERECHOS

A lo largo de los últimos cuarenta años, las acciones colectivas han tenido un desarrollo importante en el contexto internacional. Desde sus orígenes en la teoría italiana⁵ y su aplicación temprana en Estados Unidos con la denominada regla 23 en el ámbito procesal civil, se han planteado como objeto

⁴ Véase Hernández, M. del P., *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.

⁵ Es de destacar las contribuciones tempranas de Giannini, M. S., “La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1974; Cappelletti, M. y Garth, B., *Access to Justice: A World Survey*, Giuffrè-Sijthoff-Noordhoff, 1978, vol. I. Una introducción a este trabajo fue publicada en español bajo el

constituirse en herramientas para un mejor acceso a la justicia de ciertos grupos y colectivos que tienden a encontrarse en una posición de debilidad frente al resto de la sociedad.

Desde otro enfoque, la emergencia de nuevos derechos que ameritan protección legal, como es el caso de los derechos de los consumidores, la protección del medio ambiente o los intereses de personas que se encuentran en una situación de desigualdad económica o exclusión social, y que no pueden ser objeto de una protección apropiada a través de las reglas tradicionales del proceso civil individual, hacen necesaria la implementación de nuevos mecanismos legales, como es el caso, entre otros, de las acciones colectivas, cuyo objeto sería atender estas necesidades en forma adecuada. La práctica legal de su ejercicio en perspectiva comparada ha permitido descubrir otras funciones importantes de estos instrumentos legales, como es el hecho de que las acciones colectivas juegan un papel relevante en el diseño, transformación y mejora en la aplicación de las políticas públicas encaminadas a un mejor acceso a la justicia y a la protección de los derechos.

Para definir las acciones colectivas hay que considerar los diferentes elementos y características que puede englobar la definición de acción colectiva, así como distinguir los diferentes intereses y derechos susceptibles de ser protegidos a través de ella. Las diferentes propuestas realizadas en pro de su concepción en perspectiva comparada y el análisis de su evolución en nuestro país nos pueden facilitar esta tarea y brindarnos un marco de comprensión general para su tratamiento apropiado.

En ese sentido, el profesor Cabrera Acevedo, quien fue el primero en escribir sobre este tema en nuestro país,⁶ al analizar la doctrina italiana hace referencia a la existencia en el derecho romano del interdicto pretorio, cuya función era proteger intereses sobre-individuales, como la contaminación de la vía pública, su consiguiente prohibición y la exigencia de daños como un antecedente relevante de la acción colectiva.⁷ Por su parte, Sánchez Cordero, al prologar el libro del profesor brasileño A. Gidi, plantea que

título *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

⁶ Cabrera Acevedo, L., "La protección de intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XXXIII, 1983.

⁷ Particularmente las ideas de los profesores Vittorio Scialoja en el siglo XIX y Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti en el siglo XX. *Cfr.* Cabrera Acevedo, L., "La tutela de los intereses colectivos y difusos", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 213 y ss.

las acciones colectivas tienen su origen en las cortes de equidad (*Equity Courts*) inglesas y que esta acción era propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente a juicio.⁸

Ya en la época contemporánea, es en Estados Unidos, gracias a las peculiaridades de su proceso legal, donde la acción colectiva fue retomada mediante la reforma realizada en 1966 a la regla 23 de las reglas federales del procedimiento civil. Como ha destacado el profesor Gidi, las acciones colectivas en Estados Unidos tienen tres objetivos: proporcionar economía procesal, acceso a la justicia, así como la aplicación voluntaria y autoritativa del derecho material.⁹

En América Latina, las acciones colectivas han sido implementadas en varios países. Sin embargo, destacan los casos de Colombia y Brasil. En el caso de Colombia, ante la ausencia de una concepción doctrinal sobre los intereses colectivos, la Corte Constitucional ha definido los intereses colectivos como aquellos que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una comunidad y cuya existencia se concreta con su ejercicio ante la jurisdicción.¹⁰ En el caso de Brasil, las acciones colectivas tuvieron un primer antecedente con la Ley núm. 4717 de Acción Popular de 1965, que fue restringida a la anulación de actos administrativos que dañaban intereses públicos. Posteriormente, fue emitida la Ley núm. 7347 de 1985 de Acción Civil Pública, que por primera vez aborda en forma específica el procedimiento para las acciones colectivas y la protección de toda clase de derechos difusos y colectivos, principalmente en los ámbitos de protección del ambiente y al consumidor.¹¹ Finalmente, en 1990 se establece el Código de Defensa del Consumidor que establece procedimientos para proteger derechos individuales homogéneos.¹² Actualmente, las acciones colectivas

⁸ Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. XVII.

⁹ Gidi, A., “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, trad. de Duoun Laila, *Direito e Sociedade*, Curitiba, vol. 3, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 117-150.

¹⁰ Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹¹ Es importante destacar que en la definición de los intereses colectivos y difusos, la legislación brasileña tuvo una marcada influencia de la doctrina italiana; entre otros, de autores como Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti.

¹² Esta clasificación de derechos individuales homogéneos desarrollada en el Código de Defensa del Consumidor brasileño, a su vez fue influenciada por la *class actions for damages* prevista en la regla 23 del procedimiento civil estadounidense.

tienen una aplicación cada vez más intensa en los ámbitos de los derechos de los consumidores, derecho ambiental y derecho tributario.

En el ámbito de las acciones colectivas, lo primero que destaca es que el tratamiento doctrinal del objeto de protección es el de intereses, quizá para diferenciar su tratamiento de la protección de los derechos a la persona individual, aunque no se haga una distinción general entre los intereses y los derechos que se busca proteger con estas acciones. Los intereses tanto colectivos como de grupo no podrían ser objeto de individualización al no pertenecer en concreto su titular a un sujeto individual, lo que dificultaría su protección como derechos.¹³ De ahí que el concepto de interés sirva para definir de mejor forma el vínculo jurídico que une a quienes se encuentran dentro de un grupo o colectivo que comparten este tipo de intereses indivisibles, susceptibles de ser protegidos a través de estas acciones.

La doctrina ha generado la denominación de “intereses supraindividuales”¹⁴ o transindividuales¹⁵ para referirse a estos intereses, cuya principal característica es su indivisibilidad, así como su falta de pertenencia a un titular determinado. Pese a que hay intentos de clasificarlos como intereses objetivos, subjetivos¹⁶ o normativos, consideramos que es preferible su ex-

¹³ Para Gidi, se trata de derechos que “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social pero sin personalidad jurídica”. Gidi, A., “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E., *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, pp. 32 y ss.

¹⁴ Así los ha denominado en la doctrina española Fairén Guillén, quien opina que una especie de estos intereses serían los intereses colectivos y difusos. Véase Fairén Guillén, V., *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 93 y ss.

¹⁵ Así los refiere el artículo 81, fracciones I y II, del Código de Defensa del Consumidor brasileño, al definir los derechos difusos como “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas, ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I), y por derechos colectivos “los transindividuales de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”. Sin embargo, es posible que uno de los primeros en referirse a este concepto en la doctrina italiana haya sido Vigoriti, quien refirió que en relación a estos intereses su delimitación implica no sólo una puntualización terminológica, sino también sustancial para preparar las condiciones de acceso a la justicia de tales intereses. Véase Vigoriti, V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 55 y ss.

¹⁶ Esta es la postura generalmente aceptada en la doctrina y que adopta, entre otros,

plicación desde ambos criterios porque por una parte hay una categoría de situaciones e intereses indivisibles que en el ordenamiento se identifican a partir de quien ejerce su representación (elemento subjetivo), y por otra parte se configura una relación entre este representante y el bien jurídico indivisible tutelado (elemento objetivo).¹⁷

Por otra parte, la naturaleza de estos intereses no es estrictamente privada, pues no corresponde a un individuo determinado; tampoco se trata de un interés público o general, pues no atañe a todos los integrantes de la sociedad, y tampoco el bien objeto de interés requiere necesariamente tener relevancia general.¹⁸

Ahora bien, en el ámbito procesal se ha considerado que es a través de la figura de interés legítimo que estos intereses de naturaleza social y colectiva acceden al proceso para su tutela jurisdiccional.¹⁹ Sin perjuicio de ello, consideramos que lo que protege este tipo de intereses desde una perspectiva sustancial es un tipo de derecho social distinto a los derechos sociales de clase,²⁰ que al ser común y compartido por un conjunto diverso de personas, por un lado, permite su fragmentación, al reconocer situaciones jurídicas atribuibles tanto a organizaciones como individuos²¹ y, por otro, permite la protección de aquellos intereses sociales vulnerables a la complejidad que plantea la masificación económica.²²

Giannini, M. S., "La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, cit.

¹⁷ Comparten esta visión Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 76 y ss., y Gómez de Liaño, G. F., "La legitimación colectiva y el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia*, núm. 86, 1986, p. 558, quien a pesar de que acepta que estos intereses pueden integrar colectivos poco precisos en su composición cuya titularidad pueda ser individual, tienen su desarrollo en el grupo social.

¹⁸ En ese sentido, algunos autores refieren la posibilidad de su tratamiento como intereses intermedios entre los públicos y los privados, cuyo objeto es proteger a grupos y colectivos que comparten necesidades particulares comunes que tienen dimensión propia. Se adhieren a esta postura intermedia Giannini, M. S., *Derecho administrativo*, trad. de Luis Ortega, Madrid, MAP, 1991, y Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, colectivos y difusos*, Navarra, Aranzadi, 1999.

¹⁹ En ese sentido, cfr. Cordón Moreno, F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 130 y ss.

²⁰ Derechos laborales y agrarios.

²¹ Este sería el caso de lo que la doctrina conoce como intereses individuales homogéneos, o bien intereses individuales de incidencia colectiva

²² Particularmente en las actividades de producción, distribución y consumo.

Esta peculiar naturaleza sería la causa generadora de la protección de estos nuevos derechos intermedios entre los derechos públicos y privados, a través de los cuales se organizan o coordinan grupos y colectivos no determinados y determinados, que se vinculan para la defensa de sus intereses colectivos o difusos comunes.

III. UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA INCLUSIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Las acciones colectivas fueron incorporadas al ordenamiento constitucional mexicano mediante la reforma al párrafo tercero del artículo 17 constitucional, que textualmente estableció la facultad exclusiva al Congreso de la Unión para expedir leyes que regulen las acciones colectivas.²³ Además, la reforma planteó que estas leyes —de creación exclusiva del Congreso de la Unión— deben establecer las materias de aplicación, los procedimientos judiciales, así como los mecanismos de reparación del daño.

Igualmente, determinó la competencia exclusiva de los jueces federales sobre estos procedimientos y mecanismos. Esta situación ha sido muy polémica desde dos perspectivas. En principio, no resulta justificable el celo del legislador para excluir a las autoridades locales del ámbito de las acciones colectivas, ya que las violaciones de grupos marginados socialmente suelen ocurrir en ámbitos de competencia local y municipal, y no sólo en el ámbito federal. Desde otra perspectiva, no se toma en cuenta la mejor regulación internacional sobre la materia. Pese a que México se incorpora bastante tarde a la regulación de las acciones colectivas, no se aprovechan las valiosas experiencias previas en Brasil y Colombia para tener un modelo que incluya las innovaciones realizadas en estos países; incluso se pierde la valiosa oportunidad de considerar las aportaciones del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

En ese sentido, no se incluyen ámbitos en los que la vulneración de derechos y la indefensión jurídica de diversos colectivos es muy relevante, o en los que la competencia es concurrente entre Federación, estados y municipios, así como aquellos cuya competencia exclusiva del orden federal resulta cuestionable.

En el primer caso, no se incluyen dentro de las materias de aplicación de las acciones colectivas, las violaciones a los derechos de trabajadores, mu-

²³ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010.

jeros, personas adultas mayores, pueblos indígenas,²⁴ menores en condición de vulnerabilidad, o personas con alguna discapacidad, o bien a los derechos sociales de estos grupos como es el caso de sus derechos a la alimentación, a la salud, a un medio ambiente adecuado, al saneamiento del agua, así como vivienda,²⁵ todos ellos elementos indispensables para su desarrollo y bienestar.²⁶ Respecto al segundo caso, ámbitos como el de la protección del medio ambiente, que es concurrente en su parte sustantiva entre los tres órdenes de gobierno,²⁷ así como de forma inexplicable otros que, a pesar de ser considerados en la reforma a la legislación ordinaria, son de dudosa competencia exclusiva de la Federación, me refiero a los derechos de los consumidores y al derecho de la competencia económica²⁸ o el propio derecho procesal, cuya competencia es concurrente entre Federación y estados.²⁹

Con base en lo expuesto, si la competencia para legislar en relación con los derechos de los consumidores y respecto al derecho de la competencia no está incluida dentro del artículo 73 de la Constitución, relativo a las facultades del Congreso de la Unión, y tampoco se prevé como una facultad concedida por la Constitución en forma exclusiva a los poderes de la Unión,³⁰ debe concluirse por lo tanto que dichas materias no son competencia exclusiva de la Federación, sino concurrentes o reservadas a las entidades federativas.³¹

IV. EN BÚSQUEDA DE UN MODELO: LAS ACCIONES COLECTIVAS EN PERSPECTIVA COMPARADA

1. *Brasil*

Brasil se ha caracterizado por ser el país pionero en las acciones colectivas en América Latina. Como refiere Gidi, la primera ley sobre acciones colectivas en Brasil se remonta a 1985. Esta primera legislación sólo se ocupó de proteger el medio ambiente, los derechos del consumidor, así

²⁴ Véase artículo 2o. constitucional.

²⁵ Artículo 4o. constitucional.

²⁶ Véase Castro y Castro, J., *El amparo social*, México, Porrúa, 2005.

²⁷ Fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional.

²⁸ Artículo 28 constitucional.

²⁹ Artículo 121 constitucional.

³⁰ Fracción XXX del artículo 73 constitucional

³¹ Artículo 124 constitucional.

como los derechos del paisaje. Pese a que desde esta ley se estableció el procedimiento para tutelar derechos difusos y colectivos, no incluyó violaciones a los derechos individuales de incidencia colectiva.

Posteriormente, en 1990 se establece el Código del Consumidor,³² que establece reglas detalladas para la protección de derechos individuales homogéneos y que crea de forma novedosa el concepto de procedimiento “transustantivo”, aplicable a todos los derechos de grupo y colectivos. Asimismo, en estos años se amplían las materias objeto de este procedimiento para otorgar protección a grupos de personas discapacitadas, inversionistas, niños, combate a monopolios e impuestos.

Las acciones colectivas en Brasil no han sido únicamente utilizadas respecto a las relaciones económicas asimétricas entre particulares, sino para evitar aumentos injustos en las tarifas de transportes, contra escuelas privadas, empresas de seguros médicos, o en relación con la protección del derecho a la alimentación.

El Código de Defensa del Consumidor es el que establece los derechos a proteger al clasificarlos como derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Estos tipos de derechos los define como derechos transindividuales e indivisibles, para el caso de los derechos difusos, que pertenecen a un grupo indeterminado de personas, y para el caso de los colectivos a un grupo más específico.³³ En relación con el concepto de derecho transindividual, el Código lo refiere como aquel que no es individual y que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos, sin que se trate de una mera colección de derechos individuales por su naturaleza indivisible.

En el modelo brasileño sólo algunas entidades están legitimadas para demandar: el Ministerio Público, la República, los estados, los municipios, el Distrito Federal, los órganos administrativos y las asociaciones privadas.³⁴ Una característica importante es que en la legislación brasileña no existen procedimientos de certificación, por lo que el tribunal no requiere determinar el número de miembros de la colectividad, si los problemas comunes prevalecen sobre los individuales y si la acción colectiva resulta un mejor instrumento para resolver los problemas.

³² Véase http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm (consultada el 28 de noviembre de 2012).

³³ Artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor.

³⁴ Artículo 82, *ibidem*.

Algunas innovaciones interesantes son, entre otras, el papel que el Ministerio Público juega en la protección de los derechos colectivos o difusos, ya que es invitado a participar en el procedimiento en defensa de la legalidad y ha tenido un papel relevante en la promoción de acciones colectivas importantes para prohibir conductas ilegales o abusivas, contrarias al interés social.³⁵

Otro aspecto innovador lo constituye la creación de un fondo especial para la protección de los intereses difusos.³⁶ El fondo se compone de los pagos por daños otorgados por las acciones colectivas que involucran este tipo de intereses. Este fondo es administrado bajo el Ministerio de Justicia brasileño a través de un comité mixto compuesto por el gobierno y ciudadanos. El objeto del fondo es que sus recursos deben ser usados para financiar la restauración de los derechos que fueron vulnerados por los demandados.

En relación con el pago de gastos y costas de los procedimientos colectivos, la regla “el que pierde paga” se vuelve un elemento que impide la presentación de acciones colectivas. Por esta razón, en Brasil se protege a los representantes del grupo de la responsabilidad de pagar a los demandados los honorarios, las costas y los gastos en caso de perder. Esta exención no aplica para los demandados que son responsables de los honorarios de los abogados, así como de pagar a su contraparte los costos procesales en caso de no obtener sentencia favorable a sus intereses.³⁷

Desde otro punto de vista, las reglas específicas de la cosa juzgada para las acciones colectivas brasileñas no obligan a los miembros del grupo si la sentencia no es favorable a sus intereses, sólo obligan a los miembros del grupo cuando ganan el juicio.³⁸

Una cuestión muy importante en Brasil es que a pesar de que la ley y el Código aplicables a las acciones colectivas son federales, no se restringe la jurisdicción para conocer de estas acciones exclusivamente a las autoridades federales. De hecho, una crítica importante al sistema de acción colectiva brasileña es la ausencia de reglas que definan la jurisdicción de los tribuna-

³⁵ A partir de 2007, la Ley 11.448 amplió la capacidad jurídica para presentar acciones colectivas a la Oficina de Defensores Públicos.

³⁶ Artículo 13 de la Ley de Acción Civil Pública, disponible en: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7347-24-julho-1985-356939-norma-actualizada-pl.html> (consultada el 29 de noviembre de 2012).

³⁷ Artículo 87 del Código de Defensa del Consumidor.

³⁸ Artículo 103, *ibidem*.

les para decidir las acciones de clase presentadas en distintos lugares. Esta situación se deriva de que en Brasil la presentación de acciones colectivas en diferentes lugares puede dar lugar a acciones contradictorias y a que la Ley de Acción Civil Pública limite los efectos de la decisión a la jurisdicción del tribunal de origen de la decisión.³⁹

Sin embargo, en mi opinión, este tipo de conflictos puede ser resuelto otorgando competencia al ámbito federal para dirimir los conflictos si se involucran acciones interpuestas en dos o más entidades federales; en caso de que la relevancia del caso tenga alcance nacional, o sus miembros con intereses comunes pertenezcan a distintas localidades, disponer reglas para resolver los posibles conflictos competenciales atendiendo, en su caso, al lugar donde la afectación de los derechos colectivos sea más relevante, pero ello no significa cortar de tajo la necesaria pluralidad que debe haber entre autoridades federales y locales que enriquezca la práctica legal en este ámbito.

2. Colombia

En Colombia, la Ley 472 de 1998⁴⁰ regula dos tipos de acciones que protegen los intereses colectivos y de grupo. Las acciones populares tienen por objeto la protección de los derechos colectivos en sentido amplio y su finalidad cumple tres aspectos: preventivos, que consisten en evitar daños contingentes;⁴¹ suspensivos, que consisten en detener la amenaza o vulneración sobre los derechos colectivos, y restitutorios, que implican restablecer las cosas a su estado anterior.⁴² Asimismo, establece acciones de grupo que se otorgan para satisfacer intereses individuales de un grupo determinado para que se les reconozca el daño y se les pague la indemnización que corresponda.⁴³

³⁹ Artículo 16 de la Ley de Acción Civil Pública.

⁴⁰ Véase http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1998/ley_472_1998.php (consultada el 25 de noviembre de 2012). Esta Ley fue establecida cumpliendo el mandato de la Constitución de 1991.

⁴¹ Artículo 2359 del Código Civil de Colombia, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf (consultado el 28 de noviembre de 2012).

⁴² Artículo 2o. de la Ley 472. Estas son las acciones que en Colombia se utilizan para la protección de los intereses difusos o de grupos indeterminados.

⁴³ Artículo 3o., *ibidem*. Estas acciones son las que se utilizan para proteger intereses particulares de sectores específicos, que en las legislaciones brasileña y mexicana son

A. *Acciones populares*

El ámbito de materias que cubren las acciones populares es bastante amplio; destacan, entre otras, la protección del ambiente, uso y defensa de los bienes públicos, defensa del patrimonio público y cultural, seguridad y salud pública, competencia económica, acceso a servicios públicos, seguridad y prevención de desastres, desarrollo urbano, así como derecho de los consumidores y usuarios.⁴⁴

En Colombia, la legitimación para interponer acciones populares fue establecida originalmente en el Código Civil para cualquier persona.⁴⁵ Posteriormente fueron incluidas organizaciones no gubernamentales, entidades públicas, el procurador general de la nación, el Defensor del Pueblo, alcaldes, así como los servidores públicos que por razón de sus funciones deben proteger y promover los intereses colectivos.⁴⁶

Se establecen medidas cautelares de oficio o a petición de parte dentro de la tramitación del proceso. Se faculta al juez para tomar medidas a fin de prevenir un daño inminente, suspender el que se hubiese causado, obligar al demandado a caucionar para garantizar cualquiera de dichas medidas y, de forma innovadora, ordenar los estudios necesarios, con cargo a un fondo creado para la defensa de los derechos e intereses colectivos, para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.⁴⁷

La sentencia en las acciones populares debe ocuparse, en caso de ser condenatoria, de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la acción, definir de forma precisa la conducta a cumplir para proteger el derecho en peligro o vulnerado y condenar al pago de los perjuicios generados.⁴⁸ Además, establece que deberá fijarse el monto de un incentivo a otorgar al actor popular, lo que a nuestro juicio permite promover el empeño de los particulares en la protección de la colectividad.⁴⁹ Resulta muy loable que en la legislación colombiana se faculte al juez para tomar

intereses colectivos es estricto sentido, como es el caso de los derechos de los consumidores.

⁴⁴ Artículo 4o., *ibidem*.

⁴⁵ Artículo 1005 del Código Civil.

⁴⁶ Artículo 12 de la Ley.

⁴⁷ Artículo 25, *ibidem*.

⁴⁸ En caso de ser posible, deberá condenar a tomar las medidas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo de que se trate.

⁴⁹ Esta medida se recoge incluso en el Código Modelo de Procesos Colectivos para

las medidas que considere necesarias para la ejecución de la sentencia, así como para conformar un Comité con este objeto, conformado por las partes, las entidades públicas involucradas y una organización no gubernamental con actividades en los ámbitos objeto de la sentencia. Los efectos de la sentencia son para toda la colectividad.

B. Acciones de grupo

En relación con las acciones de grupo, los requisitos para su procedencia implican que el grupo afectado esté compuesto por al menos 20 personas; que cada miembro del grupo haya sufrido una afectación individual; que ese grupo de personas comparta condiciones uniformes respecto a la causa del daño;⁵⁰ que la acción se ejerza para obtener el reconocimiento del pago de daños y perjuicios; que la demanda se presente dentro de dos años de haber transcurrido el hecho que causó el daño, y que sea presentada por un abogado.⁵¹

Es importante destacar que este tipo de acción ha sido usada en Colombia por grupos de trabajadores para reclamar prestaciones laborales. Aunque se han rechazado las demandas bajo el argumento de que no existe la causa común,⁵² porque los contratos de trabajo son distintos, o bien porque la pretensión del grupo debe ser exclusivamente indemnizatoria y no puede ser utilizada para cobrar prestaciones laborales, constituye un buen indicio de que este tipo de acciones tiene que considerar su vocación social de solidaridad, ante la carencia de medios para actuar individualmente y cumplir su finalidad esencial de mejorar el acceso a la justicia, brindando herramientas procesales efectivas para proteger los derechos de los más vulnerables.

La legitimación se confiere a las personas que hubiesen sufrido el perjuicio individual, de carácter plurisubjetivo y con un origen común.⁵³ Es

Iberoamérica, aprobado en octubre de 2004 en las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en la ciudad de Caracas, Venezuela.

⁵⁰ También se contemplaba como requisito que existieran causas de uniformidad en los elementos que configuran la responsabilidad. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó excluir la expresión “elementos que configuran la responsabilidad”. Sentencia C-569 del 18 de junio de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny.

⁵¹ Artículo 46 de la Ley.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 28 de octubre de 1999, C. P. Javier Díaz Bueno.

⁵³ También se confiere legitimación en este caso al Defensor del Pueblo.

importante destacar que las personas afectadas se pueden integrar al grupo durante el proceso, antes de la apertura de pruebas, así como dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, si no han formado parte del mismo, aunque en este caso no podrán beneficiarse de la condena en costas y no se incrementará el monto de la indemnización señalada en la sentencia.

Por otra parte, los miembros del grupo pueden optar por excluirse después del emplazamiento y cinco días después de emitida la sentencia, si no han formado parte del proceso. Esta facultad se vincula en Colombia a que considere que sus intereses no han sido representados adecuadamente o a errores en la notificación.⁵⁴ En mi opinión, resulta preferible al hecho de que la autoridad judicial examine la adecuación de la representación como condición de procedencia de las acciones de grupo.

Respecto a los efectos de la sentencia, dispone que debe ordenar el pago de dos indemnizaciones: una indemnización colectiva, que incluya la suma de las indemnizaciones individuales, así como los requisitos que deben cumplir los miembros ausentes del proceso para que puedan reclamar la indemnización que corresponda.⁵⁵ El monto total de las indemnizaciones se entrega al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, el cual es administrado por el defensor del pueblo y con cargo al cual se pagan las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso, así como de aquellos que sin haber intervenido en el proceso hagan valer su condición de miembros ausentes del grupo. La cosa juzgada en este tipo de acción involucra a quienes fueron parte en el proceso y respecto a los ausentes que no manifestaron su decisión de excluirse del grupo y de las consecuencias de la acción de grupo.

3. *Canadá*

En Canadá las acciones colectivas son una competencia que corresponde tanto al gobierno federal como a los gobiernos provinciales. El sistema legal canadiense es bilingüe y bijurídico. El Tribunal Federal en Canadá tiene competencia sobre acciones colectivas, aunque su competencia está limitada sólo a acciones contra el gobierno federal, cuestiones de derecho

⁵⁴ Estas personas podrán intentar acción individual para reclamar sus derechos.

⁵⁵ Artículo 61 de la Ley.

marítimo y propiedad intelectual.⁵⁶ Son las leyes y procedimientos provinciales los que realmente administran este tipo de acciones.

Quebec fue la primera provincia que estableció un estatuto legal sobre acciones colectivas como parte de una agenda reformista general.⁵⁷ Posteriormente, la Comisión para la reforma legislativa de Ontario publicó un informe masivo en tres volúmenes para impulsar un amplio cambio legislativo en este ámbito.⁵⁸

Sin embargo, no fue sino hasta 1992 que se estableció la Ley de Procedimientos de Clase. El objetivo de esta ley consiste en proporcionar un mecanismo que haga eficientes los reclamos de masas y mejore el acceso a la justicia. Esta ley fue seguida por la Ley de Columbia Británica de 1995.⁵⁹ Lo que permitió el cambio legislativo hacia una mayor aceptación de las acciones colectivas fue la declaración de derechos conocida como la “Carta de los Derechos y Libertades”, que amplió de forma considerable el papel de los tribunales.⁶⁰

Las acciones de clase pueden utilizarse para una gran variedad de demandas: responsabilidad ambiental, responsabilidad por productos y daños masivos, procedimientos de insolvencia y violaciones a las leyes de protección al ambiente y de la competencia.

Al igual que en Estados Unidos, en Canadá las acciones de clase requieren ser certificadas previamente antes de que sean admitidas como demandas colectivas a través de un juicio.⁶¹ La etapa de certificación es una etapa esencial para el éxito de la acción colectiva porque, si es concedida, presiona a los demandados por la posible exposición potencial si el asunto se trata sobre el fondo.

Los tribunales canadienses deben determinar la representación adecuada considerando, entre otros factores: la naturaleza y el alcance de las causas de la acción presentada, los argumentos presentados como apoyo de las pretensiones, el estado de cada acción de clase, el número, tamaño, y alcance

⁵⁶ Véase Hogg, W. P., *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Ontario, Thomson Reuters Canada, 2007.

⁵⁷ Véase Boggart, W. A., “Questioning Litigation’s Role-Courts and Class Actions in Canada”, *Indiana Law Journal*, vol. 62, núm. 3, 1987, p. 665.

⁵⁸ Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, vols. 1, 2 y 3.

⁵⁹ Prejiner, A. y Roy, J. (eds.), *Class Actions in Ontario and Quebec: Proceedings of the First Yves Pratte Conference*, Montreal, Editions Wilson & La Fleur Ltee, 1992.

⁶⁰ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I: *Of the Constitution Act*, 1982.

⁶¹ Branch, K. W., *Class Actions in Canada*, Aurora, Ontario, Canada Law Book, 2007.

en la participación de los demandantes, la prioridad relativa de iniciar las acciones colectivas y los recursos del abogado.

Respecto a las condiciones para la certificación, el demandante debe acreditar al tribunal que se cumplen los siguientes criterios: la solicitud debe revelar una causa de acción; el procedimiento colectivo debe ser preferible para la solución de los problemas comunes; el representante debe tener la justa y adecuada representación de los intereses del grupo; que ha elaborado un plan que establece un método viable de avanzar en el proceso en nombre de sus representados, y que no tiene intereses en conflicto con los miembros de la clase.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos con la regla 23, que exige al Tribunal determinar que las cuestiones de hecho o de derecho común a los miembros de la clase predominan sobre las cuestiones que afectan a los miembros individuales, en Canadá no se exige esta condición; en la legislación de Ontario sólo debe verificar que se plantean cuestiones comunes,⁶² al igual que en el estatuto legal de Columbia Británica.⁶³

Sin embargo, en ausencia de este requisito el tribunal debe comprobar que la acción de clase es el procedimiento preferible para la solución de los problemas comunes en lugar del resto de acciones. El Tribunal Supremo de Canadá ya se ha pronunciado sobre esta cuestión al analizar la relación entre procedimiento preferible y predominio, afirmando que la ley contempla que las acciones de clase sean admisibles aun cuando existan importantes cuestiones individuales, a diferencia de la norma federal americana, y que el requisito de preferencia implica que el representante de la clase debe demostrar que “dadas todas las circunstancias de la reclamación en particular, una demanda colectiva debe ser preferible a otros métodos de resolución de estas reclamaciones y, en particular, preferibles a un recurso individual”.⁶⁴

Respecto a los gastos y costas, a diferencia de la denominada *American Rule*, mediante la cual los abogados son pagados por sus clientes, en Canadá existen dos sistemas para la adjudicación de las costas procesales.⁶⁵ Las legislaciones de Ontario, Alberta y Nueva Brunswick siguen la regla

⁶² Véase sentencia *Carom vs. Bre-X Minerals Ltd.*, 1998 Can LII. 14.705 (ON SC), párrafo 48.

⁶³ British Columbia Class Proceedings Act, RSBC 1996, Chapter 50, S. 4 (1) (c). Véase, también, Alberta Class Proceedings Act, SA 2003.

⁶⁴ Supreme Court of Canada, *Hollick vs. Toronto*, 2001 CSC 68 (CanLII), párrafo 30.

⁶⁵ Conte & Newberg, *Newberg on Class Actions*, Danvers MA, West Group, 2002.

tradicional inglesa de que la parte perdedora debe pagar los costos, sujeta a la discreción del juez de no otorgar costas bajo ciertas circunstancias, mientras que en Quebec se siguen las reglas de costos tradicionales, con la variación de que sólo puede concederse una base nominal determinada de acuerdo con la escala de costos de la Corte para reclamaciones menores. En otros lugares de Canadá, en particular ante los tribunales de Columbia Británica, Saskatchewan, Manitoba y ante el Tribunal Federal, la Comisión para la Reforma Legislativa de Ontario propuso una regla de no costos que ha sido adoptada.⁶⁶ En estos casos, tanto demandantes y demandados no son responsables de los costos, salvo que haya habido una conducta frívola o abusiva de alguna parte.

Al igual que en el caso de Brasil y Colombia, en Canadá algunas provincias han establecido fondos; este es el caso del Fondo de Procedimientos de Clase de Ontario, que es operado por la fundación de derecho de Ontario y regulado por la Ley de Derecho de Sociedad como una iniciativa de acceso a la justicia en reconocimiento de las posibles consecuencias de la responsabilidad del representante de los demandantes en la cobertura de los costos,⁶⁷ el fondo proporciona asistencia a los demandantes en la cobertura para el pago de los costos, pero no cubre los honorarios del representante, mientras que en Quebec el fondo se ocupa tanto de los honorarios del representante como de los gastos.

V. LA REFORMA LEGAL EN MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO O CÓMO HACER INVIABLE EL ACCESO A LA JUSTICIA

La reforma legal que implementa las acciones colectivas en nuestro país consiste en un decreto de reformas a diversas leyes federales, publicado el 30 de agosto de 2011.⁶⁸ Una primera crítica a esta forma de implementar las acciones colectivas en nuestro país, es que no se realiza a través de una

⁶⁶ Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, Ministry of the Attorney General, 1982, vol. II.

⁶⁷ En Canadá es el representante de los demandantes el que asume los costos en caso de perder el caso y quien en caso de ganar se lleva el pago de los gastos y costas, pues los miembros de la clase no se enfrentan a las consecuencias de los costos del juicio.

⁶⁸ El Decreto 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

ley general procesal, como ocurre en Brasil o en Estados Unidos, sino a través de un decreto de reformas fragmentadas y confusas a un conjunto de legislaciones federales con un enfoque marcadamente económico y no social. Esta reforma limita el ejercicio de las acciones colectivas a las materias de consumo de bienes o servicios, públicos o privados, de servicios financieros y de medio ambiente. Su objeto se circunscribe, por tanto, a las relaciones entre particulares y, de manera indirecta, al ámbito estatal respecto a las empresas públicas que gestionan bienes o servicios públicos, pero no de manera directa respecto al gobierno federal, o a las administraciones públicas locales y municipios, como principales vulneradoras de derechos prestacionales;⁶⁹ por ejemplo, tampoco se concede acción colectiva en materia fiscal como sí ocurre en Brasil. Los cambios en la legislación inciden particularmente en una serie de temas.

1. *La legitimación*

Por cuanto hace a los nuevos intereses que tutela ahora el Código Federal de Procedimientos Civiles, se agregan los intereses difusos, colectivos e individuales de incidencia colectiva, con lo que ya no es necesario en forma exclusiva un derecho subjetivo para el acceso a la jurisdicción.⁷⁰ Por derechos e intereses difusos y colectivos, la reforma establece aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, sin establecer a cual condición corresponde cada interés, relacionadas por circunstancias comunes.⁷¹ Lo que genera contradicción en su tratamiento.⁷²

Por cuanto hace a los intereses de incidencia homogénea, determina aquellos de naturaleza divisible que corresponden a individuos integrantes de una colectividad como presupuesto procesal.

General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

⁶⁹ En Estados Unidos, Canadá y Brasil, las acciones colectivas proceden también contra las instancias gubernamentales.

⁷⁰ Véase artículo 1o. reformado del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁷¹ Véase el interesante trabajo de Cruz Parceró, J. A., *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004.

⁷² Artículo 580.

2. *Tipos de acciones*

Respecto a las acciones que pueden ejercerse, se instauran tres tipos de acciones:⁷³ un primer tipo son las acciones difusas cuyo titular es una colectividad indeterminada y cuyo objeto es limitado respecto a los otros dos tipos, consistente en la restitución al estado anterior a la afectación o, en su caso, el cumplimiento sustituto. Es importante señalar que en este caso la pretensión resulta limitada y no requiere vínculo alguno entre colectividad y demandado. En ese sentido, al tratarse del tipo de acciones que por sus características son utilizadas para la protección del medio ambiente, resulta criticable que no se establezcan verdaderas medidas de reparación del daño, de responsabilidad ambiental o de mitigación o remediación.⁷⁴

Otro tipo de acciones que establece la reforma es la acción colectiva en sentido estricto, que se ejerce para tutelar derechos cuyo titular es una colectividad determinada o determinable, basada en circunstancias comunes. Ésta sí considera la realización de acciones o su abstención para obtener la reparación del daño, así como establecer el pago de daños en forma individual a los miembros del grupo.

El tercer tipo de acción que se establece es la acción individual homogénea que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de individuos agrupados con base en intereses comunes. Respecto a este tipo de acción se requiere la existencia de un contrato previo, pues su objeto es obtener de un tercero su cumplimiento forzoso o rescisión.

Un aspecto criticable es que se establecen las acciones pero no los derechos objeto de las mismas, como sí ocurre por ejemplo en el Código del Consumidor brasileño. Al ser nuestro sistema legal de la familia del derecho civil, era necesario en primer lugar establecer los derechos sustantivos y después atribuir éstos a los grupos y colectivos. Al no considerar este aspecto, la reforma genera acciones colectivas como instrumentos procesales, sin derechos qué proteger.⁷⁵

⁷³ Artículo 581. Esta clasificación de acciones ha sido influenciada por el modelo brasileño.

⁷⁴ Véase Calvillo Díaz, G., “Reforma de acción colectiva y diálogo legislativo para el 2012: la vinculación pendiente entre el proceso y la responsabilidad ambiental”, *Derecho Ambiental y Ecología*, núm. 47, febrero-marzo, pp. 33-38.

⁷⁵ Véase Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, cit., p. 213, donde se menciona que si el derecho sustantivo no establece un procedimiento adecuado, su protección resulta estéril.

Igualmente, se hace referencia a que el juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, pero no establece con claridad en qué consisten estos principios.⁷⁶ Al respecto, es importante precisar que en Estados Unidos las reglas 23, 23.1 y 23.2 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil establecen como objetivos de las acciones colectivas proporcionar economía procesal, acceso a la justicia y efectividad del derecho material.⁷⁷

3. Prescripción y sujetos legitimados

El decreto de reforma establece que la prescripción de las acciones colectivas opera a los tres años seis meses, contados a partir de la fecha del daño causado. Esta disposición es polémica porque no considera el conocimiento de los afectados para que inicie el plazo y, comparado con los plazos para la prescripción de las acciones individuales, resulta demasiado breve.

Se ha considerado como sujetos legitimados a las procuradurías federales de protección al consumidor, de protección al ambiente, al procurador general de la República, así como las comisiones de defensa de los usuarios de servicios financieros y a la Comisión Federal de Competencia, pero se inhibe la competencia de las procuradurías locales y de los municipios a pesar de que la materia de protección del ambiente es concurrente.⁷⁸ Igualmente, se establece que la colectividad debe estar conformada por al menos treinta miembros, lo que no tiene ninguna justificación; incluso este requisito no es considerado en las reglas federales del procedimiento civil estadounidense, pues sólo refiere grupos cuyo litisconsorcio sea impracticable.⁷⁹ En el caso de México, las acciones colectivas laborales, cuya titularidad se otorga a los sindicatos, requieren 20 miembros para la conformación de éstos, con lo que es más estricto el requisito en el caso de las acciones colectivas.⁸⁰

⁷⁶ Artículo 583 reformado del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁷⁷ Véase Gidi, A., “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, *Direito e Sociedade*, Curitiba, vol. 3, núm. 1, junio de 2004, pp. 117-150.

⁷⁸ Inexplicablemente no se consideró a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como ocurre en Colombia.

⁷⁹ Regla Federal 23 (a) (1). En Estados Unidos el requisito no es una cuestión numérica sino que es necesario realizar un análisis de las circunstancias que involucren el caso concreto para determinar la impracticabilidad del consorcio. Tampoco este requisito está presente en Brasil. Véase Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos*, cit., p. 74.

⁸⁰ Al respecto, no se toma en cuenta que más que un criterio cuantitativo, debe haber

4. *Procedimiento*

En relación con el procedimiento y en lo relativo a los requisitos de la demanda, se imponen requisitos formales más exigentes que para las acciones individuales. Se establecen tres diferentes tipos de requisitos: requisitos de contenido, requisitos de procedencia de legitimación de la causa, y, por si esto fuera poco, también se establecen causales de improcedencia de la legitimación en el proceso. Por cuanto a los primeros, entre otros, se requiere el nombre y domicilio del demandado, cuando no en todos los casos se tiene conocimiento previo de éste.⁸¹ En materia laboral, basta señalar a quien resulte responsable, propietario o poseedor del lugar en que se prestaron los servicios.

Del mismo modo, se requiere que los actores precisen el derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado, cuando la propia legislación sustantiva no establece derechos y la legislación procesal sólo señala el tipo de acciones. Por tanto, esta determinación debería corresponder al juez al valorar la legitimación en la causa.⁸²

Al respecto, también se exige que la actora refiera los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad, así como los fundamentos de derecho. Este requisito resulta también muy rigorista en acciones que pretenden un mayor acceso a la justicia de grupos y colectivos demandantes. Esta situación se hace más estricta porque se otorga la facultad al juez para que prevenga la demanda a la parte actora con el fin de que aclare o subsane la demanda. Asimismo, le faculta para desecharla de plano en caso de que la actora no desahogue la prevención.⁸³

La reforma también establece una serie de requisitos de procedencia de legitimación en la causa, entre los que destaca: cuando se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, se exige que sean declaradas existentes por resolución firme de la Comisión Federal de Competencia. De esta forma,

una consideración cualitativa para la procedencia de la acción colectiva, que considere su pertinencia e idoneidad no en función del número de miembros sino respecto de su eficacia en la protección de los derechos involucrados.

⁸¹ Artículo 587, fracción V, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁸² Artículo 587, fracción VI, *ibidem*.

⁸³ También se establece que el juez puede desechar aquellas demandas infundadas, frívolas o temerarias, sin que se determine qué criterios debe considerar el juez para que se determine una demanda colectiva como infundada en esta etapa del procedimiento.

esta Comisión primero actuará como autoridad en acciones colectivas que vulneren el derecho de competencia y después como parte actora una vez constituido el título base de su acción.⁸⁴ Igualmente, se establece que debe existir coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida. Sin embargo, no en todos los casos será posible acreditar esta circunstancia desde el ejercicio de las acciones colectivas.

Por cuanto a la legitimación en el proceso, se establecen como causales de improcedencia, entre otras, que los miembros de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas.⁸⁵ En ese sentido, se opta por la opción más restrictiva o denominada *opting in*, u opción por entrar, en lugar de la opción *opting out*, que es la opción elegida en Canadá y Estados Unidos. Esta situación implica el consentimiento previo para la procedencia de la acción que, sin duda, puede debilitar el poder de negociación y la efectividad de la acción colectiva al no considerar el potencial consentimiento de los ausentes.

Se establece como causa de improcedencia que la colectividad no pueda ser determinada en los casos de acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea, lo que parece exagerado si se considera que el juez de oficio puede verificar el cumplimiento de este requisito durante el procedimiento y debería, en ejercicio de sus facultades, considerarla como una acción difusa de oficio y no declararla como improcedente.

5. Emplazamiento, certificación, ratificación y plazos

Una vez cubiertos los requerimientos procesales, el juez realiza un emplazamiento al demandado, previo a la certificación y admisión o desechamiento de la demanda.⁸⁶ Su objeto es darle vista respecto al cumplimiento de los requisitos de procedencia. Sin embargo, este emplazamiento previo

⁸⁴ Artículo 588, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Civiles. Este requisito de resolución firme es contradictorio con la reforma al artículo 38 de la Ley Federal de Competencia, derivado del propio decreto de reformas que implementa las acciones colectivas, pues refiere que las personas pueden interponer acciones en defensa de sus derechos e intereses *de forma independiente a los procedimientos previstos en la ley*; no hace referencia a la necesidad de resolución firme a la que se refiere la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁸⁵ Artículo 589, fracción I, *ibidem*.

⁸⁶ Artículo 590, *ibidem*.

es también rigorista si se atiende a las facultades del juez para prevenir y desechar la demanda de oficio, pues equivale a dar a conocer las pretensiones y hechos de la demanda a la parte demandada sin haberse aún certificado y admitido la acción colectiva.

Desahogada la vista el juez procederá a realizar la certificación del cumplimiento de los requisitos de los artículos 587, relativo a lo que la demanda debe contener, y 588, respecto a los requisitos de legitimación en la causa. No se establece que para la certificación analice las causales de improcedencia establecidas en el artículo 589, lo que sin duda resulta contradictorio. Además, se permite que el juez modifique esta resolución en cualquier etapa del procedimiento, lo que vulnera la garantía de seguridad jurídica para los demandantes de las acciones colectivas.

Concluida la certificación, el juez puede proveer sobre la admisión o desechamiento de la demanda. Si es admitida se ordena que el representante legal ratifique la demanda. Esta misma condición se dispone respecto del escrito de pruebas. Se establece que la notificación a la colectividad del inicio del procedimiento debe realizarse por los medios idóneos, sin precisar éstos, y que la notificación debe ser económica, eficiente y amplia.⁸⁷

Asimismo, nuevamente debe notificarse al demandado concediéndole un plazo de quince días para contestar la demanda, que puede ampliarse hasta por un periodo igual a petición del demandado. Este plazo resulta demasiado largo si se considera que ya tiene conocimiento de la demanda previamente a la certificación y admisión de la misma.⁸⁸

Por cuanto a los plazos del procedimiento, se estima que éstos resultan demasiado largos. El juez puede proceder a abrir el juicio a prueba por un periodo de 60 días hábiles comunes para las partes, y prorrogarlo hasta por otros 20 días hábiles. Además se establece que deberán desahogarse en la audiencia final del juicio en un lapso que no exceda los cuarenta días hábiles, el que también podrá ser prorrogado. Posteriormente se establece un plazo de treinta días hábiles para que el juez emita su resolución final.⁸⁹

6. *Sentencia, medidas precautorias y cosa juzgada*

Tales plazos no se justifican si se considera que para la reparación del daño, en el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales

⁸⁷ Artículo 591, *ibidem*.

⁸⁸ Artículo 592, *ibidem*.

⁸⁹ Artículo 596, *ibidem*.

homogéneas, cada miembro de la colectividad tendrá que promover el incidente de liquidación en el que deberá probar el daño sufrido y cuyos requisitos y plazos deben ser establecidos en la sentencia.⁹⁰ Ya se ha mencionado que la sentencia en el caso de las acciones colectivas difusas tiene por objeto condenar al demandado a la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si fuese posible, o en su caso al cumplimiento sustituto, sin permitirse la reparación del daño.

Por cuanto a las medidas precautorias, se establece de manera novedosa que el juez debe cuidar que no se cause una afectación ruinosa al demandado, y darle vista por tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga en relación con las medidas cautelares, e incluso se establece la necesidad de solicitar opinión a los órganos administrativos competentes, lo que hace que la medida precautoria pierda su efectividad.⁹¹

Respecto a la relación entre acciones individuales y colectivas, por una parte se establece que en caso de que un actor individual quiera adherirse a una acción colectiva, debe desistirse del proceso individual; pero si se declara improcedente la pretensión colectiva y se trata de intereses individuales de incidencia colectiva, se dejan a salvo sus derechos por la vía individual, lo cual resulta contradictorio.⁹²

Al regular la cosa juzgada, se establece que ésta vincula a todos los miembros de la colectividad, con lo cual se afecta a los miembros ausentes del grupo en una acción colectiva difusa, ya que no podrán ejercitar una acción individual.

7. *Costas y fondo*

Respecto a los gastos y costas del procedimiento, se establece que cada parte asumirá los gastos y costas de la acción colectiva, así como los honorarios de sus respectivos abogados. Sin embargo, no se atendió al carácter resarcitorio que debe tener el pago de gastos y cuentas, habida cuenta que el supuesto objeto de la implementación de las acciones colectivas es mejorar el acceso a la justicia de grupos que resienten los abusos de una posición económica más débil en las relaciones económicas, por lo que no parece

⁹⁰ Artículo 605, *ibidem*.

⁹¹ Artículo 611, *ibidem*.

⁹² Artículo 613, *ibidem*.

equitativo que quien haga valer derechos colectivos o difusos frente a poderes fácticos, tenga que soportar los gastos que su ejercicio, protección y garantía requieren.

Por otra parte, se establece que los gastos y costas de la parte actora podrán ser pagados por el Estado con cargo al fondo que se crea cuando el interés social lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita,⁹³ y al remitirse a la disposición específica que regula el fondo, se establece que éste se integrará únicamente con los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas.⁹⁴ Esta situación implica que al no considerar integrar el fondo con los recursos de los otros tipos de acciones colectivas, no habrá fondos suficientes para cumplir su objeto de pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, y que tampoco se puedan utilizar los recursos en forma directa para compensar o mitigar los daños generados en las acciones colectivas difusas, y tampoco para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos.⁹⁵

VI. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS AL DESARROLLO REGIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO SOCIAL

Con base en el análisis realizado, podemos concluir que las acciones colectivas han servido como un elemento importante de transformación en la protección de los derechos colectivos y difusos en Brasil, Colombia y Canadá. La importancia de las acciones colectivas como instrumento de mejora en el acceso a la justicia, la calidad de vida, la protección de los derechos contra daños masivos, así como en la protección de grupos vulnerables, es una realidad que se corrobora con las iniciativas regionales en este ámbito. Así lo demuestra la creación del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado hace más de un lustro,⁹⁶ así como la iniciativa actual de la Unión Europea enfocada a establecer un marco normativo que armonice los diferentes sistemas nacionales en esta materia.⁹⁷

⁹³ Artículo 618, *ibidem*.

⁹⁴ Artículo 624, *ibidem*.

⁹⁵ Artículo 625, *ibidem*.

⁹⁶ Aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, en el marco de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

⁹⁷ Véase SEC (2011) 173 final. Documento de Trabajo de los servicios de la Comi-

Pese a los avances e innovaciones sociales observados en los diferentes modelos de acciones colectivas comparados, nuestro país no consideró dichas innovaciones en el ámbito de la regulación de las acciones colectivas para establecer un modelo orientado a satisfacer las necesidades apremiantes de grupos vulnerables, consumidores y ambientalistas. Parece que más que buscar mejorar el acceso a la justicia, el verdadero objetivo de la reforma es maniatar la justicia social.

Varias de estas innovaciones ya se encuentran contempladas en el Código Modelo, que reconoce que la protección de los nuevos intereses diseñados con la creación de las acciones colectivas corresponde a los llamados derechos de tercera generación o derechos de solidaridad, que buscan proteger estos intereses sociales.⁹⁸

Igualmente, destaca la inclusión de las organizaciones sindicales como sujetos legitimados para promover este tipo de acciones, así como contemplar un incentivo económico para aquellas asociaciones que promuevan acciones en beneficio de la sociedad, parecido al incentivo que se prevé en la legislación colombiana.⁹⁹

Como toda crítica también debe estar encaminada a mejorar el marco legal existente, consideramos importante hacer varias propuestas con base en el análisis comparado realizado. En primer lugar, debe considerarse ampliar el ámbito de competencia de estas acciones para atender las violaciones a los derechos de trabajadores, mujeres, personas adultas mayores, pueblos indígenas, así como a los derechos sociales de estos grupos, como es el caso de sus derechos a la alimentación, a la salud, a un medio ambiente sano, al saneamiento del agua, a proteger su derecho a un transporte de calidad y a vivienda.

Del mismo modo, debe considerarse ampliar la competencia a las autoridades locales para conocer de las acciones colectivas, tal como ocurre en Brasil y Canadá. Esta situación no impide que la legislación aplicable en algunas materias sea de carácter federal. En ese sentido, también debe

sión de Consulta Pública, “Hacia un planteamiento coherente del recurso colectivo”, del 4 de febrero de 2011.

⁹⁸ Véase la exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

⁹⁹ Para un análisis puntual del Código Modelo véase Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E. (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.

buscarse poder interponer acciones colectivas en contra del gobierno federal, las autoridades estatales y los municipios.¹⁰⁰

En relación con los sujetos legitimados para instaurar las acciones colectivas, debe incluirse a las procuradurías estatales, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales, así como a las organizaciones sindicales, e incluso a las MIPYMES, a las que de acuerdo con la reforma laboral recientemente aprobada, les corresponderá, gracias a la figura del *outsourcing*, la carga de cumplir con las prestaciones de seguridad social.

Por cuanto a los requisitos de certificación, y al igual que ocurre en Colombia y Brasil, debiera derogarse esta condición, pues en nuestro país, que tiene un procedimiento judicial burocrático y deficiente, establecer condiciones de certificación a la parte demandante inhibe la presentación de demandas y evita dar un tratamiento más efectivo al procedimiento de este tipo de acciones.¹⁰¹ Además, se estima suficiente que el juez realice una evaluación rigurosa de la representación adecuada para proceder a admitir a trámite las demandas colectivas. Desde otro punto de vista, se estima que debe haber un incentivo económico sobre todo para aquellas personas o colectivos que promueven una acción difusa en beneficio de la colectividad, como ocurre en Colombia.

Respecto a los gastos y costas, se estima que el modelo brasileño es el más apropiado, pues introduce una regla de indudable beneficio social que los representantes del grupo no tengan que pagar gastos y costas en caso de perder, y que los demandados sí sean responsables del pago de sus abogados y de los gastos generados por la tramitación del juicio en caso de que resulten responsables.

Finalmente, y por cuanto a la cosa juzgada, se estima que la regla de *opting out* que se sigue en Colombia para excluirse del litigio en caso de no querer sus consecuencias, es mejor que la regla del *opting in*. Además, la cosa juzgada como ocurre en Brasil sólo debiera aplicarse al grupo en caso de que la misma les beneficie y no en aquellos casos en los que les perjudique, pues en caso contrario se afecta a los miembros ausentes, que ya no

¹⁰⁰ Véase Ferrer Mac-Gregor, E., “Amparo colectivo en México: hacia una reforma constitucional y legal”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Danés Rojas, E. (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

¹⁰¹ El Código Modelo no incluye esta certificación que corresponde más bien al derecho anglosajón. Además, la certificación se vuelve un lastre cuando se exige un determinado número de miembros para el colectivo.

podrán hacer valer sus derechos. En suma, y parafraseando a Cappelletti, “una visión individualista del debido proceso procesal debe ser sustituida por una concepción del debido proceso social”.

VII. CONCLUSIONES

El objeto de protección jurídica de las acciones colectivas son los intereses supraindividuales o transindividuales de grupos y colectivos. El concepto de interés sirve para definir de mejor forma el vínculo jurídico que une a quienes se encuentran dentro de un grupo o colectivo que comparten este tipo de intereses indivisibles, susceptibles de ser protegidos a través de estas acciones.

La naturaleza jurídica de estos intereses no es estrictamente privada puesto que no corresponde a un individuo determinado, ni tampoco se trata de un interés público o general pues no atañe a todos los integrantes de la sociedad, y tampoco el bien objeto de interés requiere necesariamente tener relevancia general.

Son intereses de naturaleza social y colectiva que buscan proteger derechos sociales distintos a los derechos sociales de clase, como es el caso de los derechos laborales o agrarios que, al ser comunes y compartidos por un conjunto diverso de personas, por un lado, permiten su fragmentación, al reconocer situaciones jurídicas atribuibles tanto a grupos, colectivos, como individuos, y por otro permite la protección de aquellos intereses sociales vulnerables a la complejidad que plantea la masificación económica y la indefensión que generan los nuevos poderes fácticos del mercado.

La técnica legislativa utilizada en la reforma resulta criticable, pues no se realiza a través de una ley general procesal, como ocurre en Brasil o en Estados Unidos, sino a través de un decreto de reformas fragmentadas y confusas a un conjunto de legislaciones federales con un enfoque marcadamente económico y no social.

No resulta justificable el celo del legislador para excluir a las autoridades locales del ámbito de las acciones colectivas, ya que las violaciones de grupos marginados socialmente ocurren por lo regular en ámbitos de competencia local y municipal, y no sólo en el ámbito federal.

La reforma en materia de acciones colectivas no toma en cuenta la mejor regulación internacional sobre la materia. Por ejemplo: no se aprovechan las valiosas experiencias previas en Brasil y Colombia para tener un modelo

que incluya las innovaciones realizadas en estos países; incluso se pierde la valiosa oportunidad de considerar las aportaciones del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Las acciones colectivas en Brasil no han sido únicamente utilizadas respecto a las relaciones económicas asimétricas entre particulares, sino para evitar aumentos injustos en las tarifas de transportes, contra escuelas privadas, empresas de seguros médicos, o en relación con la protección del derecho a la alimentación.

En Colombia se establece un Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, que es administrado por el Defensor del Pueblo y con cargo al cual se pagan las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso, así como de aquellos que sin haber intervenido en el proceso hagan valer su condición de miembros ausentes del grupo. En Brasil se constituye un Fondo Especial para la Protección de los Intereses Difusos. El Fondo se compone de los pagos por daños otorgados por las acciones colectivas que involucran este tipo de intereses. Este Fondo es administrado bajo el Ministerio de Justicia brasileño, por un comité mixto compuesto por el gobierno y ciudadanos. El objeto del Fondo es que sus recursos deben ser usados para financiar la restauración de los derechos que fueron vulnerados por los demandados.

En México, en cambio, el Fondo solamente tiene por objeto el pago de los gastos y costas de la parte actora, lo que excluye la posibilidad de utilizar los recursos en forma directa para compensar o mitigar los daños generados en las acciones colectivas difusas.

Con base en el análisis comparado realizado, es posible concluir que en México la reforma constitucional y legal en materia de acciones colectivas no cumple su finalidad esencial de mejorar el acceso a la justicia, brindando herramientas procesales efectivas para proteger los derechos de los más vulnerables.

