

LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS Y LAS ACCIONES EN SU TUTELA*

María del Pilar HERNÁNDEZ**

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *La reforma constitucional 2010 y las leyes de desarrollo.* III. *Y llegó el amparo colectivo.* IV. *Corolario.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El siglo en que vivimos ha experimentado el tránsito inexorable del Estado liberal individualista al Estado social de derecho, producto de grandes transformaciones económicas, políticas y sociales, de las que el derecho patrio no ha escapado, remontando, incluso, la labor del Constituyente de 1917.

Hemos asistido, inopinadamente, a profundas reformas constitucionales y legales que, en el tema de mérito, van desde el reconocimiento de la existencia de intereses difusos y colectivos, pasando por la apertura legitimadora y tuitiva de éstos hasta, finalmente, llegar a la positivación del amparo colectivo. Pero la gran duda que me asalta es la profunda incompreensión del legislador nacional y por qué no decirlo, del mismo tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia al no dar cabal respuesta a la tutela de los intereses difusos y colectivos.

Resulta innegable el reconocimiento que las nuevas fuerzas sociales que emergen en el contexto mundial tienen como base la extensión de los derechos que se producen en el Estado de bienestar;¹ esencialmente en los textos

* Nota de los coordinadores: este artículo es una actualización que hizo la autora del capítulo primero, “El estado social”, del libro *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas en 1997.

** Investigadora Titular C, definitiva de tiempo completo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, correo electrónico: mphm@unam.mx

¹ En el desarrollo del trabajo utilizaremos indistintamente los conceptos de Estado social de derecho y Estado de bienestar, sin dejar de ver sus respectivas diferencias. Véase Gar-

constitucionales, las leyes, los reglamentos o bien, de creación pretoriana; sin embargo, lo que no resulta claro es que estas mismas fuerzas sociales sean capaces de asegurar que los derechos instituidos a su favor sean en la práctica garantizados.

Ante esta realidad los grupos sociales desprotegidos (pobres, minorías varias: raciales, religiosas, étnicas, entre otras; arrendatarios, asalariados, y cada vez más, personas que son portadoras de intereses difusos, tales como los defensores del medio ambiente o los consumidores, etcétera), plantean el requerimiento de los instrumentos de política legislativa, acción administrativa y función jurisdiccional que posibiliten que aquéllos derechos establecidos en su favor no queden en letra muerta.²

Las exigencias *supra* señaladas llevan necesariamente al planteamiento de los problemas atingentes a la igualdad, al derecho de acción y, sobre todo, al tema del acceso a la justicia. Parece claro que el paso necesario de la igualdad ante la ley a la igualdad en la justicia no es suficiente; para poder decir que cada uno puede hacer valer sus derechos, es imperativo el que exista una justicia accesible y efectiva para todos en plena era de igualdad sustancial.

1. *Del Estado liberal individualista al Estado social de derecho*

Con la configuración y positivación del Estado social de derecho, como consecuencia ineludible de los fenómenos sociales, políticos y económicos que se dan durante la primera y, sobre todo, la Segunda Guerra Mundial, se hace manifiesta la superación misma de algunos elementos del Estado de derecho.³

cía Pelayo, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 14.

² Cappelletti, Mauro (coord.), *L'accès a la justice et État providence*, París, Económica, 1984, p. 33.

³ En cuanto a la transformación sufrida en el esquema propio y originario del Estado de derecho, *Cfr.* Vergara, Vincenzo, *Lo Stato di diritto en evoluzione*, Padova, CEDAM, abril-junio, 1983.; Kant, Emmanuelle, *Stato di diritto*. Roma, 1978. pp. 61 y ss.; Ruggiero, Guido de, *Historia del liberalismo europeo*; trad. de Adolfo Posada, Madrid, Editorial Pegaso, 1942; Treves, G., “Considerazioni sullo Stato di diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3. 1959; García Pelayo, Manuel, *op. cit.*; García Pelayo, Manuel, “El estatus del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, vol. I.

Es esencialmente en el ámbito de los derechos fundamentales⁴ donde el sistema decimonónico se ve aventajado por los requerimientos propios de efectividad y garantías consagradas en la Constitución.⁵

La versión lineal de un Estado como simple administrador pasivo e inerte como vigilante nocturno (*night watchman*) —diría Lasalle— ha debido replegarse ante la nueva visión de los derechos fundamentales que ya no se conciben más como límites al poder del Estado, propios de una sociedad autogobernada, sino como derechos orientados con criterios positivos de acción y participación de los operadores jurídicos.

Resulta indudable que a esta nueva orientación de los derechos fundamentales, contribuye la consagración y la puesta en eficacia de un tipo de derechos: los económicos, sociales, culturales y ambientales que, al lado de los clásicos derechos individualistas del liberalismo burgués,⁶ pugnan porque se les dé plena realización.

Al decir de Constantino Mortati, es precisamente la aparición y consagración, a nivel fundamental, de los derechos sociales, la que ha dado lugar a la calificación del Estado como social.⁷ Los derechos de tal naturaleza tienden a procurar, mediante su ejercicio, una real y plena igualdad entre los individuos, su constitucionalización lleva al imperativo de la legitimidad

⁴ Conviene recordar que, históricamente, el Estado de derecho se haya vinculado al siglo XIX, tanto en su origen como en sus relaciones sociales y políticas, en la base de su organización y en su propio sistema de libertades constitucionalmente garantizadas se evidencia la antinomia de una sociedad independiente del Estado. Pero si bien esto es cierto, no por ello lo es menos, la relación de subordinación que se configura por el sometimiento del Estado al derecho: el Estado de derecho se traduce así, en la garantía de seguridad jurídica de sus ciudadanos, “en la creación de un área para el libre despliegue de la personalidad y, en una organización del Estado racionalmente adecuada a la consecución de tales objetivos”. Cfr. *Ibidem*, p. 16.

⁵ Por virtud del contexto socio político en el que se da, la Constitución del Estado de derecho se caracteriza por un alto grado de formalización que conlleva a la afirmación de que sus principales elementos estructurales —división de poderes, concepto de ley, principio de legalidad de la administración, garantía de los derechos fundamentales e independencia de los Tribunales— llevan en sí mismos la condición de su eficacia.

⁶ Es importante señalar que la primera Constitución en la que se consagran los derechos económicos y sociales, en el siglo XX, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La Constitución del Estado de derecho es una Constitución de garantías, que, en síntesis, no son otra cosa que los derechos fundamentales, con una lógica que les viene dada por el concepto de ley y que hoy no sólo implican límites al poder del Estado, sino facultades prestacionales a cargo de éste. Véase Forsthoff, Ernest, *Sociedad industrial y administración pública*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, p. 67. Respecto de la función garantista de la ley, específicamente en su actual insuficiencia: Mortati, Constantino, *La persona, lo stato e la comunità intermedie*, Torino, ERI, 1977, p. 29.

⁷ Mortati, Constantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, CEDAM, 1979, vol. II, p. 1135.

que cada vez requiere el Estado, cualquier tipo de Estado, más allá de su adjetivación.

Así, el Estado no sólo garantiza los derechos y libertades fundamentales, sino que ha de hacer efectivas la seguridad material de las personas⁸ y la consecuente justicia social.⁹

Los referidos derechos fundamentales, en esencia derechos de libertad y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ya no se conciben, repetimos, como límites negativos frente al poder estatal, sino como garantías de participación, como derechos de prestación a cargo del Estado frente a los ciudadanos. El vasto programa del Estado social arranca pues, del ideal de la participación que supone el explícito y puntual aseguramiento del acceso irrestricto a los bienes en general: trabajo, alimentación, educación, ocio, cultura y, sobremanera, a la justicia.¹⁰ Una estructuración en síntesis de la sociedad por el Estado, por medio de una política de reformas sociales en que la administración con la utilización de técnicas eficaces es la responsable de la procura existencial,¹¹ fundamento primero para la instauración de un Estado de justicia.

En el Estado social de derecho, los derechos y garantías constitucionalmente consagrados son derechos plenos y operativos, su violación o su falta de virtualidad imponen directamente al Estado un deber de aseguramiento

⁸ Forsthoﬀ, Ernest, “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendrotti *et al.*, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 60 y 61; Dohering, Karl “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en Abendrotti, W. *et al.*, *op cit.*, pp. 160-164.

⁹ Forsthoﬀ, Ernest, “Concepto y esencia del Estado social de derecho” en Abendrotti, W. *et al.*, *op cit.*, pp. 87-89, 1975, Díaz, Elías, *Estado social y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1986, p. 84; García de Enterría, Eduardo, “La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la *pacem in terris*”, en *Comentarios civiles a la Encíclica Pacem in Terris*, Madrid, Taurus, 1963, pp. 142 y ss.; Heck, Bruno, prólogo al artículo de Dohering, Karl, *op. cit.*, nota 8, p. 113.

¹⁰ Street, H., *Accès a la Justice et Etat Providence. Le point de vue d'un spécialiste de droit administratif: Rapport pour l'Europe*”, en Capelletti, Mauro (coord.), *op. cit.*, nota 3, pp. 287 y ss. En la misma obra: Tunc, A. *Enquete de Justice*, pp. 303 y ss.

¹¹ Forsthoﬀ, Ernest, “Problemas constitucionales...” *cit.*, *supra* nota 8, p. 57. Al decir de este autor el Estado se encuentra en una fase de transformación que también necesariamente tiene que afectar y alterar la procura existencial, si bien ese concepto fue forjado inicialmente con la finalidad de posibilitar la protección jurídica frente a la administración aportadora de prestaciones, hace ya tiempo que ha sido recibida por las transformaciones constitucionales del Estado moderno. Esto se puntualiza ya en el hecho de que el Estado es caracterizado y denominado como Estado distribuidor, Estado social o Estado de la procura existencial.

positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción.¹²

Así, a la remoción de los obstáculos están obligados los poderes públicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; obligación que se hace aún más imperativa en el seno de una sociedad en la que al lado de los grupos tradicionales de aglutinación de intereses, o asociaciones intermedias entre la sociedad civil y el Estado,¹³ tales como los partidos políticos, sindicatos, asociaciones de patronos, Iglesia, etcétera, emergen nuevos grupos,¹⁴ que producen un incremento de ideologías y de actitudes participacionistas que llevan a los individuos y a esos nuevos colectivos —ecologistas, consumidores, minorías varias— a exigir la efectividad de los derechos consagrados en su favor.

No queremos terminar el presente apartado sin hacer una advertencia. Si el Estado social de derecho concibe a los derechos fundamentales como derechos de participación que tienen como imperativo la eficacia de aquéllos y los mecanismos necesarios para la concreción de ésta, la efectividad no debe quedar al margen del mero postulado sino verse como realidad sobre todo en la labor jurisdiccional. De otra manera, como advierte Habermas acerca de los derechos económicos y sociales, que:

Provistos de éstos derechos y prácticamente excluido de una participación efectiva, el pueblo se convierte en objeto de asistencia social. Surge una nueva forma de patrimonialidad del Estado de bienestar, como si la Constitución quisiese delinear ya el desenlace que podría entrañar el cumplimiento de cuanto hoy está todavía en estado de tendencia: todo para el pueblo, nada a través del pueblo.¹⁵

¹² Ejemplos de enunciados programáticos los tenemos en el artículo 3 de la Constitución Italiana de 1948; la cláusula del Estado social de derecho de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 20, párrafo 1) ha elevado a obligación jurídica el establecimiento de la igualdad de oportunidades, el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, es ejemplo claro de contenido programático. Según el Tribunal Constitucional alemán, el artículo 19, apartado 4 de la misma Ley Fundamental, no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurídica. Véase Gómez Colomer, J. L., “La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania”, *Justicia*, Barcelona, núm. 84, 1984, p. 266. En el caso mexicano Fix-Zamudio ha realizado un parangón con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Mortati, Constantino, *op. cit.*, nota 7, pp. 24-27.

¹⁴ Offe, Claus, *Los partidos políticos y los nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema, 1988, pp. 163-244.

¹⁵ Habermas, Jürgen, “Concepto de participación política”, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 53.

2. *De la igualdad ante la ley a la igualación ante la justicia*

En el esquema del Estado social de derecho, la dignidad del hombre engloba la esencial igualdad ante el derecho y la justicia.¹⁶ La defensa judicial de los derechos asume una significación superior, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción.

El concepto de igualdad formal ante la ley ya no es operante en el esquema del Estado social de derecho, se hace necesaria la igualdad material como consecución de una meta que se concreta en la realización de la igualdad de oportunidades.

A decir de Dohering:

El principio de igualdad que, de acuerdo con su sentido originario, garantiza el trato igual según el orden jurídico, pasó a ser instrumento de fijación de contenido del orden jurídico y, por consiguiente, criterio de justicia material, de tal modo que se identificó el trato igual con el trato justo en relación al repartimiento de bienes jurídicos.¹⁷

Esta observación es acertada y adecuada a nuestro cometido, supuesto el hecho de que hoy la exigencia de justicia está encaminada al repartimiento de bienes, titularidades jurídicas y prestaciones sociales, ya no se puede comprender, en cuanto a la realización de la justicia por parte del órgano jurisdiccional, desde la óptica de los intereses individuales de las partes, sino en función de la mayor tutela de los intereses sociales.

La igualdad ante la ley es, probablemente, el ideal más respetado; desde la perspectiva que se enfoque, es un principio meramente formal de consideración pareja, o una negativa de la racionalidad y relevancia de los criterios empleados para discriminar entre derechos subjetivos de diferentes clases de personas o grupos, en determinados terrenos.

Han de distinguirse dos sentidos de “igualdad ante la ley”:

1. Puede referirse a las normas mismas, y es cuando hablamos de igualdad en el contenido de la ley.
2. A la práctica efectiva de los órganos jurisdiccionales, igualdad en la aplicación de la ley, puesto que, aún cuando el derecho puede ser formalmente justo, los jueces pueden ser corruptos, vulnerándose otra

¹⁶ Heck, Bruno, *op. cit.*, nota 9. p. 113.

¹⁷ Dohering, Karl, *op. cit.*, nota 8, p. 164.

de las facetas del principio de igualdad, a saber: la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley.

En su primer sentido, la igualdad ante la ley implica igualdad de derechos subjetivos y deberes impuestos por el derecho objetivo, empero, como el derecho es un sistema de normas para sociedades en que se presentan considerables especializaciones y división de funciones, dado su origen burgués individualista, la distinción de derechos se torna inevitable, razón por la cual tenemos que recurrir a otro enfoque de la igualdad ante la ley en tanto igualdad de personalidad jurídica.

Para Ernest Backer lo significativo de la igualdad es que “cada persona jurídica sea igual a otra en lo que atañe a su capacidad jurídica”.¹⁸ La personalidad jurídica es un tecnicismo carente de conexión necesaria con la persona en sentido no técnico. Kelsen ha dicho al respecto:

La persona jurídica es la substancia a la que pertenecen, como propiedades jurídicas, derechos y deberes. La idea que “la persona tiene derechos y deberes” implica una relación de sustancia y accidente ...En realidad en cambio, la persona jurídica no es una unidad separada junto a sus “deberes y derechos”, sino solamente su unidad personificada.¹⁹

La igualdad de personalidad jurídica es la igualdad de todas las personas físicas, bien individualmente o ya colectivamente, por el hecho de ser todas personas.

La igualdad jurídica no es una igualdad de atributos, aunque, en virtud de las desigualdades específicas de los hombres llegan a ser jurídicamente iguales. La legislación, sin embargo, es un proceso selectivo; destaca atributos significativos para los fines que el derecho está destinado a servir y los convierte en criterios jurídicos para discriminar entre personas. Otras propiedades irrelevantes permanecen sin significado legal. Pero, aunque personas con diferentes atributos pueden ser así jurídicamente iguales, una modificación en el derecho que traiga a colación esos atributos particulares las hará desiguales en el futuro. Saber si ciertos individuos o agrupaciones deben ser iguales jurídicamente, y en qué aspectos, depende de los fines que el derecho objetivo persiga.

Sin embargo, las normas jurídicas no son absolutamente inflexibles al establecer un repertorio fijo de atributos como relevantes para los fines ju-

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Kelsen, Hans, “Justicia y derecho natural”, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966.

rídicos. Al aplicar el derecho, los jueces son creadores, y no meras máquinas, como se concebía en el sistema decimonónico, en cuanto a la función jurisdiccional.

Si la igualdad ante la ley es considerada como una propiedad de las normas mismas, y no del modo en que son aplicadas, no se puede decir que, en algún sentido, todos los hombres deben de ser tratados de la misma manera. O bien encontramos excepciones razonables,²⁰ o el principio se revela como una mera declaración de principio contenida en la norma, o como un postulado retórico. Debemos considerar que sólo adquiere un sentido práctico cuando abandonamos la búsqueda de una base universal de igualdad y la interpretamos negativamente, como un rechazo a discriminar.²¹

En su segundo sentido, en tanto igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, el principio implica, precisamente, su aplicación exenta de factores irrelevantes que incidan en la decisión judicial, consecuentemente, tenemos que ir más allá de la forma y el contenido de las normas, es decir, al examen de los operadores jurídicos encargados de su aplicación; en este sentido, no basta decir que el juzgador debe gozar de plena independencia respecto del poder Ejecutivo y Legislativo; sino que además deben de estar libres de corrupción, tendencias irracionales y ser humanamente comprensivos e intelectualmente formados.

La justicia, legalmente hablando, no es simple aplicación de las normas conocidas a hechos objetivamente dados —subsunción—, presenta, también, el aspecto de la creación de instituciones y procedimientos que operen imparcialmente, que haya una valoración judicial porque, en definitiva, la igualdad en la aplicación correcta de la ley es la igualdad en la justicia.

De lo antes indicado podemos lógicamente concluir que la incorrecta aplicación jurisdiccional de la ley produce desigualdad, situación que no sólo puede provenir de la parcialidad del órgano jurisdiccional sino, también, de situaciones de otra índole: tecnicismos procedimentales, carencia de recursos económicos para poder afrontar los gastos que implica la remuneración del abogado y costos del juicio, desigualdades grupales, etcétera, dicho de otro modo, la igualdad jurídica no implica igualdad de hecho y viceversa, estos factores producen, como consecuencia inmediata, una desigualdad sustancial en el acceso a la justicia que, como veremos, es uno de los problemas a los que se enfrentan los grupos portadores de los llamados intereses difusos.

²⁰ En cuanto a la situación alemana y la interpretación jurisprudencial, véase Dohering, Karl, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

²¹ *Idem.*

Para evitar riesgos de tratamiento desigual en el contenido de la ley y en su aplicación, y un efectivo acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los intereses, es presupuesto fundamentalísimo el que las garantías de igualdad procesal gocen de la jerarquía constitucional²² y que, precisamente, como hemos intentado plantear, la cuestión de la igualdad ante la ley —bien en su contenido, bien en su aplicación— se traduzca en el tema de la igualdad ante la justicia.²³

3. *El derecho de acción como derecho constitucional*

Vista desde su consagración a nivel constitucional, el derecho de los ciudadanos a accionar se determina en una doble proyección como fundamento del acceso a la justicia, primera, como imperativo impostergable en la determinación de instrumentos y mecanismos procesales de los propios justiciables a la tutela efectiva de sus derechos e intereses, bien legítimos, bien simples, máxime cuando hoy, como ya lo hemos asentado, se adjetiva al Estado de derecho como un Estado social.²⁴ La reflexión que cabe hacer en este momento es que en el campo en el que nos movemos, no basta con

²² La Constitución Española en su artículo 24.1 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, así como las debidas garantías en el proceso (artículo 24.2). Este artículo se encuentra en estrecha vinculación con los artículos 14 —principio de igualdad formal ante la ley— y el 9.2 —igualdad material—, constituyendo de manera integral, desde nuestra óptica, la trílogía que hace efectiva la tutela judicial de los que acuden ante los tribunales en protección de sus intereses, en el caso particular, difusos. *Cfr.* González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 29 y ss. Respecto de la constitucionalización de las garantías procesales, véase Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJEA, 1960, p. 178; Calamandrei, Piero, *La relatividad del concepto de acción*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EBA, 1945, p. 135; Couture, E. J., “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. I, pp. 19 y ss.

Por su parte, el artículo 24, apartado tercero de la Constitución Italiana asegura a los no pudientes los medios idóneos para actuar en justicia y defenderse ante cualquier jurisdicción, en el caso mexicano es el artículo 17 de la Constitución la que consagra el derecho de acudir a los tribunales para obtener justicia pronta y expedita, por su parte, los artículos 17 a 23 los que contienen las garantías del procesado.

²³ *Idem.* Además, Vescovi, *La garantía de la igualdad frente a la desigualdad económica de las partes*, Ponencia del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Actas del mismo, vol. III, p. 216. En la misma obra Davis Echandia, H., *Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas frente aquélla y en el proceso*. vol. II, pp. 180 y ss.

²⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”. Ponencia presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985, núm. 46.

la simple reforma legislativa en el ámbito procesal insertando en la vida jurídica de los pueblos los mencionados mecanismos también procesales, creo que la cuestión incide en situaciones más de naturaleza sociológica que han de ser analizadas bajo la óptica desmitificada del jurista, considerando cada uno de los ordenamientos en particular y, en retrospectivas históricas, analizando cada una de las instituciones operantes hasta el momento, de no ser así, corremos el grave peligro de incurrir en el trasplante de instituciones completamente ajenas a cada ordenamiento que, sin lugar a dudas, corren el riesgo de quedar en letra muerta.

No obstante, tal como lo ha dejado asentado el maestro Fix-Zamudio, el gran logro de nuestra época ha sido hacer eficaz el ejercicio del derecho de acción.

La segunda proyección del derecho de acción como derecho constitucional y su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la justicia, lo es, en tanto su consideración de derecho humano que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona, bajo tal tenor, el derecho de acceso a la justicia adquiere la categoría de derecho humano a la justicia el cual no es pensable si no se presenta como real el derecho de acción como eficaz.²⁵

No cabe duda que en el problema que aquí tratamos se presenta una gama de obstáculos respecto del accionar y el acceder en el sentido procesal. Precisamente a la remoción de los obstáculos —esencialmente de índole económica, cultural y social— que impiden el libre acceso a la jurisdicción, tienden ciertas instituciones legales equilibradoras:²⁶ piénsese en el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal en España, o como en nuestro país la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Ministerio Público, o bien en la instauración de la asesoría jurídica gratuita, instituciones las dos primeras que han encontrado respaldo constitucional, y que veremos más adelante.

Respecto del tópico de la constitucionalización de la acción volveremos a referirnos al tratar la tutela de los portadores de intereses difusos y su calidad para actuar ante jueces y tribunales.

4. *La apertura del nuevo orden normativo hacia la realidad social*

Finalmente, es necesario traer a colación uno de los nuevos fenómenos, amén de los de índole sociológico-político que se ha dado a partir de los

²⁵ *Ibidem*, p. 32.

²⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, p. 64.

años sesenta²⁷ y que han sacudido a la ciencia jurídica, iniciando una esencial apertura tendiente a una cosmovisión mucho más amplia, comprensiva de los problemas y de la transformación de la sociedad. Factores tales como la crisis del positivismo jurídico, la revaloración del papel de la sociológica jurídica, el paradigma de los derechos humanos, el avance de las tecnologías de la información y la comunicación y las nuevas aportaciones histórico-comparativas, han marcado el *impasse* a los juristas a que hagan motivo de su reflexión hacia la misma realidad social en que se insertan; en éste sentido resulta invaluable la labor de la sociología que ha incidido en una cuestión fundamental para los juristas: la vinculación entre norma y realidad y la eficacia de las normas del derecho.²⁸

Virtud de estas corrientes que inciden en el pensamiento jurídico dándole nueva vida, se producen consecuencias que, particularmente, se manifiestan en dos vertientes.

La primera de tales vertientes se decanta hacia la renovación metodológica que se caracteriza por el uso de técnicas y métodos propios de la sociología en el análisis de los problemas y, con especial relevancia, de las propuestas y alternativas de solución de política legislativa²⁹ y, por lo que hace a los jueces, la necesaria transdisciplinariedad en sus análisis de problemas humanos que, cada vez más, exige mayor preparación de los jueces. La segunda, se refiere a la concepción del ordenamiento jurídico, como verdadero instrumento del cambio social en tanto superador de su tradicional función de protector y sancionador.

Lo trascendente de estas nuevas ideas, que brevemente hemos acotado, radica no sólo en el hecho de que han influido en el derecho de fondo sino, también, en la notable incidencia en lo que a la ciencia procesal se refiere,³⁰ preciso es señalar que respecto de lo procesal, su objeto se ha revalorado

²⁷ En cuanto al análisis de las crisis sociopolíticas que sufre el Estado social de derecho, véase Offe, Claus, *op. cit.*, nota 14; García Cotarelo, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado de malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

²⁸ Carbonnier, J., *El derecho flexible*, trad. de Diez Picaso, L., Madrid, Tecnos, 1974, pp. 115-130; Hernández Gil, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, 1981 (especialmente pp. 87 y ss).

²⁹ Lutmann, R., *Sociología y Jurisprudencia*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Sur, 1974, p. 21; Denti, Vittorio, *Estudios de Derecho probatorio*, Buenos Aires, EJEA, 1974, p. 155.

³⁰ En cuanto a la apertura y aportes que se han dado en materia procesal: Gelsi Bidart, A., "Proceso y época de cambio", *Problemática actual del derecho procesal*, Libro Homenaje a A. M. Mercader, La Plata, Editorial Platense, 1971, pp. 419 a 445; con especial atención se tratan éstos temas en la obra colectiva de Morello, A.M. *et al.*, *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Editorial Platense, 1983, pp. 15-56.

para dar lugar, al lado del estudio de la dogmática, a otros análisis que ponen su atención en la realidad misma de los fenómenos, preocupándose especialmente de buscar las soluciones pertinentes.

En esta dimensión ampliada de la realidad social, la labor de los operadores jurídicos —jueces, legisladores, procesalistas, estudiosos del derecho, postulantes, etcétera— en el tema del acceso a la jurisdicción y los medios para garantizarla emergen para ocupar un lugar fundamental, sobre todo cuando se pretende hacer efectivo el postulado de Estado de bienestar.

5. *El movimiento de acceso a la justicia*

A estas alturas del planteamiento, podríamos preguntarnos ¿por qué mayores requerimientos de acceso a la justicia? ¿Acaso no existen derechos que consagran una acción en favor de aquellos que han sido lesionados en sus bienes e intereses? ¿Por qué propugnar por una mayor apertura y accesibilidad de los instrumentos de legitimación y calidad para actuar ante jueces y tribunales?

En principio, debemos partir de la apreciación de que el concepto de acceso a la justicia es concebido, en el ámbito esencialmente jurídico y procesal, como una mejor calidad requerida para actuar ante los tribunales, métodos utilizados para pagar los honorarios de los abogados, organización de los tribunales, efectiva satisfacción y respuesta de éstos en la tutela de los intereses que se demandan, etcétera.

Ciertamente, no dejan de existir aquellos que consideran que hablar del acceso a la justicia no es más que simple discurso, desgastado por su reiterado uso; otros, en cambio, reconocen a tal expresión contenido real y aprecian que estas cuestiones, también si son de orden técnico, presentan interés primario para la justicia.

Por otra parte, es de señalar que la palabra “justicia” hoy es concebida en un sentido diferente, que se proyecta en comprobar si, en las nuevas condiciones del capitalismo de las grandes empresas, la tercera revolución tecnológica, el incremento de las actividades estatales, su internalización y globalización, el dar oportunidad a todos de acudir o apelar a los tribunales es un medio suficiente para asegurar el respeto del derecho, de los derechos y hacer que impere esa justicia no sólo en el ámbito doméstico sino, además, internacional.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES 2010

Como en otras materias, México arribó al reconocimiento y tutela de los intereses difusos y colectivos³¹ tarde... muy tarde, a diferencia de Estados Unidos con la *class action* o Inglaterra con la *relator action* o, con ciertas particularidades adaptadas por sistemas de *civil law* órdenes normativos como el brasileño —que además cuenta con mecanismos alternos tuitivos de la categoría de interés de mérito como la *actio popularis* o el amparo colectivo, también previsto constitucionalmente en Argentina desde 1994— y el quebequense.³²

En 2010 se adiciona un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³³ para quedar como se asienta textualmente:

Artículo 17.- ...

...

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

En 2011³⁴ se verifican las reformas a las leyes razón materia y, esencialmente al Código Federal de Procedimientos Civiles, tornando, desde mi punto de vista, inocuas las acciones colectivas en tutela de los intereses difu-

³¹ Más allá de la profusa literatura que se ha generado en torno al tema confundiendo lo que categorialmente es imposible de confundir, algunos autores se refieren a los “intereses” como “derechos”, existe el derecho colectivo a la salud, al consumo y al trabajo. Desde luego que el derecho genera un interés, bien jurídico y personalísimo, ya colectivo o difuso, por todos véase Hernández, María del Pilar, *Tutela jurisdiccional efectiva de intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.

³² Quiroga Lavié, Humberto, “Las nuevas condiciones del amparo colectivo. Protección del medio ambiente”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, La Plata, núm. 6 (Acceso a la Justicia), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S UNLP, abril 2012, pp. 169-181.

³³ “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”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 29 de julio de 2010.

³⁴ “Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros”, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2011, pp. 2-11.

sos y colectivos. En la mejor técnica jurídica debió de preverse una competencia concurrente y no federalizar la competencia en los tribunales. ¿Cuál fue la razón o quién pergeñó tal ocurrencia?

Así en el Código Civil Federal se asentó en el artículo 1934 una referencia genérica a la procedencia de la indemnización a quienes, por afectación a un derecho que derive un tipo de interéspor tutelar, sean considerados como un colectivo o “grupo”.

En estricto sentido debió haberse reconocido precisamente en el código sustantivo —en los códigos civiles de las entidades federativas— y con todas sus letras, a los *intereses difusos y colectivos*, reiterándose su existencia, como lo hace, en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) —los códigos de procedimientos de las entidades federativas—, así en el artículo 578 se prescribe:

La defensa y protección de los *derechos e intereses colectivos* será ejercida ante los *tribunales de la federación* con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.³⁵

El artículo 579, determina la procedencia de la acción colectiva para aquellos intereses también colectivos o, en su caso, difusos. No queda claro por qué el “legislador” utilizó la expresión el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a un grupo de personas si adjetivar “portadoras de intereses difusos”.

La esquizofrenia de la regulación —artículos 580 y 581— se evidencia cuando el legislador asienta su clasificación completamente academicista de los “derechos e intereses”, la pregunta que subyace es ¿los justiciables, entenderán cabalmente las diferencias? ¿Acaso los legisladores o quienes los asesoran olvidan que legislan para ciudadanos legos en la disciplina jurídica?

Y precisamente lo más inadmisibles es cuando juridifica y clasifica las acciones colectivas y, en particular una expresión, lo reitero, netamente académica: *acción individual homogénea*, desde luego tuteladora de los denominados en el artículo 580 *derechos e intereses individuales de incidencia colectiva*. Expresión ésta que ha sido cuestionada precisamente por la doctrina en razón de su poca claridad.

En sí mismas las acciones colectivas son tales, colectivas, más allá que atiendan al grado de agregación de los individuos que han resentido un

³⁵ El subrayado es nuestro. Pido se aprecie cómo ante la incertidumbre de las diferencias esenciales entre derechos e intereses, “el legislador” puso ambos conceptos jurídicos como si se tratara de un documento académico o un artículo para publicar.

daño por la misma fuente generadora y, técnicamente, a lo único que se puede apelar es, en consecuencia, al carácter de difusos o colectivos de los intereses que se derivan del derecho afectado, a saber: salud, consumo, medio ambiente, alimentación, trabajo, educación, seguridad sociales, sólo por citar algunos de los derechos económicos, sociales y culturales en torno a los cuales se centran tales intereses, y le corresponde al juez la valoración *in toto* de la acción que se intenta, como correctamente se prescribe en el artículo 585 del CFPC.

La legitimación activa se deja en manos de los siguientes sujetos: la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia; el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el CFPC, y el Procurador General de la República.

No me cabe la menor duda que el mecanismo complementario de dejar la legitimación para actuar en manos de los titulares de los órganos parajurisdiccionales es un acierto ante los éxitos obtenidos por la propia Profeco, y la desgracias de las mismísimas acciones colectivas en México, desde luego que no puedo fundar este dicho en razón de la escasa, por no decir nula, información en torno a la recurrencia del ejercicio de las acciones, en cualesquiera de sus desventurada y académica clasificación.

Podría abundar en otros errores que se cometieron al positivizar las acciones colectivas, como la falta de sensatez al exigir 30 integrantes de la colectividad, cuando hay colectividades, más allá de la finalidad que los congrega, de menos, muchos menos de 30 integrantes. Podría abundar en relación con la integración del fondo que administra el Consejo de la Judicatura, sin embargo, todo es inútil, el órgano revisor de la Constitución, como el legislador ordinario destinó a la más grande y terrible ignominia a las acciones colectivas.

III. Y LLEGÓ EL AMPARO COLECTIVO

El advenimiento de las reformas constitucionales en materia de amparo, 6 de julio de 2012, en su artículo 107, fracción I:

El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Las reformas correlativas a la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013 disponen en su artículo 5, son partes en el juicio de amparo, fracción I:

El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser *titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación *real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*.

El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Por lo que hace a las sentencias de los amparos colectivos se prescribe en el artículo 75, del ordenamiento invocado:

El Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los tribunales colegiados de circuito, tratándose de resoluciones sobre la constitucionalidad de una norma general o sobre la convencionalidad de los tratados internacionales y *amparos colectivos, deberán hacer públicos los proyectos de sentencias que serán discutidos en las sesiones correspondientes*, con la misma anticipación que la publicación de las listas de los asuntos que se resolverán a que se refiere el artículo 184 de esta Ley.

Resulta inopinado el avance que en materia de interés legítimo se evidencia constitucional y legalmente, interés que subyace a la legitimación para actuar de las acciones colectivas tuitivas de intereses difusos y colectivos.

Como ha sucedido hasta ahora, no existe una estadística que evidencie que el amparo colectivo está siendo otro instrumento más de protección de derechos en torno a los cuales se nuclean los intereses difusos y colectivos, así llanamente designados.

IV. COROLARIO

Esta brevísima revisión de la acción constituyente, legislativa y judicial en torno a los intereses difusos después del arribo lento y tardío de nuestro orden normativo a la protección de los intereses difusos y colectivos, me deja claro que hay aún mucho por hacer, particularmente aquella de la acción judicial.

Me deja una penosa apreciación lo que se hizo en 2011, era el momento y la oportunidad, pero muchos con ánimo oportunista y económico se limaron uñas y dientes, otra vez, para aprovechar lo que el sistema permite. Una verdadera pena.