

## EL ROL DEL JUEZ EN LA ADJUDICACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA: UNA OPORTUNIDAD PARA EL LITIGIO ESTRUCTURAL EN MÉXICO

Jaime OLAIZ-GONZÁLEZ\*  
Juan BOSCO LÓPEZ\*\*

*Para Owen Fiss*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Reforma en materia de acciones colectivas en México. III. Trasplante de instituciones jurídicas extranjeras. IV. La protección de los derechos individuales de incidencia colectiva como pivote para el litigio estructural. V. La función judicial como clave para la introducción del litigio estructural en México para proteger derechos individuales de incidencia colectiva. VI. Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN

La figura del litigio estructural ha servido desde los años sesenta en los Estados Unidos para corregir las deficiencias o inequidades que conlleva la aplicación de prácticas o políticas públicas que no solamente resultaban inconsistentes con los derechos tutelados en la Constitución, sino que implicaban una violación sistemática de derechos civiles, políticos y sociales que profundizaban las desigualdades de carácter racial, de género, entre otras, en los Estados Unidos durante esa época.<sup>1</sup>

\* Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México. J. S. D. Candidate '14, Yale Law School; LL. M. '09, Yale Law School; Becario Fulbright-García Robles y de la Secretaría de Educación Pública (México).

\*\* Candidato a la licenciatura en Derecho, Universidad Panamericana, México.

<sup>1</sup> Fiss, Owen M., *The Law as It Could Be*, New York, New York University Press, 2003. Owen Fiss, profesor Sterling en la Universidad de Yale, ha dedicado su trayectoria académica al análisis y defensa de las posibilidades de erradicar las diferencias sistémicas que resul-

Este tipo de litigio vertebrado en la prerrogativa constitucional para ejercer —en el marco de las cláusulas de debido proceso e igualdad ante la ley—, acciones encaminadas a la protección de los derechos violentados por la aplicación de políticas inconsistentes con aquellos, revolucionó la estructura de las instituciones públicas en los Estados Unidos, particularmente en materia educativa,<sup>2</sup> laboral, penitenciaria<sup>3</sup> y más recientemente, de protección al consumidor. La experiencia que arrojan esas transformaciones puede resumirse en dos aspectos fundamentales:

1) Por un lado, el rol insustituible que asumió el Poder Judicial para impulsar, legitimar y en ocasiones, encabezar la agenda transformadora de las estructuras diferenciadoras/discriminatorias prevalecientes,<sup>4</sup> como el único participante legitimado para determinar —a pesar de su naturaleza contramayoritaria—,<sup>5</sup> el alcance de las garantías previstas en la Constitu-

tan violatorias de derechos fundamentales que tutelan la igualdad jurídica de los ciudadanos y su libre acceso a la justicia, mediante el cabal ejercicio de los derechos procesales que la propia Constitución de Estados Unidos otorga, con la finalidad de equalizar a los ciudadanos mediante el litigio para enfrentar en el marco de la legalidad vigente, las asimetrías inherentes a las relaciones entre los gobernados y las estructuras burocráticas o privadas. Esta vocación se refleja con prístina elocuencia en dos piezas del autor que han resultado de particular relevancia para el presente trabajo: *The Forms of Justice*, *Harvard Law Review*, núm. 93, 1979; así como “The Social and Political Foundations of Adjudication”, en Goldwin, Robert A. y Schambra, William A., *How Does the Constitution Secure Rights?*, 1983. Ambos ensayos aparecen también en la obra referida al inicio de esta nota, en las páginas 1 y 48 respectivamente.

<sup>2</sup> *Brown vs. Board of Education*, 1954. 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

<sup>3</sup> *Ruiz vs. Estelle*, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980).

<sup>4</sup> Fiss, Owen M., *op. cit.*, p. 244. En lo que se denomina “segunda reconstrucción” en los Estados Unidos con motivo de la declaración de inconstitucionalidad de la política “separados pero iguales,” el profesor Fiss describe en los siguientes términos el rol de la Corte Suprema: “The Second Reconstruction refers to a period of American history dedicated to the eradication of the social structures that had been used for almost a century to perpetuate the subjugation of blacks. At the center of this reconstructive enterprise was the Supreme Court, which spurred, legitimated, and sometimes even managed the reforms. The Court, however, did not act alone, and many achievements of that period of history can be traced to the involvement of the other branches of government and society in general. The Court drew on this involvement and, in fact, did all that it could to nourish it”.

<sup>5</sup> Bickel, Alexander, “The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics”, Yale University Press, 1986. Esta alusión se ubica en lo que Alexander Bickel denominó en su tiempo como la “dificultad contramayoritaria,” del poder judicial y consiste en las complejidades para legitimar la autoridad de la Corte Suprema a la luz de su naturaleza ajena a la designación mayoritaria o plebiscitaria, que confiere legitimidad democrática a los poderes ejecutivo y legislativo. Véase también Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

ción con la finalidad de asegurar la igualdad de todos los ciudadanos frente a la aplicación de la ley —y consecuentemente, de las políticas públicas que resultasen de las leyes secundarias—, así como el libre acceso a la tutela de esos derechos mediante mecanismos procesales efectivos y oportunos que garantizaran la solución más práctica para remediar la violación sufrida o enmendar la política entonces inconsistente con el marco constitucional.<sup>6</sup>

2) Por el otro, la definición de aquéllas materias que con base en el pulso social y la realidad marcada por las preocupaciones más atingentes de la comunidad, fueran susceptibles de una protección con incidencia colectiva por parte de los tribunales, con una doble finalidad: la inmediata, para remediar los daños inflingidos a los quejosos, y la ulterior, consistente en reformar las estructuras políticas y/o corporativas que mediante la implementación de sus políticas, violaban derechos fundamentales de los ciudadanos.

La vía predominante por la que se ha encauzado este modelo de litigio ha sido a través de las acciones colectivas o “de clase”, las cuales con independencia de sus óptimos resultados en el contexto de la impartición de justicia en los Estados Unidos, no acaban de ofrecer empero, la panacea con la que se les presenta frecuentemente en el exterior. Es cierto que a lo largo de los últimos cuarenta años su ejercicio ha contribuido a transformaciones radicales en las estructuras públicas y privadas, garantizando el goce de los derechos previstos en la Constitución de los Estados Unidos; sin embargo, incluso dentro del foro y academia jurídicas estadounidenses existen aproximaciones críticas acerca de la pertinencia y empleo de estas figuras procesales, con la finalidad de conservar su objetivo original de proteger los derechos de una colectividad con identidad de intereses jurídicos de manera más expedita y eficaz que en el escenario de que cada uno de sus integrantes, promoviera la defensa de sus derechos de manera individual.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Fiss, Owen M., *The Forms of Justice*, *cit.*, pp. 20, 37-42. El remedio en el marco del litigio estructural se implementa a través del mandato judicial que ordena la suspensión del acto reclamado que constituye una violación o amenaza a los derechos del quejoso. A diferencia del modelo convencional de litigio de tipo adversarial, el remedio estructural no se centra en la compensación por el daño causado ni en la aplicación de una pena, sino en la erradicación de las políticas inconstitucionales y la modificación de la estructura agente de esas violaciones. Por eso, advierte Fiss que el mandato judicial como remedio por excelencia del litigio estructural es característicamente prospectivo, y no retrospectivo como sucede en los litigios de tipo adversarial.

<sup>7</sup> Fiss, Owen M., “The Political Theory of the Class Action,” *cit.*, pp. 122-132. Las referencias específicas a los beneficios de la defensa colectiva de derechos aparecen en las páginas 123 a 127.

Pero dichas críticas no se reducen a su pertinencia, sino también al análisis de su conveniencia, justificando esta última solamente en términos de provecho patrimonial para los afectados o la eliminación de políticas públicas que no guardan coherencia con los derechos tutelados en el texto constitucional.

A lo largo de las siguientes páginas, analizaremos las posibilidades de armonizar la iniciativa de reforma constitucional en materia de acciones colectivas aprobada en diciembre, en el Senado, y que acaba de pasar por unanimidad en la Cámara de Diputados,<sup>8</sup> con la figura del litigio estructural como mecanismo para proteger derechos individuales de incidencia colectiva, previstos en la reforma de mérito. Como veremos a continuación, el ponente ha asignado una responsabilidad de la mayor trascendencia al juzgador como agente del esperado éxito y consolidación de un nuevo modelo de litigio en México.

## II. REFORMA EN MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO

La reciente aprobación —unánime en ambas Cámaras— de la reforma mediante adición constitucional de las denominadas “acciones colectivas”, representa la única alternativa efectiva e independiente de organización y acción colectivas para modificar las estructuras públicas y privadas que actualmente fomentan las desigualdades y abusos sobre los sectores más vulnerables de la sociedad: campesinos, indígenas, personas en situación de pobreza extrema, consumidores, por citar los grupos más relevantes.

Esta reforma pone en manos del Poder Judicial Federal la facultad para impulsar, legitimar y encabezar la defensa de los derechos cuya protección individual resulta evidentemente impracticable a la luz del sistema jurídico prevaleciente, y que solamente en conjunto o colectivamente pueden ser defendidos ante los tribunales de manera más eficaz, justa y con la expectativa razonable, no solamente de una retribución o compensación por los daños causados, sino más aún, de una transformación de las estructuras inequitativas predominantes, mediante la sanción del único intérprete autorizado de la Constitución.

<sup>8</sup> Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. Proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aprobado en la Cámara de Diputados con 319 votos en pro y una abstención. Ha pasado a las Legislaturas estatales para los efectos constitucionales. Véase en la Gaceta Parlamentaria, núm. 2976-IV, jueves 25 de marzo de 2010.

La forma en que se ha discutido la reciente iniciativa de reforma para introducir la tutela de derechos colectivos en la Constitución, mediante adición al artículo 17 de la ley fundamental de disposiciones sustantivas, que confieran legitimidad procesal a pluralidades de individuos para solicitar la protección de sus derechos ante los tribunales, representa un avance significativo en la aproximación de nuestro ordenamiento a estándares propios de sistemas jurídicos desarrollados con amplia tutela de derechos ciudadanos.

Empero, debemos reconocer también que la reforma en comento no es suficiente y, desde nuestra perspectiva, se ha emprendido sin la posibilidad —como resultado de las complejas negociaciones políticas que le antecedieron y que se relatan por el ponente en la exposición de motivos de la iniciativa de mérito— de integrar elementos fundamentales en la confección de lo que se anticipa como un nuevo lenguaje de derechos en México.<sup>9</sup>

En este ensayo, trataremos de abonar la presente iniciativa ya aprobada en su cámara de origen, con componentes que a la luz de la experiencia comparada y la realidad tanto de la función judicial cuanto de la justiciabilidad de estos derechos, permitirá construir una narrativa más sólida sobre las acciones colectivas en nuestro país.

<sup>9</sup> No hay lugar a dudas que estamos atravesando por un momento de profundas transformaciones normativas en México, que consisten en cambios de los paradigmas que prevalecieron durante décadas. En últimos meses se ha pasado de la protección individual de derechos a su tutela colectiva; del interés jurídico en el juicio de amparo al interés legítimo; de la relatividad de las sentencias de amparo a la declaración general de inconstitucionalidad, excepción hecha en material tributaria. Estas transformaciones tienen como divisa la mutación del paradigma individualista tradicional a una aproximación de justiciabilidad colectiva como expresión más realista del pulso social de nuestra época. Ana Laura Magaloni se ha dedicado los últimos años a confeccionar una narrativa sobre estas transformaciones que requiere nuestro país para consolidar un auténtico y efectivo estado de derecho. En el tema que ocupa este ensayo, resulta muy pertinente un artículo sobre acciones colectivas que Magaloni inicia con una pregunta que debe ocupar las preocupaciones de todos los participantes vinculados con la vigencia y efectividad de la ley. Magaloni inquiere “¿Qué relación existe entre el Estado de derecho y el nivel de litigiosidad de una sociedad? Muchos asuntos en tribunales, ¿hablan de una mayor o menor eficacia de la ley? [Quiénes] y por qué litigan son preguntas clave para evaluar la utilidad social de los tribunales. [Las acciones colectivas] sirven para que una sola persona u organización, en representación de un grupo o colectividad indeterminados, haga valer los derechos de éstos. La sentencia tiene efectos para toda la colectividad o grupo y no sólo para el individuo en particular. Este tipo de litigios en otras partes del mundo, ha sido un instrumento efectivo para igualar la cancha del juego entre consumidores y proveedores de bienes y servicios. [La solución] real al conflicto pasa por que la empresa modifique su patrón de conducta. [Ello] sólo va a suceder si la sentencia judicial protege a todos los consumidores de ese servicio y no sólo al individuo concreto que demandó”. Ana Laura Magaloni, “Acciones colectivas”, *Reforma*, 16 de agosto de 2008.

No nos detendremos en la distinción semántica entre derechos sociales, colectivos, difusos, entre otras categorías, que han ocupado a la doctrina durante varios años,<sup>10</sup> por la finalidad funcional que persigue el presente trabajo, para cuyos efectos la noción de derechos colectivos se identifica con la existencia de una pluralidad de individuos que tienen una identidad en el objeto de sus reclamaciones por las violaciones sufridas o en los daños causados por la existencia de una política pública que vulneró sus derechos fundamentales, que encuentran la defensa conjunta de sus derechos como la alternativa más práctica para solicitar la protección de la justicia, en tanto que de hacerlo individualmente las posibilidades para financiar su litigio serían mínimas o inexistentes y sus expectativas de compensación significativamente menores a las que tendrían de actuar conjuntamente.<sup>11</sup>

Esta aproximación conceptual a los derechos y acciones colectivas es coincidente en lo general con las definiciones expuestas en la iniciativa que nos ocupa, por lo que asumimos esta identificación como punto de partida para los argumentos que se expondrán en las siguientes páginas.

Asimismo, en el marco de análisis sobre la reforma de mérito, este trabajo se propone ofrecer argumentos a favor de una aproximación más flexible al principio de relatividad de las sentencias de amparo previsto en el artículo 107 constitucional. Mucho se ha discutido acerca de la imposibilidad de modificar esta disposición, debido al impacto deficitario, por necesidad que tendría en las finanzas públicas, anticipando una quiebra absoluta del Estado en caso de abrir la “caja de Pandora”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Entre los autores que han trabajado con profundidad estas distinciones encontramos, entre otros, a Maurino, Gustavo *et al.*, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Argentina, Lexis Nexis, 2005; Abramovich, Victor y Curtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía, El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Burnod Aires, Editores del Puerto, 2006; y *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Guidi, Antonio (comps.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa; Guidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004; Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

<sup>11</sup> Fiss, Owen M., “The Political Theory of the Class Action”, *cit.*

<sup>12</sup> *Cfr.* Primera lectura del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 8 de diciembre de 2009.

Nuestra intención no apunta a semejante resultado por más legítimas que puedan ser las reclamaciones que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado puedan hacer los quejosos favorecidos por el otorgamiento definitivo de la justicia de la Unión vía amparo. No es esa nuestra finalidad ni interés temático. Más bien, nuestra propuesta está dirigida a la necesidad cada vez mayor de introducir figuras procesales que permitan la tutela de derechos sustantivos que trascienden la esfera individual de los justiciables y que requiere necesariamente de una regulación adecuada y efectiva para permitir que aquéllos se organicen para proteger de manera más eficiente sus derechos y también faciliten la labor del juzgador en el proceso de adjudicación, mediante la lógica reducción de causas litigiosas ante este último por la acumulación necesaria de acciones jurídicas individuales en una sola colectiva, cuya finalidad primordial consiste en la erradicación o modificación de políticas públicas que conculquen sistemática y estructuralmente sus derechos fundamentales. En este rubro también se advierten marcadas coincidencias con la categoría de “derechos individuales de incidencia colectiva”, que postula la iniciativa recientemente aprobada por el Congreso de la Unión.

Sobre la importancia de la protección constitucional de estos “derechos individuales de incidencia colectiva,” versará buena parte del ensayo que el lector tiene en sus manos. A nuestro juicio, esta variable es la que refleja mayor conformidad, no sólo con las instituciones de derecho comparado que han mostrado probada eficacia, sino con la teleología de las acciones colectivas en el contexto del acceso a la justicia en México. Pensemos por un momento los beneficios que representaría la defensa colectiva de derechos, como los relativos a una educación pública adecuada y competitiva o a la erradicación de tratos crueles, inhumanos y degradantes en materia penitenciaria, cuya situación de hacinamiento resulta cada día un problema de mayor envergadura para nuestros sistemas eufemísticamente denominados “de readaptación social”. Estos derechos que se refieren como mero ejemplo, son los que activaron transformaciones estructurales radicales en los Estados Unidos en materia de segregación racial con *Brown vs. Board of Education* (c. 1954) o penitenciaria con el caso *Ruiz vs. Estelle* (1980), los cuales sentaron las bases de la eliminación absoluta de las políticas segregacionistas contra la población afroamericana en los Estados Unidos o los abusos cometidos contra los reclusos en el Estado de Texas en los años setenta, que eran sometidos constantemente a tratos inhumanos, crueles y degradantes mediante políticas de sobrepoblación penitenciaria.

La protección colectiva de estos derechos no resultó necesariamente en indemnizaciones cuantiosas que hicieran a los quejosos millonarios de un

día para otro, por vía de compensación material. Por el contrario, resultó en la eliminación y consecuente mejora de las políticas públicas en materia de no-discriminación y protección de la integridad de los ciudadanos, lo que significó una modificación profunda del funcionamiento y regulación de las instituciones educativas y penitenciarias respectivamente, para hacerlas consecuentes con el texto constitucional.

De tal forma que el presente ensayo se propone poner en la mesa elementos a favor del reconocimiento de las acciones colectivas como una expresión de las bondades del litigio estructural mediante la tutela de derechos individuales de incidencia colectiva en nuestro ordenamiento jurídico, poniendo especial énfasis o, más bien, reconociendo como núcleo de la propuesta, la función insustituible del Poder Judicial en la interpretación de los derechos previstos en la Constitución y la manera de expresar su contenido mediante la adjudicación.<sup>13</sup>

### III. TRASPLANTE DE INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS

Es muy frecuente escuchar voces críticas acerca de la introducción en nuestro sistema jurídico de instituciones extranjeras que, a juicio de los especialistas, escépticos o enemigos de este tipo de iniciativas, refleja la falta de aprecio por nuestra cultura y tradición jurídicas o muestra también tendencias para asemejar al ordenamiento legal mexicano con otros sistemas o tradiciones que no le son propios.

Sin duda, estas críticas en muchas ocasiones y a la luz de los resultados no sólo son entendibles sino justificadas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la comprensión de la regulación y funcionamiento de figuras de protección colectiva de derechos en otros países era imperativa y se tornó indispensable en la justificación de la iniciativa de reforma y sus alcances.

En la exposición de motivos, el ponente ofrece un paneo de la regulación y aplicación de las acciones colectivas en varios países de impronta continental como la nuestra, en específico Brasil y Colombia, o de tradición comunitaria como los Estados Unidos. Aunque en los casos de Brasil y Colombia la tutela es a nivel constitucional, en lo que toca a los Estados Unidos, debe

<sup>13</sup> Owen Fiss define la adjudicación en los siguientes términos: “La adjudicación es el proceso social que permite al juzgador dar significado a los valores públicos consignados en un ordenamiento autoritativo, como el texto constitucional”. Asimismo, nos explica la reforma estructural como un tipo de adjudicación que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos tutelados y el encuentro mediante el litigio, entre el juzgador y las estructuras burocráticas. Ver Fiss, Owen M., *The Forms of Justice*, cit., pp. 3 y 49.



señalarse que su protección se ha dado vía interpretación judicial de los derechos relativos a las cláusulas constitucionales de igualdad (prevista en la Enmienda XIV) y debido proceso (prescrita en las Enmiendas V y XIV), reservando la regulación de las acciones colectivas al numeral 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil. Ahora bien, la clave para justificar la adopción de instituciones jurídicas exitosas en otros países, radica en dos aspectos puntuales: por un lado, la coherencia del “trasplante” de la institución extranjera con nuestro ordenamiento constitucional y sus leyes secundarias. Tal como sucede en la Medicina, la labor quirúrgica relativa al diagnóstico sobre la compatibilidad del “órgano trasplantado” con el “receptor,” es propia del legislador. Como veremos a continuación, no basta señalar la utilidad del trasplante, sino que la institución jurídica trasplantada debe ser compatible con el ordenamiento jurídico-constitucional que la asimila para que su justificación sea satisfactoria, y más aún, eficaz. Por otro lado, es importante que el “trasplante,” una vez realizado, se adapte armónicamente al funcionamiento del resto del cuerpo jurídico. La justificación de la variable fisiológica del trasplante corresponde al poder judicial.

Este diagnóstico previo sobre la pertinencia y justificación del trasplante es lo que, de manera intuitiva, puede advertirse como obvio a la luz de las necesidades de defensa colectiva de derechos frente a los abusos de estructuras públicas y privadas más poderosas, pero que contra-intuitivamente, nos sorprenderá verificar que el trasplante —de origen y tal como está previsto en la iniciativa recientemente aprobada—, no es compatible con el receptor, a menos de preparar a este último para que reúna las condiciones óptimas que permitan realizar exitosamente el trasplante. Vamos por partes.

En México, por la naturaleza de nuestro proceso legislativo, existe la tendencia de empezar las reformas institucionales a partir de las enmiendas a la Constitución, para que de ahí, se proceda a su regulación específica en las leyes secundarias correspondientes. Todo esto estaría muy bien si al momento de la adjudicación judicial en caso de controversias por la tutela de esos derechos, las resoluciones del juzgador obedecieran a una interpretación funcional de los derechos violados y existiera la obligación de parte de los tribunales inferiores de ser consecuentes con el precedente que haya sentado aquel juzgador. En pocas palabras, el proceso legislativo produciría, a partir de la enmienda constitucional, un efecto “en cascada,” que sería completado por la interpretación que hicieran los tribunales de los derechos recientemente añadidos al texto constitucional.

Sin embargo, las enmiendas constitucionales en numerosas ocasiones no pasan de la inclusión en la ley fundamental, porque no se realizan las ade-

cuaciones indispensables en las leyes secundarias aplicables o porque los tribunales, en ausencia de estas últimas, no pueden pronunciarse con fundamento en prescripciones adjetivas o procesales que doten de legalidad y seguridad jurídica sus decisiones.

Por el contrario, si en México bastara la tutela constitucional de los derechos para que automáticamente esto justificara la actuación de los tribunales y vía interpretación de estos últimos, se establecieran —con base en los grados de litigiosidad del derecho o derechos en cuestión—, las reglas a las que habrían de ajustarse para su efectiva protección ante los tribunales, el proceso de “trasplante,” de las acciones colectivas en México, sería más halagüeño.

Basta apreciar las enormes dificultades que se han enfrentado en los tres niveles de gobierno para implementar la reforma en materia de impartición de justicia aprobada en 2008.<sup>14</sup> En realidad, los avances han sido mucho menores de los que originalmente se esperaban al publicarse la reforma, por la sencilla razón de que nuestros juzgadores no estaban preparados para asimilar el “trasplante” de un procedimiento significativamente distinto al acusatorio tradicional, y además, persisten varias lagunas que impiden la integración satisfactoria del nuevo modelo en nuestra cultura jurídica.

En el caso de las acciones colectivas, de no tomar nota de la última reforma constitucional a la que se refiere el párrafo anterior, se corre el riesgo de incurrir en la misma parálisis, por la incompatibilidad del trasplante con el receptor.

Este argumento, ya había sido advertido por el ponente y las comisiones dictaminadoras en el proyecto de reforma:

[Los juzgadores] tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de éstos y con la protección de los derechos e intereses de los individuos, grupos o colectividades. Ello implicará necesariamente que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que les auxilien en su labor, *pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de las acciones y procedimientos colectivos.* En un inicio será necesario que nuestros juzgadores revi-

<sup>14</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, con el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pp. 3-11. Se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20 y 21, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115; y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

sen el espíritu de éstos de acuerdo con las interpretaciones que se han llevado a cabo en otras jurisdicciones. Deberán asimismo abstraer su función esencial y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano.<sup>15</sup>

Esto no es un tema menor, ya que de la adecuada recepción del trasplante en el “cuerpo” constitucional dependerá la justiciabilidad de los derechos sustantivos tutelados en el objeto de la reforma de mérito. Pero en este caso nos estamos enfrentando a lo que Roberto Gargarella atinadamente ha descrito como “trasplantes constitucionales fallidos” por la notoria incompatibilidad de la institución trasplantada con el modelo y práctica constitucionales del receptor.<sup>16</sup> Trataremos de explicarnos.

Nuestro ordenamiento constitucional y su consecuente práctica jurisprudencial corresponden al modelo que se forjó después de las prolongadas disputas entre conservadores y liberales para definir los aspectos básicos de la organización del Estado constitucional que se caracterizó por el consenso de ambas facciones sobre forma de gobierno y defensa de los derechos individuales —en especial la propiedad privada—. Así, el texto constitucional apareció como la expresión sincrética de los principios, valores y visiones de la organización política, social y económica que habían coexistido en México —con distinto grado de intensidad y penetración en las estructuras sociales por supuesto—, durante casi tres siglos.

Sin embargo, este modelo constitucional dualista (conservador y liberal a la vez), que fue cimentando una cultura que incluso hasta nuestros días sigue definiendo la relación del Estado con sus gobernados, experimenta una inflexión al momento de promulgarse la Constitución de 1917, que en la caracterización de Gargarella representa la corriente del “constitucionalismo radical,” como tercera vía de organización política para proteger los derechos de los grupos entonces más vulnerables y que devino en las cláusulas sociales sobre las que no se regatea mérito a la novación del Constituyente de Querétaro.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Cursivas de los autores. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación y de Estudios Legislativos, respecto a la iniciativa que adiciona el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de acciones colectivas, del 3 de diciembre de 2009, p. 9. Véase también *supra*, nota 8.

<sup>16</sup> Gargarella, Roberto, “Latin American Constitutionalism Then and Now: Promises and Questions”, ensayo presentado en el *Comparative Politics Workshop*, organizado por el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Yale, New Haven, el 23 de febrero de 2010, pp. 5-9.

<sup>17</sup> *Idem*.

El problema entonces, como ahora, es que la nueva Constitución no era consistente con la cultura y práctica jurídico-constitucionales de la época y fue muy difícil realizar los ideales sociales de la Constitución del 1917, hasta bien entrada la segunda mitad del siglo pasado.

En el actual escenario, es muy probable que nos enfrentemos al mismo reto de hacer compatibles instituciones de modelos constitucionales radicales ajenos a nuestras bien arraigadas prácticas e instituciones de corte constitucional dualista, claramente insuficientes para la protección colectiva de derechos.

No obstante, esta incompatibilidad puede superarse si se emprende el trasplante de manera integral, evitando reducir el alcance de la iniciativa a la adición en el texto constitucional, y extendiéndolo a la regulación simultánea de normas adjetivas y principios en las leyes secundarias más relevantes —Ley de Amparo y Código Federal de Procedimientos Civiles— con la finalidad de ofrecer rudimentos al juzgador para verificar la compatibilidad material del trasplante con el receptor, y en caso de experimentar disfunciones —como necesariamente sucederá—, aquél pueda sincronizar adecuadamente el funcionamiento de la institución trasplantada.

Así, el juzgador estará en condiciones de cumplir la misión que la propia reforma le ha asignado para superar, en el marco legal vigente, las inconsistencias de los paradigmas procesales tradicionales que trae consigo la tutela de los derechos colectivos.

No obstante lo anterior, dada la complejidad de realizar estos ajustes integrales del modelo constitucional radical a nuestra tradición constitucional dualista, vale la pena detenernos durante el siguiente apartado, en el supuesto que la misión asignada a los juzgadores no se acredite satisfactoriamente y las acciones colectivas queden “atrapadas” en el laberinto de los paradigmas procesales actuales ¿Existiría una salida?

#### IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA COMO PIVOTE DEL LITIGIO ESTRUCTURAL

La forma en que se ha proyectado la adición de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento constitucional, implica una actualización de la práctica judicial que permita la asimilación paulatina de los derechos que trascienden la esfera individual y la protección de éstos por parte de nuestros tribunales, a través de paradigmas distintos a los de la adjudicación judicial propia del modelo convencional de litigio que supone la existencia de dos

particulares en igualdad jurídica y material de circunstancias que acuden frente a un tercero imparcial y objetivo —el juzgador— para que dirima sus diferencias.<sup>18</sup>

La integración de las acciones colectivas supone una teoría y práctica jurídicas diferentes a las del modelo convencional de litigio, ya que en la mayoría de los casos que ameritan la defensa colectiva de derechos, la parte quejosa, además de integrarse por una pluralidad de individuos con identidad de pretensiones o por un individuo con titularidad sobre derechos que tienen una incidencia colectiva, se enfrenta a una estructura pública o privada que le supera significativamente en tamaño, lo que genera una asimetría a tal grado insostenible que el legislador y el juzgador, respectivamente, se ven en la necesidad de procurar un equilibrio entre las partes en conflicto, ya sea a través de reformas normativas —como ahora nos ocupa con la iniciativa de mérito— o del agotamiento de todas las alternativas procesales al alcance de ambas partes para garantizar a cada una de ellas la defensa adecuada de sus derechos.

Naturalmente, la determinación de qué tanto proceso es debido al demandante y demandado en el contexto de este tipo de litigio corresponde al juzgador.<sup>19</sup>

Ahora bien, con lo anteriormente expuesto, quisiéramos detenernos en la descripción y justificación de este modelo de litigio que dista del convencional y que se caracteriza por la asimetría o desequilibrio material entre las partes, porque una de ellas se enfrenta a abusos por parte de una organización de gran escala —al no establecer mecanismos que atemperen su superioridad sobre la parte actora, ésta quedaría completamente desincentivada para promover aquellas acciones encaminadas a la tutela de sus

<sup>18</sup> Fiss, Owen M., *supra* nota 1, p. 51.

<sup>19</sup> Fiss, Owen M. y Resnik, Judith, *Adjudication and Its Alternatives*, Foundation Press, 2003. Ambos autores postulan que la pregunta más importante en el marco del proceso consiste en la determinación que hace el juzgador del grado de proceso que es debido a las partes, de conformidad con los hechos del caso y en particular, los jurídicamente relevantes. Fiss y Resnik abogan por la exhaustividad del litigio, maximizando en la medida de la razonabilidad y practicabilidad jurídicas, las posibilidades de las partes para defender sus intereses ante el juzgador directamente o mediante representación de sus abogados, en el contexto de la máxima que actualiza el valor tutelado por las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, sobre derecho al debido proceso y garantía de audiencia: “The ideal of each person having his or her day in court”. Para lograrlo, apuestan por lo que denominan “proceso educativo”, en el que se involucran las partes con el juzgador, que al final del día, es el único participante material y formalmente investido de la razón pública para realizar la adjudicación que resolverá las diferencias que motivaron el litigio.

derechos, lo que generaría una predecible indefensión por la complejidad de materializar el enfrentamiento de David contra Goliath en el marco de la normatividad vigente—. A este modelo —como se anticipaba al inicio de este trabajo— se le ha denominado “litigio estructural”,<sup>20</sup> toda vez que está encaminado a la reforma radical o paulatina de todas aquellas estructuras cuyas políticas o prácticas conllevan un abuso sistemático de los derechos de los ciudadanos o de los usuarios a los que dichas estructuras están obligadas a prestar un servicio.

La reforma de mérito, en su exposición de motivos, ha puesto especial énfasis en la necesidad de proteger los derechos de los usuarios o consumidores frente a los abusos de las grandes corporaciones —estructuras en nuestra narrativa— privadas o públicas, que en el contexto de la defensa individual del modelo convencional no amerita los costos que conlleva un litigio contra dichas estructuras, ni entraña un incentivo suficiente para el actor toda vez que el daño inflingido puede resultar menos gravoso que el financiamiento del litigio. Más aún, en la mayoría de los casos, la cuantía de las pretensiones individuales hace inviable el litigio frente a los tribunales ordinarios.

Este tipo de circunstancias serían superadas —como se desprende de la iniciativa y es propio de las acciones colectivas— si los intereses de dichos usuarios o consumidores se integraran en una sola acción y ésta se ejercitara unívocamente en contra de la estructura. En este contexto el ponente justifica el trasplante de las acciones colectivas que operan de forma análoga en Brasil, Colombia o Estados Unidos.

Sin embargo, como se explicó en el apartado anterior, no basta con el trasplante de la institución en nuestro texto constitucional para aguardar su deducción en normas secundarias. Tampoco puede reducirse la finalidad de la iniciativa a la adición textual, sino a la implementación efectiva del trasplante en las esferas litigiosa y de adjudicación judicial. Estas adecuaciones son las que en la reforma de mérito se encomiendan al juzgador y de ahí que anticipemos la enorme complejidad que este último enfrentará para producir la puesta al día de nuestra regulación y práctica jurídico-procesal con la institución y funcionamiento de las acciones colectivas.

Entre muchos otros aspectos, la puesta al día de nuestro sistema con el objeto del trasplante, requerirá resolver temas que todavía ocupan doctas y prolongadas discusiones en el máximo tribunal estadounidense sobre la utilidad de las acciones de clase, por ejemplo, la forma en que se determina

<sup>20</sup> Fiss, Owen M., *The Law as It Could Be*, cit., pp. 48-58.

la representación de los miembros de la clase y el alcance de los actos que realiza el representante en nombre de los integrantes de esta última; la forma, oportunidad procesal y efectos de las notificaciones a los miembros, así como a cargo de quién correrán los costos de la notificación en el contexto de las disparidades materiales inherentes a las acciones de clase; los efectos de la adjudicación; la determinación de las costas judiciales, entre otros, por mencionar solamente algunos de los problemas que desde hace cinco décadas se discuten al respecto.

Así, es legítimo preguntarse a la luz de la reforma que se pretende implementar en México, ¿cuánto tiempo tomará definir los criterios y su consecuente prescripción normativa en nuestro sistema jurídico? Y más allá, mientras estos ajustes se realizan, ¿qué ocurrirá con los derechos de naturaleza o incidencia colectiva que en ese lapso sean violados?

Con base en la complejidad que conlleva la armonización o adaptación de estas instituciones ajenas a nuestro sistema jurídico, nos ha parecido que la forma más adecuada para abordar las posibilidades del litigio estructural en México consiste en desmarcarse del entusiasmo que de primera mano pueden producir las acciones colectivas y, por el contrario, poner especial énfasis en promover las adecuaciones normativas necesarias para potenciar una de las modalidades de defensa que el ponente anticipaba, los derechos individuales de incidencia colectiva, y que a nuestro juicio, representan el asidero más realista de protección de intereses colectivos y, ulteriormente, la introducción del modelo de litigio estructural en nuestro país.

Para explicar nuestra postura, quisiéramos adelantar una medida de prevención metodológica que en el fondo obedece a cuestiones de carácter sustantivo: Nos hemos inclinado por ofrecer argumentos a favor del litigio estructural como un marco óptimo para la protección de todos aquellos derechos de naturaleza individual con incidencia colectiva, cuya principal característica es la existencia de una parte actora que indistintamente de la cuantía de los daños sufridos o de sus pretensiones económicas, busca el pronunciamiento del juzgador mediante adjudicación respecto de la aplicación de prácticas o políticas por parte de instituciones o estructuras públicas o privadas que, al final del análisis, resultan violatorias de sus derechos fundamentales.

Nos referiremos pues, a las posibilidades de reformas estructurales en nuestro país a través del litigio y no vía legislativa, como se ha acostumbrado durante décadas.

Semejante posibilidad permitirá por ejemplo, a través de la adjudicación judicial y del valor jurisprudencial que se acumule en este rubro, la protección

de derechos que por su simple identidad con los conceptos de violación esgrimidos por el actor (nótese que no lo reducimos a quejoso por la posibilidad de ejercitar estos litigios en contra de estructuras privadas) en un caso precedente, son susceptibles de protección por parte de la autoridad y, yendo más allá, obligaría a la estructura agente de las violaciones o abusos a modificar radicalmente sus políticas y prácticas para garantizar su no repetición.

Semejante posibilidad permitirá también sentar precedentes sobre lo costoso que puede resultar, para estas estructuras de gran escala, la violación hasta ahora imperceptible sobre cada uno de sus usuarios, beneficiarios o consumidores, por el valor acumulado que traería consigo la integración de los intereses individuales, en uno solo colectivo o por el contrario en la protección de un interés individual pero cuya incidencia es de tal grado colectiva que al final del día, el mantenimiento de la violación puede resultar contraproducente para la estructura demandada, obligándola a modificar su organización y políticas prevalecientes.

En síntesis, queremos concentrarnos en aquellos derechos de naturaleza no patrimonial, cuya violación afecta de manera significativa la calidad de vida de sus titulares, para explorar sus posibilidades de protección efectiva en el marco de la normatividad vigente y en el contexto de la dinámica que ha detonado la reciente discusión sobre la tutela de los derechos colectivos en México.

Pero vamos por partes.

¿Qué debemos entender por derechos individuales de incidencia colectiva?

Aunque las distinciones entre los derechos colectivos, sociales y difusos han merecido la atención de importantes trabajos en los últimos años, desde la perspectiva funcional que orienta este trabajo, consideramos derechos individuales de incidencia colectiva aquellos cuya titularidad y potencial protección corresponde invocar al individuo directamente afectado por la acción u omisión del agente de la violación —la estructura a la que repetidamente hemos mencionado—, caracterizándose esta última por su aplicación colectiva no individualizada que anticipa afectaciones análogas a las que sufrió el titular de dichos derechos individuales, que por no reducirse estrictamente a su esfera particular y por el amplio espectro de influencia de la estructura sobre otros titulares de derechos, la afectación o incidencia colectiva es una consecuencia necesaria de la aplicación de las políticas, prestación de servicios o consumo de los productos que la estructura predominante ofrece o dirige a la colectividad.



La incidencia colectiva del derecho individual afectado se verifica al momento en que se identifica con afectaciones semejantes a otros derechos individuales cuyos titulares se ubican en el mismo supuesto normativo del demandante o quejoso.

Una vez delimitado el concepto de este tipo de derechos, vale la pena continuar nuestro análisis en un plano hipotético para hacer más comprensible la incidencia colectiva que podría resultar de la violación y ulterior protección de un derecho individual.

Pensemos, por ejemplo, dentro de esta lógica de derechos de naturaleza no patrimonial, cuya violación afecta significativamente la calidad de vida de sus titulares, en el derecho establecido en el artículo 3o. constitucional a una educación que “contribuirá a mejorar la convivencia humana robusteciendo en el educando el aprecio por la dignidad de la persona, la integridad de la familia, el interés general de la sociedad, la conciencia de los ideales de fraternidad e igualdad de los derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, religión, grupos, sexos o individuos” y que también “el criterio que orientará a la educación será democrático considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y de organización política, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

Con estos dos extractos del artículo 3o. de nuestra Constitución, nos parece suficientemente elocuente la redacción del “ideario educativo mexicano” y su lamentable incoherencia con la realidad. Y en este contexto, en que las políticas educativas de nuestro país materialmente son dictadas e implementadas por un sindicato magisterial más poderoso que los gobiernos democráticamente electos, el derecho individual de cada alumno a recibir una educación gratuita, democrática, fomentadora del aprecio por la dignidad humana, del valor de la familia, del interés general y de los ideales de igualdad y fraternidad entre los individuos, se ve diariamente violentado con centros educativos de educación básica, media y superior y sus maestros, que por cuestiones políticas, incapacidad o falta de recursos, no están en condiciones de honrar los derechos previstos en el artículo 3o., y mientras tanto, los padres de familia o las organizaciones o individuos interesados en hacer que el Estado en su carácter de obligado principal de ofrecer educación con los estándares ahí previstos, se encuentran en absoluta indefensión, al carecer de los rudimentos procesales efectivos que les permitan ejercitar acciones para detener las violaciones que vía acción u omisión de las estructuras públicas y sindicales impiden que sus hijos tengan un acceso

provechoso a una educación que satisfaga los lineamientos que postula el artículo constitucional de referencia.

Pero imaginemos por un momento que mediante la interposición de un juicio de amparo, los interesados logran una suspensión provisional que obligue a la estructura demandada a implementar políticas que modifiquen radicalmente la forma en que opera el sistema educativo nacional que sirve más a intereses políticos que pedagógicos. E imaginemos también que al final del día, esos interesados obtienen la protección de la justicia de la Unión de manera definitiva, habiéndose encontrado a las autoridades competentes, responsables de las violaciones invocadas por los quejosos.

Un logro de esta envergadura nos animaría a considerarlo como un paso firme en el sentido de una reforma estructural de la mayor importancia en el sistema educativo de nuestro país, si no fuera por un elemento que a la luz de la protección de derechos individuales de incidencia colectiva como el que aquí se retrata, resulta lastimosamente dislocador: la relatividad de las sentencias en materia de amparo.

El gran paso que pudieron dar los interesados al promover un amparo por la violación en lo individual de sus derechos a la educación en los términos del artículo 3o. —que idealmente hubiera servido para sentar un precedente que serviría al doble propósito de modificar las políticas violatorias implementadas por la estructura pública y el sindicato, para así cumplir con los dictados del artículo 3o., y proteger en el marco de la incidencia colectiva de los derechos a la educación al resto de los alumnos del país *ipso iure*—, se reduce a una quimera al encontrarnos con que dicha sentencia de amparo solamente beneficia a los directamente interesados, sin tener ningún efecto en los intereses de todos aquellos individuos que se ubiquen en el mismo supuesto normativo que esos interesados, pero que, a diferencia de ellos, no promovieron un juicio de amparo.

Ante este escenario, solamente se abren dos alternativas:

Una de ellas consiste en la flexibilización del principio de relatividad en materia de amparo, respecto de aquellos derechos de naturaleza no patrimonial cuya violación afecte la calidad de vida de sus titulares. Tal sería el caso del derecho que tratamos de ejemplificar en líneas anteriores.

La otra alternativa apunta a la introducción de las acciones colectivas como mecanismos efectivos de protección de pluralidades de individuos —incluso indeterminadas— para obtener la compensación por los daños inflingidos, además de modificaciones en el funcionamiento de la estructura que atentaba contra los derechos de los integrantes de la clase.

Ambas alternativas desde nuestra perspectiva son plausibles, sin embargo, a la luz de la experiencia comparada, la segunda requiere la generación de una cultura por parte de jueces y abogados que tomará varios años, lo cual impediría en el corto y mediano plazo atacar los esquemas prevalecientes de sometimiento que mantienen dichas estructuras públicas y privadas respecto de sus ciudadanos, usuarios, consumidores o beneficiarios.

Por esto, nos inclinamos por sugerir la revisión del principio de relatividad en materia de amparo, para ofrecer en su contexto y peculiaridades propias, una vía al juzgador para cumplir con la misión de *aggiornamento* en materia de acciones colectivas que le ha asignado el legislador. Y como podremos apreciar en nuestro siguiente apartado, el trasplante de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico y su deseable consolidación, descansa predominantemente en el rol que desempeñen los juzgadores para lograr, en el marco de la legalidad vigente, que el “receptor” se adecue favorablemente al “órgano trasplantado.”

#### V. LA FUNCIÓN JUDICIAL COMO CLAVE PARA LA INTRODUCCIÓN DEL LITIGIO ESTRUCTURAL EN MÉXICO PARA PROTEGER LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA

Las Comisiones Dictaminadoras de la iniciativa de mérito y el propio ponente en la exposición de motivos, encomendaron al juzgador la misión de asegurar la compatibilidad entre los principios de las acciones y los procedimientos colectivos con los intereses de aquellos individuos, grupos o colectividades que los ejercitaran para la protección de sus derechos fundamentales. Para hacerlo —anticipaban— el juzgador deberá superar los paradigmas procesales actuales que son insuficientes y, sobre todo, contrarios a la tutela y litigio colectivos, mediante la elaboración de estándares y guías que orienten su labor de interpretación y adjudicación en esta materia, y con ese objetivo, incluso le facultan informarse de las interpretaciones que se han realizado en otras jurisdicciones, para adaptarlas a nuestro sistema jurídico.

Contrario a las posturas convencionales que pugnan por minimizar las facultades interpretativas de los juzgadores, exigiendo a éstos la aplicación estricta y prácticamente automática de los supuestos normativos correspondientes a los diversos hechos jurídicos relevantes, a nuestro juicio, esta misión que el legislador le asigna a los juzgadores reviste no solamente una facultad indispensable para la consolidación efectiva de la protección colectiva de derechos, sino algo más importante: reconoce el valor medular de

la función judicial como puntal de la organización democrática de la sociedad y garante de su convivencia pacífica y ordenada al derecho.<sup>21</sup>

Se ha previsto también que la materia de la reforma de mérito en su fase inicial, será competencia exclusiva de los jueces federales, lo cual garantiza una aproximación más informada y sensible a las interpretaciones que en esta materia se han hecho en jurisdicciones distintas. Esto permitirá que se vaya forjando un cúmulo de precedentes que sirva ulteriormente a los tribunales de justicia locales para orientar su labor de adjudicación en materia de derechos colectivos, en el caso que algún día tengan competencia para conocer de controversias relacionadas con ellos.

Por otra parte, esta misión implica también un reconocimiento de mayor trascendencia, ya que ubica al juzgador como la única voz autorizada para expresar la razón pública en el marco de los principios y valores que informan y ordenan nuestra convivencia. Más aún, este reconocimiento concibe al juzgador como el único agente facultado formalmente y legítimamente informado para proveer de contenido a los valores previstos en la Constitución mediante la adjudicación que realiza para resolver los conflictos que se le presentan.

Ahora bien, si esta misión trae consigo semejantes atribuciones, estas adquieren todavía mayor entidad cuando ubicamos el rol del juzgador en el contexto de lo que en este ensayo hemos descrito como el modelo de litigio estructural y, en particular, respecto de los derechos individuales de incidencia colectiva. Esto se explica porque en ese contexto, el juzgador es el encargado no solamente de resolver las diferencias entre las partes, sino de equilibrar las disparidades o asimetrías que por necesidad existen entre ellas. En esa lógica, el juzgador se erige al mismo tiempo, como tercero

<sup>21</sup> Barak, Aharon, "The Judge in a Democracy", Princeton University Press, 2006. El profesor Aharon Barak, quien fungió como Presidente de la Corte Suprema de Israel, de 1995 a 2006, es considerado por muchos especialistas como la voz más respetada para comprender el rol que en el marco del constitucionalismo democrático de nuestra época, debe desempeñar el juzgador, y particularmente, las expectativas de imparcialidad e independencia que éste debe acreditar a través de su función, para que prevalezca el estado de derecho en un régimen democrático. El profesor Barak lo resume elocuentemente en estos términos: "Si nosotros no protegemos a la democracia, la democracia no nos protegerá". Véase también Fiss, Owen M., "The Right Degree of Independence", en Stotzky, Irwin (ed.), *The Role of the Judiciary in the Transition to Democracy in Latin America*, 1993, p. 55 (la versión en castellano se encuentra en *Revista Derecho y Humanidades*, Chile, Santiago, núm. 71, 1997. Olaiz-González, Jaime, "Questioning Impartiality. The Role of a Judge in Transitions to Democracy Confronting Radical Evil", ensayo presentado en el *Aspiring Scholars Symposium*, Yale Law School, New Haven, CT, 2008.

imparcial, autoridad subsidiaria, árbitro calificado, agente equilibrador, reformador de relaciones entre individuos y colectividades con estructuras, y portavoz de la razón pública que sirve de norte moral para la adjudicación, que a diferencia del modelo convencional de litigio, no se agota con la ejecución de la sentencia a favor de alguna de las partes, sino que trasciende a ésta y se prolonga para la supervisión, implementación y conclusión de las reformas estructurales que debe realizar el condenado para prevenir la comisión de políticas públicas que violentan los derechos que inciden en la colectividad.

Aunque no es objeto de este trabajo, el ejercicio de estas atribuciones por parte del juzgador, puede ser interpretado por algunos actores como un exceso respecto de las funciones propias de la labor judicial, ya que a través de la adjudicación dirigida a la reforma de diversas estructuras y las políticas públicas o privadas que aquéllas apliquen, se puede concebir por algunos como una invasión a las facultades propias del legislador, al fijar políticas y prescripciones normativas desde la esfera judicial. Esta interpretación se mantendrá latente si nos limitamos a fundamentar estas atribuciones del juzgador solamente a la exposición de motivos de la reforma de mérito, ya que la adición específica que hasta el momento se ha aprobado por el Congreso el artículo 17 constitucional y sus consiguientes artículos transitorios, que no establecen expresamente esta facultad del juzgador para determinar los estándares y guías que permitan adecuar los paradigmas procesales actuales con el espíritu de las acciones y procedimientos colectivos. Nos parece que de no resolverse esta falta de explicitud sobre las competencias del juzgador en este rubro, será muy complejo que éste realice con eficacia la puesta al día que en la exposición de motivos le ha asignado el legislador.

Más aún, esta reforma supone también la posibilidad de resolver con efectos generales en lo relativo a violaciones a derechos individuales de incidencia colectiva con base en lo que en las iniciativas de reforma a la Ley de Amparo, se ha denominado “Declaración General de Inconstitucionalidad”.<sup>22</sup>

De acuerdo con la doctrina constitucional mexicana, dicha Declaración admite dos supuestos, en primer lugar puede presentarse en el caso de revisión del amparo indirecto, es decir en contra de cualquier resolución emitida en ejercicio de las funciones ejecutiva, legislativa o judicial, que no ponga fin al proceso; en segundo lugar en el recurso de revisión en amparo

<sup>22</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, con el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pp. 9-11.

directo, en cuyo caso se impugna la fundamentación que ha sostenido un tribunal en sentido amplio y se señala que un precepto legal va en contra de la Constitución, en tanto que éste ha sido invocado en la resolución definitiva que pone fin a una controversia. Lo anterior significa que los órganos legitimados para emitir la declaración en cuestión serían los Tribunales Colegiados de Circuito y la Suprema Corte de Justicia actuando en Pleno o en Salas.

A este respecto, la Cámara de Senadores aprobó por unanimidad las reformas constitucionales a la ley de Amparo que pretenden superar el principio de relatividad que por años se ha debatido, y aduce en sus razonamientos que éste entra en colisión con los siguientes principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico: supremacía constitucional, igualdad ante la ley, economía procesal y administración de justicia pronta y expedita.

El dictamen de la Comisión antes citada que pretende, entre otros importantes temas, reformar la fracción segunda del artículo 107 constitucional, establece diversas limitaciones para que se genere la declaración de inconstitucionalidad: Primero, es admisible solamente respecto de la revisión en amparo indirecto, lo cual significa un avance paulatino en cuanto a la integración de estas figuras en el ordenamiento mexicano, aunque no se ha llegado a la reforma integral que los ciudadanos han requerido.

Además, la declaración sólo procede en caso de que se estudien en el proceso normas generales, es decir, no se admite en contra de actos formales y materialmente administrativos o judiciales; lo cual se entiende, ya que la propia naturaleza de estos actos no permite generalizar su inconstitucionalidad, con excepción de lo analizado anteriormente en cuanto a revisión de amparo directo.

El procedimiento para conseguir estas declaraciones inicia con el informe que presenta la Suprema Corte de Justicia a la autoridad que emitió la norma respecto de la segunda resolución que declara inconstitucional la misma, estas resoluciones pueden ser emitidas por cualquier órgano del Poder Judicial Federal que conozca del amparo indirecto en revisión.

El segundo punto es la adopción de un criterio jurisprudencial por reiteración respecto de dicha norma general, ante lo cual la Suprema Corte notifica, de nueva cuenta, a la autoridad que emitió la norma, para que ésta, en un plazo de 90 días, realice las modificaciones respectivas y se supere el problema de inconstitucionalidad. De no ser así, la Corte someterá a análisis dicha norma y contando con la mayoría de ocho ministros emitirá la declaración general de inconstitucionalidad, la cual deberá publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*.

El último límite que el Constituyente ha puesto a estas declaraciones es la excepción que concierne a normas generales en materia tributaria, ya que esto afectaría directamente a la recaudación y significaría un golpe a la Ley de Ingresos, lo que resulta consistente con el tipo de derechos de naturaleza no patrimonial en los que nos hemos concentrado en este trabajo.

Esta declaración de inconstitucionalidad tiene como consecuencia dejar sin efectos los preceptos violatorios en cuestión, derogando o abrogando, según sea el caso, las normas generales que se han sometido a deliberación judicial. Es decir, la declaración tiene efectos *erga omnes* y puede ser esgrimida en juicio para que la aplicación de la norma objeto de la declaración general de inconstitucionalidad, no afecte la esfera de derechos de los particulares que se ubiquen en ese caso hipotético de violación.

La vigencia de esta declaración general de inconstitucionalidad, así como sus efectos en el marco de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en su esfera tanto individual cuanto colectiva, supone también la mutación del paradigma del interés jurídico sobre el que se ha ejercitado tradicionalmente el juicio de amparo, al denominado en la iniciativa de reforma aprobada por la Cámara de Senadores, “interés legítimo”,<sup>23</sup> que debe entenderse como el derecho de acción que tiene su titular no solamente en el contexto de sus intereses de carácter individual, sino en los que se afecten —además de la esfera jurídica del quejoso o demandante—, las de aquellos titulares que potencialmente resulten afectados por la aplicación general de la norma en cuestión. Este interés legítimo es consistente con los efectos que líneas arriba delineábamos al explicar la naturaleza de los derechos individuales de incidencia colectiva.

Ahora bien, tanto la armonización de las acciones colectivas como la superación de los efectos relativos del amparo en aspectos inherentes a los derechos individuales de incidencia colectiva requieren, por necesidad, de disposiciones procedimentales y sustantivas que faculten al juzgador con amplios poderes interpretativos en esos rubros para cumplir con la misión que el propio legislador le anticipaba en la exposición de motivos ya referida.

En la medida en que se conciba la función judicial como pivote de la protección eficaz y sólida consolidación de estas reformas a nuestro ordenamiento jurídico —acciones colectivas y declaración general de inconstitucionalidad—, podremos vislumbrar cambios graduales pero trascendentes en el *modus operandi* de los ciudadanos, sus abogados y las estructuras en el marco de litigios que suponen la defensa de derechos con impacto co-

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 8 y 9.

lectivo desde una pluralidad de demandantes hasta la individualización de éstos, a través de una clase o de un representante, que de verse favorecido(s) mediante adjudicación judicial, su protección se extendería mediante los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad de las políticas que violentaron sus derechos fundamentales, a todos aquellos titulares del mismo derecho que padezcan los mismos agravios, suponiendo además la reforma de la estructura agente de las violaciones a través de políticas inconsistentes con el texto constitucional.

Esto también prevé que el juzgador funja como la última y única voz autorizada para determinar lo que en el contexto de la razón pública en él conferida, sea justo y correcto en el caso de conflictos asimétricos entre los individuos y las estructuras. Para este propósito, el legislador deberá confiar en el ejercicio adecuado de las atribuciones que estas reformas le asignan al juzgador para darle plena libertad a quien desde la perspectiva de la reforma, es el participante más calificado para armonizar nuestro ordenamiento jurídico con los objetivos de estas transformaciones.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GUIDI, Antonio (comps.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, 2008.
- FISS, Owen M., *The Law as it Could Be*, New York University Press, 2003 (versión en castellano *El derecho como razón pública*, Barcelona, Marcial Pons, 2007).



- , “The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, vol. 93, núm. 1, 1979.
- , “The Social and Political Foundations of Adjudication”, *Law and Human Behavior*, vol. 6, núm. 121, 1982.
- , “The Political Theory of the Class Action”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 53, núm. 21, 1996.
- , “The Right Degree of Independence”, en STOTZKY, Irwin (ed.), *The Role of the Judiciary in the Transition to Democracy in Latin America*, University of Miami Inter-American Law Review 57, 1993, p. 55 (versión en castellano *Revista Derecho y Humanidades*, Santiago, Chile, vol. 71, 1997).
- y RESNIK, Judith, *Adjudication and Its Alternatives*, Foundation Press, 2003.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , “Latin American Constitutionalism Then and Now: Promises and Questions”, ensayo presentado en el *Comparative Politics Workshop*, organizado por el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Yale, New Haven, CT, 23 de febrero de 2010.
- GUIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.
- MAGALONI, Ana Laura, “Acciones colectivas”, *Reforma*, 16 de agosto de 2008.
- MAURINO, Gustavo *et al.*, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- OLAIZ-GONZÁLEZ, Jaime, “Questioning Impartiality. The Role of a Judge in Transitions to Democracy Confronting Radical Evil”, ensayo presentado en el *Aspiring Scholars Symposium*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, New Haven, CT, 17 de abril de 2009.
- “Proyecto de decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Gaceta Parlamentaria*, Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, núm. 2976-IV, jueves 25 de marzo de 2010.
- “Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Gaceta Parlamentaria*, Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, del 8 de diciembre de 2009.

